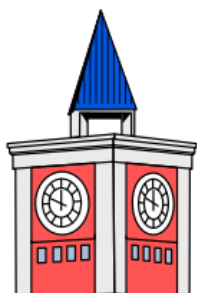


COMISIÓN N° 1 PARTE GENERAL

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

El consentimiento informado en el contexto obstétrico. Perspectivas desde la dignidad y la violencia obstétrica Por María de las Mercedes Ales Uría Acevedo	1
Consentimiento informado Por Juan Carlos Alongi	13
Consentimiento informado; derechos implicados. Conflictos de derechos que plantean sus excepciones Por Carlos Manuel Álvarez Chicano y Ofelia Oviedo Figueroa	26
Consentimiento informado y directivas medicas anticipadas en niños, niñas y adolescentes Por Carla Gabriela Balducci	36
Consentimiento informado en los actos médicos Por Alejandro José Barlari (h), Natalia E. Carrizo, Evangelina I. Suárez y Lisandro Gabriel Trossi	49
El estándar subjetivo en la obtención del consentimiento informado y la aplicación de las nuevas tecnologías Por Nancy Micaela Bessone	66
El consentimiento informado en la actualidad: revisión bioética y jurídica Por Ivana Cagijal Cánepa	78
Consentimiento informado para los actos médicos. Dos supuestos controvertidos: el caso de los mal llamados “niños ile” y el caso de la edición genética Por María Angelica Jure y Silvana Alejandra Castagno	91
Consentimiento informado en los actos médicos salud mental. Ley de derechos del paciente- controversias con el art. 59 cccc. Consentimiento por representación Por Rosa Elena Chalup y Gustavo Barcellona	104
El consentimiento informado y la autonomía de la voluntad Por Ignacio Chasco Olazábal	116

Consentimiento informado en personas con discapacidad física o psíquica o restringidas en su capacidad de ejercicio. La aptitud y la imposibilidad de asentir con la propuesta de tratamiento o práctica médica Por Silvana María Chiapero, Ana Paula Fernández y Wendi Romina Oroná ..	121
El consentimiento informado a los fines de la interrupción legal del embarazo y su ineficacia como expresión de voluntad de que el niño nacido sea adoptado Por Silvana M. Chiapero, Zulema Latorre Luco y María Fernanda Palma	140
Asentimiento informado para actos médicos de niñas, niños y adolescentes Por Silvina María Chiapero, María Cristina Plovanich, Ana Paula Fernández y Wendi Romina Oroná	152
El consentimiento <i>post mortem</i> en las técnicas de fertilización humana asistida Por Luis Daniel Covi	167
Consentimiento informado a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos: una interpretación progresiva Por María Inés Ferreyra	173
El consentimiento informado para la interrupción del embarazo (ILE e IVE) Por María Julia Fornari	187
Las tecnologías de la información y comunicación (TICs) en el ámbito de la salud: su impacto en el consentimiento informado Por María Julia Fornari	207
El Consentimiento en la fertilización <i>post mortem</i> Por María Julia Fornari	217
Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado Por Rodolfo González Zavala	235
Consentimiento informado. Banco Descriptivo de las Consecuencias de un Acto Quirúrgico o Estudio Por María Alejandra Grimaldi	237
Algunas reflexiones sobre el consentimiento médico otorgado por menores de entre 16 y 18 años Por Lucía Irigo y Facundo Cañas Morsino	244

El consentimiento informado del adolescente entre 16 y 18 años Por María Inés Italiani	250
El consentimiento por representación: algunas cuestiones disputadas Por Jorge Nicolás Lafferriere	267
Lineamientos básicos del consentimiento informado Por Emiliano Carlos Lamanna Guñazú, Carlos Alberto Fossaceca y Pilar Moreyra	276
El consentimiento informado para actos médicos Por Juan Manuel Lezcano	283
La información sanitaria y la veracidad Por Paula Elena Logotetti	288
El consentimiento informado ante una eventual regulación jurídica del “buen morir” Por Patricio Octavio Longo	294
Naturaleza jurídica y fundamento del consentimiento informado Por Esteban Louge Emiliozzi, Esteban Marmeto y Ezequiel Valicenti	309
El consentimiento informado de la persona menor de edad para actos médicos Por Melina Maluf Martínez	319
Consentimiento Informado en actos médicos Por Manuel Marro	332
El consentimiento informado aplicado a la llamada interrupción voluntaria del embarazo: la falta de información suficiente es ilícita Por Franco A. Melchiori y Fernando Toller	335
El consentimiento informado y la autonomía del paciente: una visión general aplicada a la facultad del paciente de rechazar tratamientos con posibles efectos sobre el fin de su vida Por Franco A. Melchiori	352
Consentimiento formado e informado: una propuesta de armonización entre la elección de tratamientos y la actuación médica Por Federico G. Menéndez	364

El consentimiento informado en la práctica del aborto Por Ángel Luis Moia	375
Consentimiento informado: posibilidad de delegación Por María Cristina Mourelle de Tamborenea	379
Sobre la necesidad de adoptar medidas idóneas para que se respete la autonomía de las personas en situación de vulnerabilidad Por Elizabeth Ornat	390
Consentimiento Informado – Propuestas respecto a los Actos Médicos Por Amanda Elizabeth Palacios y Marta Lucila Alejandra Torres Raineri	414
Consentimiento informado para actos médicos. Consentimiento informado del adulto mayor Por María Cristina Plovanich	425
El incumplimiento del deber de información en la responsabilidad médica y el daño resarcible. Delimitando fronteras Por Luis R. J. Sáenz	438
Consentimiento informado para los actos médicos en pacientes NNA Por Carlos Silvero Fernández	450
¿qué es el consentimiento informado para temas médicos? Por Marcela Viviana Spina	464
Las directivas anticipadas de salud como forma de otorgar un consentimiento médico informado Por Marcela Viviana Spina	477
El consentimiento médico informado en las técnicas de reproducción humana asistida Por Marcela Viviana Spina	491
La efectividad del consentimiento informado para actos médicos Por Luis Alberto Valente	504
Competencias de los sujetos de la relación jurídica Por Carlos Vidal	512

Consentimiento informado de niñas a los efectos de la interrupción de la gestación que cursa. Particularidades, complejidades y derivaciones en el deber reforzado del estado

Por **Nélida Mariana Isabel Wallace** 525

Precisiones sobre los alcances actuales del consentimiento informado para actos médicos

Por **Sandra M. Wierzba** 539

Directivas médicas anticipadas

Por **Ana Marcela Wolkowicz** 548

Directivas anticipadas. funcionamiento normativo y desafíos

Por **Guillermina Zabalza y M. Victoria Schiro** 564

Consentimiento informado para actos médicos

Por **Claudia Zalazar y José Fernando Márquez** 579

Deber de información y consentimiento del paciente frente a la prestación del servicio médico a distancia

Por **Florencia Romina Gianfelici** 592

El consentimiento informado para actos y tratamientos médicos en adolescentes: Necesidad de adecuar el artículo 26 del Código Civil y Comercial a las evidencias científicas sobre el desarrollo madurativo

Por **María Bibiana Nieto**..... 597

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTEXTO
OBSTÉTRICO. PERSPECTIVAS DESDE LA DIGNIDAD Y LA
VIOLENCIA OBSTÉTRICA**

Por María de las Mercedes Ales Uría Acevedo ¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado para actos que involucran la atención del proceso de gestación, pérdida gestacional, nacimiento, y puerperio requiere para su validez de atención a las particularidades de la trascendencia vital de estos procesos y la especial vulnerabilidad que afecta a las mujeres y sus familias.

2. El requisito de que el consentimiento sea auténtico e informado para actos que involucran la atención del proceso de gestación, pérdida gestacional, nacimiento, y puerperio no se cumple mediante la instrumentación en formularios pre redactados y de adhesión.

3. La formación del consentimiento debe construirse a lo largo del acompañamiento médico de la gestación, pérdida gestacional, nacimiento y puerperio, evitando reproducir e implementar estereotipos, prejuicios y discrecionalidad. Además, debe procurarse que el consentimiento no sea requerido en situaciones extremas y sin posibilidad real de comprensión, análisis y toma de decisión por el paciente.

4. El consentimiento informado para actos que involucran la atención del proceso de gestación, pérdida gestacional, nacimiento, y puerperio implica decisiones que hacen al ejercicio de la responsabilidad parental en relación al hijo, ya sea por nacer o nacido.

5. El respeto por la dignidad del paciente que implica el consentimiento informado para actos que involucran la atención del proceso de gestación, pérdida gestacional, nacimiento, y puerperio debe ser sopesado, en situaciones objetivas, con los derechos de terceros incluyendo el hijo y la objeción de conciencia de los profesionales médicos.

¹ Doctora en Derecho, Universidad de Sevilla. Máster en Dirección de Empresas, Universidad Rey Juan Carlos. Abogada, Universidad Austral. Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad del CEMA y Universidad del Salvador. Jefe de Trabajos Prácticos (regular), UBA. Autora del libro “Violencia Obstétrica”, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2024.

II. FUNDAMENTOS

1. LA PARTICULARIDAD DEL ESCENARIO DE LOS PROCESOS GINECO OBSTÉTRICOS EN RELACIÓN A LA FORMACIÓN Y MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.

Es innegable que las circunstancias en las que se gestiona el consentimiento de una mujer a las prácticas médicas a realizarse tanto sobre su cuerpo como sobre el del hijo por nacer – o en proceso de nacimiento – adolecen, cuanto menos, de fuertes condicionamientos, fundamentalmente fruto de las emociones y de desconocimiento del lego promedio sobre aspectos vinculados con la obstetricia². En este segundo aspecto de la cuestión no existiría, de base, una diferencia sustancial con cualquier otra rama de la medicina de cara al paciente lego³. No obstante, es importante destacar que, en el imaginario popular, existen cantidad de “mitos” o afirmaciones sin sustento científico alguno que aportan únicamente confusión a la mujer embarazada. Por otra parte, y de la mano con el primer condicionamiento señalado, la persona gestante asume una responsabilidad por la vida que lleva adelante y que percibe como de un otro. Esto en general la hace más dócil a acatar cualquier directiva revestida de autoridad médica que lo que haría en otros campos de la gestión de su propia salud (tal como no buscar una segunda opinión médica, solicitar respaldo o evidencia científica para prácticas que se le proponen).

Para añadir mayor gravedad al asunto y enfatizar la extrema dificultad de manifestar un consentimiento enteramente libre e informado, muchas de las prácticas médicas que se realizan (con una incidencia sustancialmente mayor a lo aconsejado por cualquier colegio médico internacional o extranjero) tienen lugar en pleno escenario de nacimiento. Así sucede en el caso de la cesárea intraparto, el uso de fórceps, episiotomía, suministro de hormonas sintéticas y prácticas obstétricas que responden a protocolos que ya no se encuentran en vigor en gran parte del mundo occidental industrializado.

² Se recomienda la razonada reflexión –si bien no se comparten ciertos aspectos de lo concluido - que efectúa RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D. en “De médicos y dioses (o de las aporías que a veces construimos)”, RCyS2006, 485 (cita online AR/DOC/1569/2006).

³ Véase la interesante recopilación de criterios jurisprudenciales bonaerenses efectuada por QUADRI, GABRIEL H., “Criterios jurisprudenciales bonaerenses en materia de responsabilidad médica (Partes I y II)”, (Cita online: 0003/800609).

2. LA INSUFICIENCIA DE LA INSTRUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO MEDIANTE FORMULARIOS PRE IMPRESOS UTILIZADOS EN LA PRÁCTICA MÉDICA.

La forma “ortodoxa” o de uso común en la práctica de expresión del consentimiento informado (artículo 59 CCyCom.) no respondería a la expresión de una auténtica voluntad libre en los escenarios de gestación, parto, post parto y puerperio. Así es que no deberían ostentar la misma validez que en otras prácticas médicas los formularios pre impresos (se asemejarían a contrato de adhesión). Tampoco serviría que se firmen en el momento del parto o cesárea dado el extremo estado de vulnerabilidad de la mujer.

Vale resaltar aquí que de acuerdo con la "Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos" del año 2005⁴, (artículo 5) el principio de autonomía y responsabilidad individual implica que: "*Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones asumiendo la responsabilidad de estas y respetando la autonomía de los demás*". En el siguiente, artículo 6 se refiere al consentimiento, en donde la declaración afirma que: "*... Toda intervención médica preventiva, diagnóstica, y terapéutica, solo habrá de llevarse cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basada en la información adecuada.- Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esta entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno*"⁵.

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONSENTIMIENTO MEDIANTE UN PROCESO.

Frente a esto se propone la noción de construcción del consentimiento. A través de la información fehaciente y con respaldo científico provista durante el embarazo y contenida en los formularios. En

⁴http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁵ JIMÉNEZ, MARÍA EUGENIA - ASSANDRI, MÓNICA - RIESENBERG, GRETEL R., "Principios de "autonomía y responsabilidad individual" y "consentimiento informado" conforme la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos versus su recepción concreta en la legislación y tribunales locales", LLC2011 (agosto), 707 (cita online: AR/DOC/1797/2011) para un desarrollo del andamiaje internacional y nacional

un ejemplo: si bien la evidencia científica mayoritaria aconseja la prueba de parto vaginal en mujeres con una cesárea previa de corte horizontal (PVDC o VBAC por sus siglas en inglés), a nivel nacional y mundial las tasas de nacimiento por esta forma son bajas (alrededor del 21% en EE.UU.)⁶. En gran medida esto se debe a la práctica médica de advertir de la existencia de una mayor incidencia de riesgo de rotura uterina (promedia entre el 0,4% y el 1%)⁷ sin informar acerca del porcentaje de incidencia con avala estadístico y objetivo, ni los riesgos de mortalidad y complicaciones comparativos entre un parto vaginal y una nueva cesárea⁸, ni que el porcentaje de incidencia de inserciones anómalas de la placenta (complicaciones de alto riesgo) triplica el riesgo de rotura uterina en términos estadísticos⁹. Es decir, un consentimiento no es informado y, por ende, no responde a una manifestación libre y autónoma del paciente si a ésta se le enumeren los riesgos de una opción, sin respaldo objetivo de evidencia y si, no se le informa, al mismo tiempo y con el mismo detalle, los riesgos de la alternativa de preferencia del médico. Todo ello en lenguaje claro y accesible para el nivel cultural, social y cronológico de la paciente y en un contexto de la mayor neutralidad emocional posible.

Lo anterior significa, necesariamente, una ruptura con la consideración de la relación médico paciente desde un modelo paternalista en el que el paciente se somete a la decisión del profesional de salud¹⁰. En

⁶ La *American College of Obstetricians and Gynecologist* (ACOG) en sus lineamientos del año 2019 indica que, a nivel individual, y siempre evaluando las circunstancias particulares de la paciente, un intento de parto vaginal después de cesárea (TOLAC en inglés y VBAC) son la opción más aconsejable desde el punto de vista de la experiencia emocional y médica de la mujer. Así: “*Trial of labor after cesarean delivery (TOLAC) refers to a planned attempt to deliver vaginally by a woman who has had a previous cesarean delivery, regardless of the outcome. This method provides women who desire a vaginal delivery the possibility of achieving that goal—a vaginal birth after cesarean delivery (VBAC). In addition to fulfilling a patient’s preference for vaginal delivery, at an individual level, VBAC is associated with decreased maternal morbidity and a decreased risk of complications in future pregnancies as well as a decrease in the overall cesarean delivery rate at the population level*”. Disponible en los boletines de la entidad en: <https://www.acog.org/>

⁷ Datos disponibles en <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa040405>

⁸ Datos disponibles en https://journals.lww.com/greenjournal/Fulltext/2006/06000/Maternal_Morbidity_Associated_With_Multiple_Repeat.4.aspx.

⁹ Datos, entre otros en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16398775>

¹⁰ Venegas, P., *El derecho de daños...*, p. 126.

un modelo de esta índole la información es referida a diagnóstico y tratamiento es del exclusivo conocimiento del médico y es esta figura la que tiene en su poder la toma de decisiones, precedidas por la evaluación de los riesgos y beneficios potenciales. El paciente es un “incapaz” en términos médicos y no tiene autoridad para cuestionar o decidir sobre las opciones terapéuticas. Este modelo rigió hasta bien entrado el Siglo XX.

4. LA DOCTRINA DE LA CIDH SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTEXTO DE GESTACIÓN Y NACIMIENTO.

Es importante traer de resalto la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el consentimiento informado, particularmente en el campo ginecológico y obstétrico, de acuerdo al fallo "I. D.H. v. Bolivia"¹¹, que afirmó que “...*La Corte IDH entiende que el consentimiento de la mujer en temas que involucran su capacidad reproductiva pueden ponerla en jaque, mucho más que en cualquier otra temática, y que los*

¹¹ Caso N° 12.655 contra el Estado de Bolivia, Sentencia del 30/11/2016. Véase el análisis de Basset, Úrsula C., “El consentimiento informado en el ámbito reproductivo: la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo de notables implicancias”, Sup. Const. 2018 (julio), 05/07/2018, 9 - LA LEY2018-C, 561 - DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 141 - RCyS2018-X, 3. Como bien resume la autora el caso trata de una mujer refugiada de nacionalidad peruana que es trasladada al hospital de La Paz y, en virtud de complicaciones con su embarazo, se le practica una cesárea y posteriormente una ligadura de trompas que la esteriliza irreversiblemente. Algunos datos a tener en cuenta:

- Durante la cesárea, los médicos intervinientes advierten que existen adherencias en el en el segmento inferior del útero, y, teniendo en consideración los datos de la historia clínica de la paciente, deciden ligar las trompas de Falopio.

- El esposo de la Sra. I. V. firma la autorización previa a la cirugía, rotulada como "autorización familiar para cirugía o tratamiento especial", aunque referida al procedimiento quirúrgico de la cesárea.

- Se procuró requerir del esposo un segundo consentimiento específico para la práctica durante el parto, pero el esposo no pudo ser localizado.

- La Sra. I. V. no firmó formulario alguno, pese a que tuvo una hora y media de espera.

- Los médicos refieren que, durante la intervención cesárea, dado que la mujer tenía anestesia epidural y estaba consciente, se le demandó oralmente el consentimiento y que ella estuvo de acuerdo en que se le practicara la esterilización irreversible. I. V. niega rotundamente haber prestado ese consentimiento oral. Su versión es que uno de los médicos intervinientes le explicó al día siguiente que se le había practicado una esterilización y que la posibilidad de tener hijos en el futuro quedaría coartada. Los testigos de la sala de operaciones (¿lógicamente?) confirman la versión del médico, de que la paciente consintió oralmente a la ligadura de trompas.

asuntos referidos al engendramiento colocan a la mujer en el entrecruzamiento de una pluralidad de poderes, y que la mujer puede ser objeto de presiones para tomar decisiones relativas a su capacidad reproductiva incluso por intereses que abusan de su vulnerabilidad o cargan sobre ellas el peso de evitar la natalidad". En esta misma línea, puede leerse en el fallo que las decisiones relativas a la maternidad "...forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres". Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre, pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar. La decisión de procrear o no procrear, es una decisión en la que convergen los arts. 11.2. y el art. 17.2 del Pacto de San José de Costa Rica. La Corte entiende que todo lo referido a la salud sexual y reproductiva tiene especiales "...implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación"¹².

Va de suyo que la decisión acerca de la maternidad implica no solamente la elección de asumirla libremente, sino también la forma en que esa maternidad será llevada adelante: así como la mujer debería tener la elección de cuántos hijos tener (y con qué método planificar su familia), también debería tener la opción de elegir cómo traerlos al mundo¹³ de la CEDH.

a) Las particularidades del consentimiento informado auténtico en el contexto gineco obstétrico:

La Corte IDH señala que el consentimiento de una mujer, en tanto paciente obstétrico y ginecológico, posee particularidades que deben tenerse en cuenta¹⁴:

a. Temporalidad: el consentimiento en materia reproductiva (esto incluye aspectos de ginecología, cuidados pre concepcionales, anti

¹² Caso "I.D.H. c. Bolivia", párrafo 157

¹³ En este sentido podemos trazar una conexión con el caso Dubská y Krejzová c. República Checa, de 15 de noviembre de 2016 CEDH, Sentencia de la Gran Sala, Applications nos. 28859/11 and 28473/12.

¹⁴ Se sigue aquí a Basset, Úrsula C., *op. Cit.*

concepción, cuidados en el embarazo, parto y post parto) debe ser –excepto en el caso de urgencias reales -- recabado con anterioridad a la práctica en cuestión. Es decir, ser previo. Esto significa que la mujer debe poder consentir antes de la práctica, pero también debe tener suficiente tiempo para evaluar la situación. El paciente deberá tener un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar según las condiciones del caso y las circunstancias de las personas. El consentimiento debe poder ser revocado por cualquier motivo, sin que ello entrañe desventaja o perjuicio alguno, incluso sólo de manera verbal, ya que no es definitivo.

b. Personalizado y dialógico: significa que "...sólo ella será la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas, por lo que no se deberá solicitar autorización de la pareja ni de ninguna otra persona [para la esterilización]¹⁵". El médico deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, como su cultura, religión, estilos de vida y nivel de educación. Es decir que la información brindada tendrá elementos objetivos y subjetivos.

c. Vulnerabilidad propia del embarazo y parto: para que el consentimiento sea libre, la mujer no debe encontrarse en situaciones "...de estrés y vulnerabilidad, inter alia, como durante o inmediatamente después del parto o la cesárea". La Corte hace así referencia a la Guía de la OMS para la atención al parto, en la que se especifica que no es conveniente que la mujer opte por la esterilización "...mientras se encontrara en labor de parto, recibiendo sedantes o atravesando una situación difícil antes, durante o después de un incidente o tratamiento relacionado con el embarazo". La intermediación de embarazos difíciles o situaciones de estrés o vulnerabilidad, embargan la libertad de la mujer y hacen mermar la libertad del consentimiento. Esto es particularmente aplicable a aquellos procedimientos que no son la respuesta de emergencia ante una crisis o evento impredecible, sino que son programados y planificados (puede tratarse de métodos anti conceptivos, elección de vía de nacimiento, opción por alternativas de manejo del dolor durante el trabajo de parto, libertad de movimiento y de posición para parir, corte de cordón umbilical,

¹⁵ La Corte, sin embargo, señala que "...si bien la decisión de esterilización puede tomarse en pareja, ello no implica que se exija la autorización del esposo". Es decir, si bien el control de la natalidad es, idealmente, un aspecto que cada pareja debe abordar en condiciones de igualdad de decisión, no puede haber por este motivo elección de un tercero sobre el cuerpo de quien deberá, en definitiva, implementar el método anti conceptivo de elección.

acompañamiento durante las entrevistas pre natales y parto, etc, ligadura de trompas).

d. Estereotipos de género y poder: Deben evitarse estereotipos de género en la generación y obtención del consentimiento. El médico debe brindar información "*objetiva, no manipulada o inductiva, evitando generar temor en el paciente, porque ello podría implicar que el consentimiento no fuera libre*"¹⁶. Es muy interesante la referencia a las razones discriminatorias en el acceso a la salud, por diferencias en relaciones de poder (respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico) o por la existencia de vulnerabilidades adicionales o estereotipos de género. Raza, discapacidad, posición socioeconómica, no pueden ser el fundamento para limitar la libre elección de la paciente¹⁷.

e. Bajos recursos y control de natalidad como política sanitaria: la Corte resalta que es trascendental evitar que el personal médico induzca a mujeres de bajos recursos o niveles bajos de educación "*...bajo el pretexto de que la medida es necesaria como medio de control de población y natalidad*"¹⁸.

f. Plenitud del consentimiento y consentimiento como proceso: La plenitud del consentimiento exige haber recibido previamente información "adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible" y "luego de haberla entendido cabalmente". El contenido de esa información debe versar sobre: la evaluación de diagnóstico, el objetivo método, duración probable, beneficios y riesgos esperados, los posibles efectos desfavorables, las alternativas incluso las menos intrusivas, dolor o malestar derivados, consecuencias durante y después. Se resalta que el consentimiento no es un acto aislado sino el resultado de un proceso comunicacional que debe ser imparcial para salvar la autonomía y los derechos del paciente. La autonomía no surge del aislamiento, sino de la integración del paciente a la decisión.

h. Prueba de la existencia del consentimiento: La prueba de la existencia debe documentarse o registrarse formalmente en algún

¹⁶ Idem, párrafo 184.

¹⁷ Véase el siguiente estudio que analiza las chances de éxito de un parto vaginal después de cesárea en Estados Unidos según segmentación de raza o pertenencia étnica: Edmonds, J. K., Hawkins, S. S., & Cohen, B. B. (2016). Variation in Vaginal Birth After Cesarean by Maternal Race and Detailed Ethnicity. *Maternal and child health journal*, 20(6), 1114–1123. <https://doi.org/10.1007/s10995-015-1897-5>.

¹⁸ Idem. Párrafo 188.

instrumento. No es suficiente un testimonio del personal médico. Ni, agrego, debería ser suficiente un formulario pre impreso y firmado por un tercero. Idealmente, la formación del consentimiento debe plasmarse en la historia clínica. Es decir, este documento debe reflejar en la mayor extensión posible la información brindada, las peculiaridades del paciente, las manifestaciones que ésta haya efectuado en las consultas, sus preferencias, temores, factores de riesgo. Y debe asegurarse que la historia clínica – y el consentimiento que en ella consta – no sean adulterados, destruidos o sustraídos.

5. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA GESTACIÓN Y NACIMIENTO Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Las decisiones que se toman en el campo obstétrico tienen repercusión sobre los derechos e integridad de la mujer y también del no nacido. El consentimiento en este caso implica ejercicio de la responsabilidad parental: conforme el artículo 19 CCyCom., existe una persona por nacer en cuya representación se decide. Si bien existen escasos precedentes en que se ha ordenado judicialmente la realización de determinados procedimientos obstétricos en contra de lo expresado por la mujer gestante¹⁹, deben considerarse todos los aspectos involucrados en lo

¹⁹ El caso, cuya doctrina no consideramos acertada, fue decidido por el Juzgado de Familia Esquel, n. 2, el 11/1/2011, en autos "Asesoría de Familia e Incapaces s/medida autosatisfactiva". En este se hizo lugar al pedido efectuado por la Asesoría de Menores interviniente, ordenándose la práctica médica cesárea, a la cual la parturienta se negaba con fundamento en lo que dispone la ley 26529 y en los temores que presentaba la posibilidad de tal intervención. El Juzgado entendió que era necesario efectuar un análisis relacionado con los "derechos del niño por nacer", la "autonomía de la voluntad de la progenitora" y la "responsabilidad médica y jurídica del Estado". Consideró que la "...doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden que el amparo del derecho a la salud del niño -por nacer- está directamente vinculado al derecho a la vida, y, por lo tanto, no existe argumentación suficientemente válida para hacer lugar a excepciones a su respeto y ejercicio"; lo que, en definitiva, impone la necesidad de la práctica médica cesárea para la protección de la vida del nasciturus. Luego de ello, y sin perjuicio de las normas citadas, entiende que corresponde analizar las otras cuestiones que se encontraban comprometidas. En cuanto a los derechos subjetivos familiares y a la autonomía de la voluntad de la madre, aduce que "...la imperatividad de las normas jurídicas del derecho de familia (...) está destinada a satisfacer el interés general. Ello nos evidencia la limitación natural que encuentra la voluntad particular y su corolario, el interés individual, supeditado en medida cada vez más advertible al interés general". Entendió que "...se evidencia en el caso de autos, un supuesto en el que la autonomía de la voluntad manifestada por la progenitora avanza sobre el interés familiar y desborda en alguna medida el marco del orden público familiar comprometido". Por lo que, "...encontrándonos así, frente a un conflicto de intereses -los del niño por nacer y su progenitora- consideramos que debe limitarse la decisión de los adultos cuando el interés del niño se ve afectado". En función de ello es que

que hace al interés superior del niño en tanto concepto indeterminado y que implica variantes de salud física y emocional que deben sopesarse cuidadosamente al momento de tomar decisiones²⁰.

La doctrina en torno a la autonomía del paciente implica que los pacientes poseen un derecho a rehusar tratamiento médico o elegir opciones que, en términos relativos, pueden significar un riesgo médico mayor²¹. No obstante, la autonomía no puede afectar la integridad física de terceros, mucho menos de sus hijos: una persona puede rehusar la transfusión de sangre de la cual pende su vida, pero no puede oponerse a la misma transfusión cuando está en juego la integridad física de un hijo o hija menor de edad²².

Cuando trasladamos este razonamiento al campo obstétrico, nos encontramos con que la decisión autónoma de la mujer gestante puede significar un riesgo más elevado para la integridad física del no nacido e, incluso, en ocasiones podría implicar un riesgo cierto de vida. La escasa jurisprudencia en Argentina al respecto hace prevalecer el interés del no nacido por sobre la autonomía de la mujer, en lo que cierta doctrina ha denominado un “abuso en la autonomía del paciente”. Inclusive en el derecho comparado (con antecedentes en EE.UU. y España) se ha indicado la realización de cesáreas por vía judicial. Es decir que una mujer adulta y plenamente competente puede ser llevada por la fuerza pública en contra de

“...entiendo [el juzgador] que el mejor interés del niño por nacer, en este caso, es la realización de la práctica quirúrgica indicada por los profesionales, en procura de la protección de su derecho a la vida y a la salud, por encima de las `creencias personales y/o miedos' de la progenitora. Y es que, si bien ella goza del pleno ejercicio de la `autonomía de voluntad' en los términos del art. 19, CN, que implica la voluntad de decidir sin condicionamientos externos, ésta encuentra su límite en la convivencia con sujetos dotados de la misma titularidad de derechos e independencia, y en el caso de autos en el derecho a la vida de la persona por nacer”. En definitiva, señala que “...la conducta asumida por la progenitora en autos deviene en ejercicio abusivo de aquélla respecto de las obligaciones y derechos que tienen para con el niño por nacer, toda vez que surge claramente de las constancias adunadas a la causa la negativa `injustificada' y `negligente' de la misma a autorizar la intervención quirúrgica que pondría fin al riesgo de muerte fetal intrauterina que aparece como inminente, asumiendo irresponsablemente los riesgos que tal omisión conlleva para la vida y la salud del niño por nacer”.

²⁰ BORGES, MARIA T.R. “A Violent Birth...”, p. 858 en particular.

²¹ Véase la doctrina que emana de dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “Bahamondez” (Sentencia del 6 de abril de 1993) y “Albarracini Nieves” (Sentencia del 1 de junio de 2012).

²² DareT (2009) Parental rights and medical decisions. *Pediatr Anesth* 19:947-952. doi: 10.1111/j. 1460-9592.2009. 03094.

su expresa oposición a un quirófano, ser anestesiada y que se le practique una cirugía mayor abdominal. En un estadio menor de coerción, también existen antecedentes legislativos que limitan las opciones que la mujer y su familia poseen en torno a la elección de la forma de asistencia al parto, tales como las leyes que dificultan o impiden totalmente el parto domiciliario.

De lo anterior se desprende la pregunta acerca de la validez de estas normativas y la legitimidad de las órdenes judiciales. En esta discusión se entremezclan debates en torno no solamente a la autonomía del paciente, sino en cuanto a los grados de protección de la vida según su estadio (nacido o no nacido e incluso pronóstico vital) y también, al menos en el derecho argentino, cuestiones que afectan directamente a la titularidad de la responsabilidad parental y el ejercicio del cuidado personal del hijo.

Sigue, entonces, un muy difícil equilibrio y ponderación en la que deben considerarse argumentos éticos con evidencia médica e interés público o bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento. Es así que desde la ética debemos considerar la dignidad manifiesta en la disposición de la propia corporeidad que habita el sujeto, así como la protección de la vida más vulnerable del feto. Desde la medicina, la evidencia científica y la incidencia probabilística de los riesgos que cada opción pueda suponer, así como la viabilidad de la vida intrauterina. Y desde la protección de los bienes jurídicos que hacen al interés público, tanto la libertad que hace al libre desarrollo de la personalidad (en el plano individual y en la esfera parental), como la vida e integridad física de la criatura por nacer.

b) Consentimiento informado vs. Objeción de conciencia.

Por último, en relación a los profesionales de la salud, puede plantearse el dilema ético en el que el profesional considera que el ejercicio del derecho autónomo de la paciente que implica (a juicio del profesional) un mayor riesgo para la vida de ésta o del hijo por nacer. En este escenario, el profesional puede considerarse amparado por un derecho a la objeción de conciencia o incluso un deber nacido del juramento hipocrático de su profesión. Así como todo procedimiento requiere el consentimiento del paciente, también se debe preservar la libertad personal de los profesionales. En este sentido, reforzando la noción del consentimiento como proceso dialógico, el profesional o auxiliar interviniente debe poder excusarse de participar en una forma de tratamiento con la que no concuerda. La objeción de conciencia se reconoce para los casos de esterilización voluntaria, aborto

y eutanasia. También debe reconocerse para los casos de cesáreas ya sea por elección de la paciente cuando el profesional considera que no hay indicación absoluta o relativa, así como cuando la paciente se niega a la cesárea que el profesional recomienda o insiste en proseguir con el curso natural de la gestación cuando el obstetra no lo estima seguro (por gestación prolongada o presencia de comorbilidades, por ejemplo). En estos supuestos, la institución médica debe garantizar las posiciones de ambas partes, permitiendo el ejercicio de la autonomía conjuntamente con la preservación de consciencia y responsabilidad legal del galeno²³.

²³ Wicclair MR (2000) Conscientious Objection in Medicine. *Bioethics* 14:205-227. doi:10.1111/1467-8519.00191

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Por Juan Carlos Alongi¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado es la expresión de un derecho subjetivo personalísimo.
2. Está asociado a la idea de información, la que debe ser clara, precisa, adecuada y continua. Para ello, deberá utilizarse el lenguaje claro.
3. Forma y prueba. Se debe instrumentar por escrito, salvo para las prácticas menores. La firma del paciente debe ser ológrafa.-
4. El incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado o haberlo hecho de forma deficiente, genera un daño autónomo e independiente.
5. Directivas Médicas Anticipadas. Son una especie del género C.I. Forma: Conflicto entre el art. 11 de la ley 26.529 y el art. 60 del C.C.C.N prevé la facultad de otorgar D.A y otorgar mandato expreso, designando a la persona o personas que han de prestar el consentimiento.
6. Mediante el consentimiento informado adquiere efectividad el derecho personalísimo de la libertad a disponer del propio cuerpo y decidir sobre la salud y la forma de vivir la enfermedad.

II. FUNDAMENTOS

Desde la más remota antigüedad primaba el concepto paternalista de la relación “médico- paciente”. El médico era considerado un amigo de la sabiduría, alguien que se acercaba a la técnica, a la prudencia y a la ciencia.-

“Se dice que la información que brindaba a su paciente era sólo aquella que colaboraba con el tratamiento. Según algunos autores, los orígenes de la doctrina del consentimiento informado pueden llegar a encontrarse en la antigua Grecia, a punto tal que Platón, diferenciaba a los médicos en: - “médicos de esclavos”, dogmáticos, sólo daban órdenes, no

¹ Abogado. Ex profesor asociado de cátedra de Derecho Civil II- Universidad de Morón. Posgrado en Derecho de Daños y Responsabilidad Médica. (UBA). - Ex Asesor Letrado de la Federación de Clínica y Sanatorios de la Pcia. de Buenos Aires.- Director de Asesoramiento Médico Legal del Municipio de Tres de Febrero (1989-1992).

escuchaban, no dejaban hablar, decidían por el paciente y “ médicos de hombres libres”, respetaban al paciente, hablaban y hacían hablar, acompañaban, ayudaban, apoyaban.-²

Esta conducta de los profesionales médicos perduró hasta bien entrado el siglo XX, casi sin variantes. Podemos decir, entonces, que desde la antigüedad y hasta mediados la centuria recientemente concluida, el consentimiento del paciente era un tema secundario, procediendo a advertirles con escasos datos sobre su dolencia, tendientes a estimular la aceptación del tratamiento que habían decidido instituir.-

La opinión de la comunidad médica, sostenía que el hecho del acercamiento por parte del paciente al médico, exteriorizaba el deseo de ser asistido y que el médico iniciase el tratamiento. Estos conceptos se mantuvieron en EEUU hasta principios del siglo XX, dando lugar a una serie de juicios, donde se cuestionaba la autoridad de los médicos para someter a una persona a tratamiento sin la voluntad explícita de la misma.

En virtud de la limitación de la extensión del presente trabajo, nos limitaremos a citar únicamente el precedente jurisprudencial de la Corte de Apelaciones de Nueva York en el caso " Schloendorff, Mary c/ Society of New York Hospital (14-4-14; 105 N.E. 92. Estados Unidos); considerado punto de partida de la teoría del consentimiento.

En el mismo se consideró:

Todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que hará con su propio cuerpo.

Que todo cirujano que practica una operación sin el consentimiento del paciente comete una agresión, por la cual responde, debiendo hacerse cargo de la reparación de los perjuicios. Que esto es así salvo en los casos de urgencia en los cuales el paciente se encuentra inconsciente y es necesario operar antes de que sea posible obtener el consentimiento.

Que el daño en tratamiento no se basa únicamente en negligencia, sino en violencia o fuerza en la invasión al cuerpo de la paciente.

² Burbindki, Beatriz y NASER, Miguel A. “ Reflexiones acerca de la relación médico-paciente”. Archivos Argentinos de Pediatría, 1999-97, pág. 43. Citado por HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M en “La Relación Médico-Paciente. El Consentimiento Informado” Ed. AdHoc, pág. 11.-

Como señaláramos precedentemente, este fallo constituye el punto de partida de la teoría del consentimiento, que continúa su avance estableciendo que, además, de revelar la naturaleza de la enfermedad, se debe hacer entender perfectamente el tratamiento propuesto, las posibilidades de éxito, los riesgos del mismo, los tratamientos alternativos y el pronóstico.

Dos coordenadas mayores - vigas maestras - encuadran el tema. La primera está constituida por el derecho personalísimo que toda persona tiene a disponer libremente de su cuerpo (art. 51, 59 y 60 del CCCN).- La segunda, sin embargo, ningún derecho puede concebirse sin la idea de proporción. (hominis ad homine proportio).-

En la relación médico-paciente el consentimiento informado, en los albores del siglo XXI, presenta aristas aún no resueltas:

- El respeto al principio de la autonomía de la voluntad. En este punto resta conciliar la total revelación necesaria para asegurar la libertad de decisión del paciente.
- Priorizar la salud del paciente. Se dice que la total revelación es perjudicial para la salud del paciente y que estos no son capaces de manejar la información médica para así tomar decisiones adecuadas.-
- La interacción médico paciente: apunta a establecer en la relación médico paciente un equilibrio sobre el respeto a la condición del ser humano de cada uno de ellos. Rechaza el hecho de que sea el médico o el paciente el que tome la decisión, pues sería incompatible con el respeto mutuo si hay supremacía de uno sobre el otro. Se transforma en un proceso más emocional que racional. Si ha de humanizarse la relación médico paciente, debe hacerse sobre la base del respeto y colaboración mutua.

Así por ejemplo la negativa injustificada del paciente a someterse a una revisión o tratamiento médico, no autoriza al enfermo a prevalerse de esa contingencia, para obtener beneficios en detrimento de terceros. De no ser así ello se transformaría en un abuso del derecho personalísimo a la integridad personal, además de resultar contrario a la moral y las buenas costumbres. (arts. 10 y 279 del CCCN).-

Pero desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, que es consentir.

Si escudriñamos su etimología la Real Academia, tomando las acepciones relevantes para este trabajo nos allega la siguiente (consentiré, sentir con) y se entiende que consentir es “permitir algo o condescender en que se haga”.

El consentimiento es la voluntad convergente o coincidente de dos partes - cum sentire - : sentir con otro o juntamente con otro.-

Como bien señala la Dra. Basset “existe un uso “anfibilógico o directamente equívoco del término consentimiento... en algunos casos el término consentimiento es equivalente a contrato. En otros, es algo distinto de contrato, aunque previo y bilateral. En otros casos, es un acto bilateral que surge automáticamente de dos unilateralidades convergentes. El disenso es entendido como un acto unilateral.

El paciente tiene derecho a recibir una información *adecuada*, y *completa*; art. 5º de la Convención de Bioética de Asturias.- A lo que debemos agregar *continua*, es decir a lo largo de todo el tratamiento.- Entendemos que el deber de información es absoluto o es relato.-

Sólo así, podrá obtener el médico, el consentimiento esclarecido pudiendo el paciente ejercer el derecho a elegir la forma de vivir su propia enfermedad.

En la relación médico-paciente, se encuentran comprometidas garantías estampadas en nuestra Constitución Nacional: derecho a la información, la salud y la intimidad. La omisión de éste deber compromete la responsabilidad de los médicos tratantes y centro asistencial, respectivamente.

Así ha sido resuelto en la causa " P.R.H. c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa - Ejército Argentino s/ Responsabilidad Médica", del 28-12-93. (C.N. Civ. y Com., Federal Sala I).

Este piso de marcha se ha consolidado en la doctrina pretoriana. Así por ej. la Sala I de la C.N.Apel Civil en autos “N., D.H. c/ S.,L.J. y otros s/ Daños y Perjuicios – Responsabilidad profesional de médicos y auxiliares “, de fecha 09/04/2021 hizo lugar a la demanda interpuesta por la accionante derivada de la falta de consentimiento informado que se le debió requerir a la actora, en términos claros, precisos , completos y adecuados, ante de las

dos operaciones a las que fuera sometida, toda vez que el cuadro que presentaba no era de urgencia.³

1. TRATAMIENTO DEL TEMA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

En el ámbito nacional, el ejercicio de la medicina, se encuentra regulado por la ley 17.132.-

La citada norma, en su art. 19 consagra como principio el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente en lo que se refiere a los tratamientos médicos. En esta norma sólo se habla de consentimiento, para el caso de las intervenciones mutilantes. Actualmente, en virtud de lo edictado por la ley (26.529, arts 5 y 6), se hace extensivo a todo tipo de tratamiento o intervención profesional.

La reforma constitucional de 1994 otorga al derecho a la salud status constitucional, aunque lo hace con referencia a la relación de consumo.- Por su consecuencia, entendemos que el derecho a la salud como tal, quedaría instalado como un derecho no enumerado (art. 33 de la CN). Desde el cuadrante convencional, el mismo ha sido reconocido expresamente.

El derecho a la salud, comprende la facultad que tiene toda persona a requerir una respuesta sanitaria, tanto en el aspecto preventivo como en el asistencial, cuando pueda hallarse en peligro o se encuentre afectada su salud.- (art. 75, inc. 22 CN)

Con brevedad de escorzo me limitaré a señalar sus notas salientes en la Ley 26.529, plexo normativo que vino a llenar un vacío legal y por su trascendencia en el nuevo CCCN, en su art. 59.-

El instituto que nos congrega fue legislado primero en la Ley N° 26.529 del 21 de octubre de 2009 denominada Ley de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, regulando en el Cap. III (arts. 5 a 11) el Consentimiento Informado: en el art. 5° lo define y hace referencia a la información que debe recibir el paciente; en el art. 6° se ocupa de su obligatoriedad y el CI por representación; en su art. 7° legisla acerca de la forma de su instrumentación ; en el art. 8° se refiere a la exposición con fines académicos; el art. 9 a las excepciones del CI; art. 10 a su revocabilidad; arts. 11 a las directivas anticipadas.

³ CNCiv., Sala L, “ N.,D.H. c. S., L.J. y Otro d s/ daños y perjuicios- resp. Prof.médicos y aux. “, 09/04/2021, TR LALEY AR/JUR/7817/2021.-

El citado plexo legal fue modificado 26.742 (Ley de Muerte Digna), reglamentada por el decreto 1089/2012.

No podemos omitir mencionar la ley 26.657 B.O. 2-12-2010, conocida como Ley de Salud Mental. Debido a las consabidas e inexpugnables razones de espacio y la complejidad del thema, no abordaremos el tema.- Solo diremos que se impone, apremiantemente, su reforma.-

El 1 de agosto de 2015 entro en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (conf. Ley 27.077) .- A diferencia del digesto velezano, como la mayoría de los códigos del siglo XIX, se ocupaban de las relaciones privadas de las personas, negocios jurídicos patrimoniales y los deberes y derechos de las personas con relación a aquéllos, omitiendo ocuparse de los tema de la salud; propone una **comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, dando lugar a lo que la moderna doctrina ha dado en llamar la constitucionalización del derecho privado.-**

El flamante cuerpo de leyes, se ocupa del consentimiento informado, en adelante CI, en el Libro Primero, Título I, Sección 3, Capítulo 3, regula explícitamente los derechos personalísimos a la “dignidad”, verdadero “paraguas” bajo el cual se cobijan los demás derechos fundamentales” (art. 51 CCCN), a la integridad y a la vida (art. 54), todos derechos de gran presencia toda vez que se trata de la toma de decisiones que suponen la aceptación o rechazo de tratamientos médicos que importan riesgos importantes para un paciente.⁴

El derecho a la salud es un derecho personalísimo y el CI, art. 59); las Directivas Médicas Anticipadas (art. 60), entre otros, integran el derecho personalísimo de la autonomía de la voluntad.-

En nuestra Lex Máxima, debemos principiar por su Art. 19.- En el citado precepto, se encuentran consagrados el " principio de reserva", protegiéndose asimismo la esfera de la “privacidad” de la persona.-

El Art. 33 de la C.N., que reconoce los " derechos implícitos " o también llamados "derechos y garantías innominadas".-

⁴ Wierzba, Sandra M. “Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros- L.L. Año XVII, pág. 5 a 25.-

En el artículo 42, luego de la reforma de 1.994, se prescribe que: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a una información adecuada y veraz". Ello implica, lisa y llanamente, que el deber de informar al consumidor ha adquirido jerarquía constitucional.

Con la consagración de once instrumentos internacionales con "jerarquía constitucional originaria", a los que se agrega con "jerarquía constitucional derivada" la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mediante la reforma de 1.994, ubican a dichos instrumentos junto a la Constitución Argentina en la cúspide de la pirámide normativa conformando el Bloque de la Constitución Federal.- Resulta, entonces, imprescindible citar el Artículo 75 inc. 22, de nuestra Carta Magna.

Sintetizando: El derecho a la salud es un derecho personalísimo. Es un derecho constitucional implícito y un derecho convencional explícito.

2. LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERIA. Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Últimamente, ha comenzado a afianzarse, una corriente jurisprudencial, que a los supuestos tradicionales de conductas de profesionales médicos generadoras de responsabilidad, ha sumado ahora la que deriva directamente de la *falta de información previa y adecuada*.- Y ello es así, toda vez, que el deber de información forma parte de la buena fe contractual (art. 9 y 961, del CCCN). Así fue resuelto en el precedente citado " supra".

El deber de información es antecedente y parte esencial el consentimiento informado.

Ese deber de información, se torna eficaz, además, cuando ha sido expresado en lenguaje claro. Así lo proponemos.

La ley 24.193 de Ablación y Transplante de Órganos, contiene varias disposiciones concernientes al consentimiento informado.- En cuanto a la información que debe suministrarse, dispone que ella *debe ser suficiente, clara y adaptada al nivel cultural del destinatario; debiendo hacerse referencia a los riesgos de la intervención, sus secuelas y pronóstico*.

Prescribe también este plexo normativo que los Jefe de Equipo de Transplantes deberán: 1) Que el dador y receptor hayan comprendido el

significado de la información, 2) Permitir que los interesados tomen la decisión libremente y 3) Deben dejar constancia documentada de los pasos señalados precedentemente.

También la ley 24.240, específicamente sus artículos 5° y 6°, juegan un papel de gran trascendencia en la protección de la salud y la seguridad de los consumidores (léase pacientes), al exigir para este ámbito el derecho a una información cierta y objetiva, veraz, detallada y suficiente.

No cabe duda que en los comienzos de este tercer milenio, el paciente es un consumidor del servicio de salud.- En el mes de septiembre de 1.994, en oportunidad de realizarse las Primeras Jornadas de Derecho Civil, una de las recomendaciones aprobadas por unanimidad de la Comisión 2, fue: " la Constitución Nacional de 1.994, en su artículo 42, párrafo primero, proclama como derecho de los consumidores y usuarios, el de ser protegido en su salud, seguridad é intereses económicos, y su derecho a una *información adecuada y veraz*, a la libertad de elección y a las condiciones de trato equitativo y digno. Cabe inferir, como consecuencia de los enunciados, el derecho a prevenir su menoscabo o a ser resarcido, de mediar daño". (despacho I, de lege lata).

En el piso de marcha que venimos espigando, no podríamos omitir referirnos al "caso Bahamóndez"⁵, cuyo pronunciamiento correspondió a nuestro más Alto Tribunal.

Si el sistema judicial argentino pretende abastecer su función con completividad, el lapso de tiempo que medie entre el hecho y la decisión deberá reducirse sustancialmente. El principio de justicia pronta tiene raigambre constitucional y convencional.⁶

En el derecho español, debido al alcance social y religioso de su postura, son de destacar los autos del Tribunal Constitucional del 20 de junio de 1.984 y del Tribunal Supremo, Sala II del 14 de marzo de 1.979, confirmando la legalidad de las autorizaciones judiciales a las intervenciones médicas con transfusiones de sangre siempre y cuando esté en peligro la vida del paciente y atendiendo al caso particular.

En la actualidad toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas " ligadura de trompas de

⁵ "Bahamondez, Marcelo s/ Medica Cautelar". CSJN 1.993 T. 316:479.-

⁶ Cossio, Carlos. La plenitud del orden juirídico y la interpelación de la ley. Ed. Losada. 1939, pág. 16.-

Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía”⁷. Va de suyo, previa prestación del CI.

En cuanto a que el consentimiento del paciente, resulta ineficaz, en el caso de intervenciones ilícitas. El mencionado Profesor, sin embargo, justifica la intervención coactiva de los médicos, con abstracción de la voluntad del paciente lúcido,...” *toda vez que se interprete que la pasividad de éste configura una forma ostensible o larvada de suicidio*”. Ob. citada, pág. 243.-

El argumento en que se sustenta su opinión, es que los derechos subjetivos personalísimos, a la vida, a la integridad corporal, a la salud, etc. tienen un amplio margen de ejercicio, pero no son absolutos.

Un aspecto novedoso y de gran actualidad, lo constituye el tema objeto del presente trabajo con relación a las investigaciones médicas en seres humanos y cuando esta se combina con la atención médica-

Resulta imposible obviar en la presente cuestión la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial.- Este Organismo promulgó la misma como una propuesta de principios éticos que sirvan para orientar a los médicos y a otras personas que realicen investigación médica en seres humanos.-

Respecto del thema en cuestión, merecen especial atención, entre otros, dentro de los Principios Básicos para toda Investigación Médica, los puntos 18: *“La investigación médica en seres humanos sólo debe realizarse cuando la importancia de su objetivo es mayor que el riesgo inherente y los costos para el individuo. Esto es especialmente importante cuando los seres humanos son voluntarios sanos”*; y 23: *“Al obtener el consentimiento informado para el proyecto de investigación, el médico debe poner especial cuidado cuando el individuo está vinculado con él por una relación de dependencia o si consiente bajo presión. En un caso así, el consentimiento informado debe ser obtenido por un médico bien informado que no participe en la investigación y que nada tenga que ver con aquella relación”*.- En cuanto a los Principios Aplicables cuando la Investigación Médica se combina con la Atención Médica, merecen ser destacados el 31: *“El médico debe informar cabalmente al paciente los aspectos de la atención que tienen relación con la investigación. La negativa del paciente a participar en una investigación nunca debe perturbar la relación médico-paciente”*.-

⁷ Ley 26130, art. 2°.-

A su vez, en el Artículo 10, trata el tema de las investigaciones cuando involucran a menores o personas discapacitadas mentales. Textualmente, dice: "*Toda investigación que incluya menores de dieciocho años, deberá hallarse precedida por estudios similares practicados sobre personas que hayan superado esa edad, excepto en el caso de estudios sobre condiciones específicas del período neonatal, primera infancia, segunda infancia o condiciones patológicas específicas de determinados grupos étnicos que la CCIS establezca en la respectiva reglamentación*".- Puede observarse, como el legislador, con buen tino, en éste caso exige título y modo.

La información que brinde el médico tratante al paciente, debe ser adecuada, completa y continua. Si ella es escasa o deformada, induciendo a error al paciente, su consentimiento carecerá de validez. El consentimiento defectuoso genera responsabilidad.-

Este deber se ve potenciado en determinadas prácticas médicas.

Así por ejemplo en un precedente de la C.N.A.Civ.Sala I el médico fue demandado con motivo de una cirugía estética practicada, tras la cual la actora le quedó una cicatriz visible en el abdomen. Si bien la Cámara juzgó que las consecuencias de la operación fueron previsibles e informadas, el problema surge a raíz de la ubicación de la cicatriz, de lo que, según dichos de la propia actora, no había sido informada acabadamente, resultando la práctica médica realizada inferior a sus expectativas. En prieta síntesis, el CI deficiente generó la responsabilidad del galeno. Indicó el tribunal, que en la cirugía estética, dado su carácter no terapéutico, el resultado proyectado de la operación define su resultado.⁸

Si el médico actúa sin obtener la voluntad previamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios de su intervención al no haberse brindado adecuada y suficiente información. Por ende la carga de la prueba de la preexistencia del consentimiento informado corresponde al médico.⁹

Adherimos a lo aseverado por la Dra. Wierzba, en cuanto a que el deber de información es más extenso en ciertas prácticas, como la cirugía

⁸ C.N.A.Civ. Sala I, autyos "S.,L.,c. S.S., P.M. y Otro s/ daños y Perjuicios" 11/08/2020 TR LALEY AR/JUR/35564/2020.-

⁹ CCiv. Y Com. La Plata, Sala 2, "O"Keeffe, Cristina Mabel c/ Hospital Prof. Dr. Adolfo Rossi s/ daños y Perjuicios", 23/09/23, 241194 ID SAIJ BO152589

plástica estética, en el sentido de que se exige información más completa y sostenida en el tiempo, dada la naturaleza de los procedimientos involucrados – de embellecimiento- y su carácter “electivo”¹⁰

Pero el instituto que nos congrega, nos recuerda al Dios Jano de la mitología griega, que tenía dos caras. Por este aspecto bifronte del derecho a la información, A SABER y su contracara, EL DERECHO A NO SABER, deriva del derecho a la libertad- Este último derecho suele ser ejercido en materia de tratamiento oncológicos.-

3. FORMA Y PRUEBA

El CCCN, en el art. 284, estatuye la libertad de formas, principio incorporado por el derecho francés y el español, y seguido por Vélez en el art. 974.-

A su vez el art. 286 del flamante cuerpo de leyes, estampa que la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no.- Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Esta última parte, resulta trascendente por su atingencia con el tema que nos congrega y el de la historia clínica electrónica. Ley 27.706.-

En agasajo a la brevedad omitiré extenderme sobre las nociones de forma y prueba, desde el cuadrante jurídico, referida a los actos voluntarios y la clasificación de los actos jurídicos en formales y no formales.- A su vez, los actos formales pueden ser solemnes y no solemnes.-

Adherimos la postura enarbolada por la Dra. Wierzba, en cuanto que “Si bien, en principio, todo tratamiento médico requiere de consentimiento, este consentimiento o expresión de voluntad no siempre será formal”.- Por ejemplo una persona que se encuentra sin conocimiento, por haber sufrido en accidente en la vía pública y debe ser atendida con urgencia.

“Substancialmente, el consentimiento de un paciente a un tratamiento debe ser considerado, un acto no formal, en la medida que la

¹⁰ Wierzba, Sandra Consentimiento Informado: 3.voluntad en el Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria, Garay, Oscar Ernesto (dir) en Ed. Ministerio de Salud de la Nación, edición 2017.-

ley no prevea formalidades especiales para su exteriorización”¹¹. Por ej. El art. 7 de la ley 26529 establece los casos en que el consentimiento informado de ser instrumentado por escrito y debidamente suscripto.

Y con relación a este último requerimiento, aditamos, la firma no debe ser electrónica ni digital.- Debe ser ológrafa.-

Resulta un antecedente legislativo de importancia, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la ley 11.044 y fundamentalmente su Título 2: Aspectos Éticos de la Investigación en Seres Humanos.-

La ley 11.044 de la provincia de Buenos Aires, en efecto, en varios de sus artículos, se refiere al consentimiento informado, en materia de investigación practicada sobre seres humanos. Me referiré puntualmente al Artículo 4º inc. e) que textualmente dice: " *Obtener mediante instrumento público donde consten los riesgos a correr, el consentimiento de los sujetos de la investigación o de sus respectivos representantes legales, con las excepciones establecidas en Ley debidamente acreditadas*".

Tal aserto lo hacemos con estribo en lo prescrito por el art. 4º, inc. c) de la ley 25.506 de firma digital, que excluye su utilización para los actos personalísimos en general.

En el art. 60 del CCCN se han regulado las Directivas Anticipadas que fueran definidas como ciertas manifestaciones valorativas de los pacientes de los pacientes, que son expresión de como desearían ser tratados en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso de que no estuvieren en aquél momento (futuro o hipotético), en condiciones de manifestarse adecuadamente¹².

El precepto legal de premención, edicta:” La persona plenamente capaz puede anticipar directiva...” Esto entre en conflicto con el principio de la autonomía progresiva incorporado en el art. 26 del CCCN.- Otra diferencia, es que el nuevo código no exige formalidades para la expresión de voluntad, como requisito de validez del acto.

Debemos concluir, en cuanto a la prueba en materia de acreditar del deber de información, se ha sostenido con razón, que el que se pretende

¹¹ Higthon, Elena I Wierzba, Sandra M. La Relación Médico-Paciente: Consentimiento Informado, 2da. edición, Editorial Ad Hoc pág. 181.-

¹² Manzini, Jorge L. y Tinant, Eduardo L. “Las directivas anticipadas”, en “Bioética en medicina”, Cordinador Oscar E. Garay, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. p. 299/331.

acreedor de un derecho de tal naturaleza, debe demostrar su existencia. Establecido el mismo, corresponde al deudor, demostrar su cumplimiento.

Epilogando la presente ponencia: El hombre es el centro de todo el sistema jurídico. Su persona es inviolable. El C.I. es el instrumento por el que adquiere efectividad el derecho personalísimo de disponer de su propio cuerpo y el derecho a la libertad de decidir sobre su cuerpo, su vida y salud forma de vivir la enfermedad.

Concédasenos la pleitesía de allegar el siguiente aserto: El paciente que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales puede oponerse a una determinada práctica o tratamiento médico, debiendo respetar el profesional su contenido de voluntad. Este, no podrá ser suplido por la autorización judicial, salvo que convalide una forma indirecta de suicidio y/o perjudique a terceros.

**CONSENTIMIENTO INFORMADO; DERECHOS IMPLICADOS.
CONFLICTOS DE DERECHOS QUE PLATEAN SUS EXCEPCIONES**

Por Carlos Manuel Álvarez Chicano¹ y Ofelia Oviedo Figueroa²

I. CONCLUSIONES

1. Acudiendo al derecho comparado, concretamente al derecho español constatamos que el consentimiento informado es un derecho fundamental. Otro derecho necesario para el consentimiento informado es el derecho a la información. El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro. No obstante, como todo derecho no son absolutos tiene sus limitaciones.

2. La normativa española pone de manifiesto que las excepciones no son indeterminadas ni de consideración extensiva, permitiéndose la limitación del derecho a la información es únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Y en el caso del consentimiento informado en casos de riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. En la legislación argentina la regulación es similar.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el consentimiento informado ha sido reconocido como un derecho nuevo, que reconoce la autonomía de los sujetos y concede

¹Investigador de la Universidad de Málaga, España. Profesor invitado de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Rosario Email: carlosalvarezchicano@gmail.com

²Docente de la Cátedra de Derecho Privado I, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Docente de la Cátedra de Derecho Civil, de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. Email: ofeliamariategui@yahoo.com.ar.

prioridad a las decisiones del paciente. Es la aceptación autónoma de una intervención médica, o la elección entre cursos alternativos posibles, por un paciente que decide en forma libre, voluntaria y consciente, después de que el médico le ha informado y el paciente ha comprendido la naturaleza de la enfermedad, de la intervención, con sus riesgos y beneficios, así como de las alternativas posibles, también con sus riesgos y beneficios respectivos. No implica que los pacientes puedan imponer al médico cualquier cosa que deseen, ya que los médicos no tienen obligación de realizar intervenciones dañinas o medicamento inútiles, al contrario, no deben realizarlas, porque de hacerlo, producirían daño³.

En este artículo explicaremos las principales características del consentimiento informado en la legislación española, su contexto normativo y los derechos que en él confluyen; sobre todo del derecho a la información como derecho previo y necesario. Posteriormente nos detendremos en el análisis de las excepciones y el conflicto de derechos que supone. También haremos referencia a la legislación argentina.

2. CONTEXTO NORMATIVO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la

³ Revista Médica Clínica Las Condes. Vol. 21. Núm. 4. Tema central: Nefrología, páginas 644-652 (julio 2010).

Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones⁴.

3. PROTECCIÓN DE LA SALUD DELIMITADA POR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: REGULACIÓN ESPECÍFICA

La regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la Constitución de 1978, desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

De otra parte, esta Ley, a pesar de que fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios. Así mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y, del otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación.

Según la norma mencionada, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en su artículo 4.1 determina que: Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la

⁴ Ley. 41/2002 de 14 de noviembre.

finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias⁵.

En términos similares dictamina la legislación argentina. De tal forma que la Ley 26. 529 modificada por la ley 26.742 (que reconoce el derecho de poder rechazar tratamientos médicos sin expresar causa) determina en su artículo 5: “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”⁶.

4. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y NECESIDAD DE LA INFORMACIÓN PREVIA

Como todo derecho, no es un derecho absoluto, tiene ciertas limitaciones que concreta el artículo 9.2 de esta ley. Así determina, que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, básicamente cuando existe riesgos para la salud pública y cuando exista riesgo para la salud del enfermo que desarrollaremos posteriormente⁷.

⁵ Ley. 41/2002 de 14 de noviembre

⁶ Ley 26.529 modificada por la ley 26.742.

⁷ Ley 26.529 modificada por la ley 26.742

Apostilla la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza y completa la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997, al que ya se ha hecho referencia. Entre los principios básicos que enuncia la Ley en su art. 2, figura la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, “que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada”, y que “se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley” (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”, y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2)⁸.

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo.

imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación⁹.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental¹⁰.

La privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. En este sentido, es terminante la Ley 41/2002 (a la que las resoluciones judiciales sólo contienen alguna mención puramente marginal) al exigir en su art. 8 (que es trasunto del art. 5 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) el previo consentimiento del afectado, libre y voluntario, para toda actuación en el ámbito de su salud, “una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Y el art. 4 recoge en los términos más amplios el derecho de los pacientes a conocer “toda la información disponible” sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, “salvando los supuestos exceptuados por la Ley”. El precepto pone de relieve que las excepciones no son

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo.

indeterminadas ni de consideración extensiva, permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica (“cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”), supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente (art. 5.3 y 4)¹¹.

Del mismo modo, los supuestos en los que se pueda exceptuar la necesidad del previo consentimiento informado son también excepcionales, y así lo ha plasmado el legislador, que permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan sólo en los casos de riesgo para la salud pública, y “cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. Aún más, en este último supuesto, si las circunstancias lo permiten, se debe consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente (art. 9.2 de la Ley 41/2002 y art. 8 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina).

En definitiva, la regulación legal -que obedece a las exigencias constitucionales- implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho fundamental, que, en principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar. Como regla general, dicha información se ha de proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1), contenido que se amplía al previsto en el art. 10 de la ley para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente, esto es, los establecidos en el art. 8.2 (entre otros, las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores)¹².

La legislación argentina, con respecto a las excepciones, se manifiesta de forma similar a la normativa española en el art. 9 de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 en los siguientes términos:

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo.

“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”¹³.

La 26.742 de “muerte digna” introdujo modificaciones a los derechos del paciente en relación a la autonomía de la voluntad reconociéndole el derecho de poder rechazar tratamientos médicos sin expresar la causa.

En esta línea la jurisprudencia argentina ha dado un paso más en favor de la autonomía del paciente. De tal manera que, el 7 de julio de 2015 la Corte Suprema de Argentina en la causa “D., M.A, s/Declaración de incapacidad” autorizó a quitar la alimentación y la hidratación de un paciente que se encontraba en estado de mínima conciencia. En este fallo la Corte Suprema consideró que la Ley de Derechos del Paciente contempla la situación de quienes, como M.A.D., se encuentran imposibilitados de expresar su consentimiento informado y autoriza a sus familiares a dar testimonio de la voluntad del paciente respecto de los tratamientos médicos que éste quiere o no recibir. LA Corte Suprema determina que M.A.D. es una persona en sentido pleno, que sus derechos fundamentales deben ser protegidos sin discriminación alguna y que, por ello, goza del derecho a la plena autodeterminación de decidir tanto recibir las necesarias prestaciones de salud como también cesar su tratamiento médico.

En todas estas normas, sin embargo, no se plasman únicamente un conjunto de derechos para el paciente, unido a los correlativos deberes de los facultativos que permitan hacerlos efectivos, sino que, básicamente, reflejan una doble garantía para aquél y éstos: de un lado, la que permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen; de otro, la regulación descrita ofrece a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel

¹³ Ley 26.529 modificada por la ley 26.742

derecho. Por consiguiente, desde la perspectiva de los facultativos esta regulación no se limita a imponerles un conjunto de deberes, sino que, también, desde una vertiente positiva, les proporciona una garantía de su propia actuación profesional¹⁴.

El Tribunal Supremo español, Sala 1ª, en sentencia de 12 de enero de 2001, nº 3/2001 ha reconocido que el consentimiento informado constituye un derecho fundamental -es, precisamente, una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos-, consecuencia necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia¹⁵. Se trata, en definitiva, de un tránsito a este ámbito del ordenamiento jurídico del derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, derivado de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

El Tribunal Constitucional, en sentencia núm. 37/2011, de 28 marzo de 2011, recurso de Amparo núm. 3574/2008, ha reconocido definitivamente la condición de derecho fundamental que posee el consentimiento informado por tratarse de un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas.

5. COROLARIO

El derecho al consentimiento informado, como cualquier derecho, no es ilimitado y puede ceder sólo en los casos de riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización

El Tribunal Constitucional español establece una cierta jerarquía de bienes jurídicos a los que deben dar preferencia el poder judicial en caso de colisión entre ellos, aunque como precisa el Tribunal Constitucional esa jerarquía es muy débil o de escasa incidencia práctica, *«no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca»*,(STC

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 3/2001 de 28 de marzo de 2001.

320/1994)¹⁶. En el mundo jurídico el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre los intereses, razones o normas en conflicto; en ocasiones, tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible, y entonces, la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto¹⁷.

Como explica Esplín Templado, una de sus principales características es su carácter ponderativo, esto es, la necesidad de valorar en cada situación, ante la inevitable confluencia de derechos que se produce, qué derecho tiene primacía, según las circunstancias que concurren. Esta misma circunstancia hace difícil, sino no imposible, pretender una jerarquización de los derechos, que sólo sería pensable en una situación abstracta. En la realidad, la trascendencia de cada derecho siempre dependería de ese análisis específico de la situación¹⁸.

Las excepciones, tanto en el derecho español como argentino, deben interpretarse en atención a que los bienes jurídicos en conflicto como pueden ser el de la autonomía de la voluntad y la salud pública; teniendo que ser siempre respetados en su contenido esencial. En el supuesto específico, la primacía de un bien u otro será diferente en función de su interpretación en aras de la realización de la justicia y en consonancia con la voluntad del legislador junto con el alcance específico de cada derecho. La propia legislación argentina determina, expresamente, que las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva y en términos parecidos se han pronunciado la jurisprudencia española, como explicáramos anteriormente.

¹⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 190.

¹⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 189.

¹⁸ PRIETO SANCHIS, Luis (coordinador), *Introducción al derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 35/35.

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DIRECTIVAS MEDICAS ANTICIPADAS EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Por Carla Gabriela Balducci¹

I. CONCLUSIONES

1. El principio rector de la valoración de la dignidad humana, ha de aplicarse con mayor recelo en las situaciones en las que se hallen incluidas personas circunscriptas en ámbitos de vulnerabilidad. Dotar a los menores de edad de mecanismos que les permitan expresarse en lo atinente a sus cuestiones de salud requiere de una esmerada ponderación de los alcances de su autonomía progresiva. Es la piedra basal sobre la que ha de construirse toda estructura que procure tutelarlos

2. En relación al otorgamiento de consentimiento informado como de directivas anticipadas, se requerirá de la provisión de adecuada información a los involucrados, a los fines de que puedan analizar y valorar las consecuencias de las decisiones relativas a asuntos con implicancia médico - sanitaria que han de asumir.

3. Partimos del tratamiento legal desde la óptica que estime los estándares de edad, grado de desarrollo y madurez suficiente para el abordaje de la decisión en cuestión, como garante de un efectivo ejercicio de los derechos personalísimos del menor de edad, estableciéndose en directriz de las determinaciones que se adopten al respecto, en las que se preserve la seguridad jurídica.

4. Para las decisiones sobre cuidados de la salud de los adolescentes entre 13 y 16 años, se puede entender que si el consentimiento informado o las directivas se refieren a tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, podrían ser otorgadas por los adolescentes dentro de esta última franja etaria referida, considerando su autonomía progresiva y su competencia bioética, fuera de estos casos, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, o representantes legales.

¹ Notaria – Mediadora. Docente (UNA).

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Una vez instaurada la constitucionalización del derecho privado en nuestra legislación, lográndose la recepción de los principios provenientes de los tratados internacionales con raigambre constitucional en nuestro plexo normativo, hemos de contemplar sus efectos en lo referido a la tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Se considera un derecho personalísimo que corresponde a todo ser humano, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, aceptando o rechazando tratamientos médicos, interviniendo en las decisiones referidas a la propia salud. Se recepta la doctrina del consentimiento informado como regla derivada del principio bioético de autonomía y del principio jurídico - constitucional de autodeterminación, en referencia al derecho de los pacientes.

Cabe destacar el camino legislativo seguido previamente a la sanción del código civil y comercial, que ya acuñaba el concepto de autonomía progresiva de NNA en materia de salud, avanzando en la delineación de la valoración de la expresión de voluntad de los menores de edad, según su competencia y su discernimiento.

Se reafirmó la noción de considerar al niño como sujeto de derecho, cobrando gran importancia el reconocimiento de su autonomía progresiva, interpretada como su aptitud para ejercer por sí mismo los derechos constitucionales y legales, con una consolidada consagración en nuestro ordenamiento jurídico.

En vista de las apreciaciones expuestas, proponemos el análisis de las características de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, y su incidencia a la hora de manifestar su voluntad en temas de salud en consentimiento informado y directivas anticipadas.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

a) Concepto

Hallamos su conceptualización extensamente incluida en el tratamiento de innumerables tratados de Derechos Humanos. En tal sentido, al proclamarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, al inicio del

texto de su articulado, se establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.²

Pudiendo entenderse a la dignidad como una cualidad ínsita en la esencia del ser humano, frente a la cual, el resto de las cualidades humanas no mutan, lo que integra su atributo esencial e intrínseco.³

Coincidimos con Andorno en el sentido de que de la dignidad dimanarían los restantes derechos humanos, desde la óptica del concepto de dignidad, todas las personas poseen los mismos derechos fundamentales.⁴

Ha habido diferentes posturas doctrinarias en cuanto a la jerarquía concedida a la noción de dignidad, desde considerarla, por un lado, el fundamento sobre el que se asientan el resto de los derechos humanos, hasta cuestionarla, -en la opinión contraria-, considerándola un concepto inútil y retórico.⁵

Aún existiendo estas posturas discordantes, entendemos que es un concepto con relevancia ontológica-jurídica, constituyendo la defensa de la dignidad humana, un pilar sobre el que descansa el destino del hombre, consecuentemente, ha sido este concepto el que se halla presente en los principales instrumentos jurídicos temáticos con alcances convencionales supranacionales.

² “Declaración Universal de Derechos Humanos”, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Cita en línea, compulsada el 14/5/2024: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003.

³ FERNANDEZ, Silvia E. “Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado: planificación vital y dignidad” en “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo” - GROSMAN, Cecilia P. (dir) Tomo I, 1ª Edición revisada, 2019, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, p. 135.

⁴ ANDORNO, Roberto. “El principio de dignidad humana en el bioderecho internacional” cita en línea, compulsada el 14/5/2024: <https://enciclopediadebioetica.com/mod/page/view.php?id=3381#:~:text=EL%20PRINCIPIO%20DE%20DIGNIDAD%20HUMANA%20EN%20EL%20BIODERECHO%20INTERNACIONAL,-Autor%3A%20Roberto%20Andorno&text=La%20noci%C3%B3n%20de%20%E2%80%9Cdignidad%20humana,824>.

⁵ MACKLIN, Ruth. “Dignity is a useless concept” en *British Medical Journal*, 2003, vol 327, p. 1419-1420.

b) Dignidad de NNA y la autonomía progresiva en la toma de decisiones sobre temas de salud

Esta aproximación a la concepción del concepto de dignidad personal, postula consideraciones acerca de que todas las personas merecen igual valoración y respeto. En los supuestos de personas vulnerables, se contemplará con mayor rigor estas exigencias concernientes a la tutela de la dignidad humana, de acuerdo con diversas causas que motivan entornos estructurales de vulnerabilidad que afectan a ese colectivo humano. Aquí es donde ubicamos la situación de las personas menores de edad.

Esta relación precursora entre dignidad y autonomía ha de brindar los recursos específicos para adoptar medidas tutelares en lo referido a personas menores de edad, en consideración al carácter progresivo de su autonomía contemplando las diferentes etapas evolutivas que ellos atraviesan.

El avance de la noción del consentimiento informado y del rol de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones ha irrumpido en aquellos escenarios en los que sólo padres y médicos eran los protagonistas para disponer en esos asuntos, al punto de considerar que una negación de su participación en las mismos, pueda configurar una vulneración de sus derechos fundamentales.

Se modifica la dicotomía binaria entre “capacidad/incapacidad” de las personas menores de edad, considerando que esta noción estática que pueda resultar adecuada para el tratamiento de derechos de índole patrimonial, resulta no tan conveniente en lo referido al tratamiento del ejercicio de derechos personalísimos, involucrados en el ámbito de la salud.

El reconocimiento de la autonomía progresiva de NNA en los temas de salud, merece una valoración integral de su gradación evolutiva desde un aspecto dinámico, apreciando su derecho al cuidado de su propio cuerpo, aplicando la noción bioética de competencia, que le permita decidir conveniente y libremente luego de recibir y analizar la información adecuada, comprendiendo las consecuencias que de ello deriven.⁶

⁶ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. “El derecho del menor a su propio cuerpo” en BORDA, G.A. (dir) “La persona humana”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p.249, en BERGEL, Salvador D. y MINYERSKY, Nelly (coords.) “Bioética y Derecho”, Ed Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2003, p. 105; FAMA, María Victoria “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo” en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 57-5, 2012, AP/DOC/4134/2012, LAMM,

3. EL SISTEMA DE CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Con motivo de la adecuación de nuestro derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño, y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad, se ha receptado en nuestro Código Civil y Comercial los postulados provenientes de dichas convenciones, fundados sobre la presunción de capacidad de toda persona, con la única restricción para aquellos casos previstos legalmente, con motivo de imposibilidad propia de su naturaleza, de su natural inmadurez o de sentencia que dicte dicha limitación a la capacidad.⁷

Si bien en el articulado de nuestro código vigente se efectúa una distinción entre capacidad de derecho y de ejercicio, las modificaciones introducidas se llevaron a cabo en la nombrada en último término.

En esa sintonía, se aprecia la flexibilidad en las disposiciones legales, las constantes alusiones a los conceptos de “edad y grado de madurez”, la previsión específica legal en cuanto a las restricciones a la capacidad sumado a las facultades judiciales para la determinación de las mismas, la obligación impuesta al juez de escuchar y considerar las opiniones de las personas sometidas a proceso que versa sobre la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica.⁸

Así, se abandonó el modelo diseñado en el código velezano, que implementaba la regulación del ejercicio de los derechos de las personas

Eleonora. “El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad” en FERNANDEZ (dir) Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, T. I, p. 239.

⁷ CORDOBA, María Mercedes - ECHECURY, Natalia Andrea – GRAIZZARO, Marianela R. – RAJMIL, Romina Andrea. “Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con discapacidad restringida”. Revista del Notariado n° 926, Colegio de Escribanos de la ciudad autónoma de Buenos Aires, publicado el 14/03/2017.

⁸ Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, 1ª Edición, 2014, Ediciones del País, Ciudad autónoma de Buenos Aires, p. 17.

siguiendo los criterios definidos de edad y salud mental, que había generado los binomios estrictos de “capaces e incapaces”.⁹

De tal forma, el código vigente inserta una doble distinción en cuanto al reconocimiento de capacidad jurídica a los menores de edad. Por un lado, la diferenciación versa en relación a criterios etarios y madurativos, y por otro lado, en lo referido al tipo de acto a otorgarse, la distinción se efectúa entre el ejercicio de derechos personalísimos de aquellos actos referidos a las cuestiones patrimoniales. Se conjuga la categorización rígida por edades, con el moderno principio de la autonomía progresiva.¹⁰

4. CAPACIDAD Y COMPETENCIA BIOÉTICA DEL ADOLESCENTE

a) *Encuadre legal*

De acuerdo a lo establecido por el artículo 26 CC y CN, se establecen los criterios legales referidos a la intervención del menor en cuanto a salud se refiere.¹¹

Así, se conecta con la idea relacionada con la competencia bioética, que se ha podido definir como “un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone poseer la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida,

⁹ PELLEGRINI, María Victoria. “Autonomía progresiva y protección de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito patrimonial”, en “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo” - GROSMAN, Cecilia P. (dir) Tomo II, 1ª Edición revisada, 2019, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, p. 124.

¹⁰ WIERZBA, Sandra M. “Nuevamente sobre los jóvenes y las decisiones sobre su salud: Reflexiones a partir de la entrada en vigencia del Código unificado”, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 74, Abril de 2016, p. 63/74.

¹¹ En sus últimos 3 párrafos, el artículo 26 CC y CN, establece: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.... Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

tomando por sí mismo las decisiones que hacen a su cuidado y asistencia”.¹²

La ley 26529 reconoce, a partir de 2009, el derecho del niño, niña y adolescente a intervenir en las decisiones relativas a su salud, acaeciendo posteriormente las modificaciones introducidas por la ley 26742, referidas a “los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”. Asimismo, el decreto reglamentario 1089/12 amplía detalles sobre el tema.

b) Antecedentes jurisprudenciales: el caso “Gillick-Competence”

El caso precursor en contemplar la posibilidad de conceder “competencia” a los menores de edad, en lo atinente a las decisiones sobre el propio cuerpo, es el leading case “Gillick Competent”, con resolución emanada de la Corte de los Lores del Reino Unido, en la que se sostuvo que el derecho de los padres a elegir si sus hijos siguen o no un tratamiento médico finaliza cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción sugerida.¹³ De allí surge la expresión Gillick competent, que alude a aquella persona que ha alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto. En relación a esta sentencia se ha dicho que “el derecho angloamericano percibió tempranamente la necesidad de esta anticipación; en cambio, el derecho continental en muchos países mantiene “textos empolvados” y se resiste a derogar las reglas que se desentienden de la voluntad del niño”¹⁴

¹² CIRUZZI, María Susana. “La autonomía del paciente pediátrico. Mito, utopía o realidad?”, Ed. Cátedra Jurídica, 2011, Buenos Aires, P. 31.

¹³ United Kingdom House of Lords, 17/10/1985, “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS”, 3 All ER 402 (HL). En este caso, una madre de diez hijos, de los cuales cinco eran mujeres, requiere de la Justicia una resolución tendiente a impedir que sus hijas recibieran “consejo y tratamiento” anticonceptivo de las autoridades locales, sin su consentimiento. Ella consideraba que una instrucción del Departamento de Salud que permitía que las leyes generales de confidencialidad médica se aplicaran a niñas menores de dieciséis años, si el médico lo estimaba excepcionalmente necesario, resultaba violatoria de los derechos de los padres de educar a sus hijos. Cita en línea, compulsada el 4/5/24: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, S.D. – Minyersky; Nelly (coord.) “Bioética y derecho”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, p.116.

Basset entiende que este leading case instaura la definición –y el debate- referida a competencia otorgada a los menores de edad en decisiones acerca de tratamientos médicos, como un reaseguro de la autonomía progresiva del niño, actuando esta autonomía como un cuasi principio. Incluso se ideó posteriormente un test tendiente a examinar no sólo si el niño es competente, sino si es "máximamente autónomo" en la toma de estas decisiones.¹⁵

5. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado consiste en la expresión de la declaración del paciente con el objeto de aprobar o rechazar un tratamiento médico, que se realiza luego de haber realizado una ponderación de la información recibida, que debió ser prestada en forma clara, precisa y adecuada. Dicho consentimiento es coetáneo a la enfermedad o práctica de salud a realizarse.

La regulación sobre el tema la encontramos en el artículo 59 CC y CN, receptando la doctrina del consentimiento informado como regla derivada del principio bioético de autonomía y del principio jurídico - constitucional de autodeterminación, en referencia al derecho de los pacientes. Hoofst considera que uno de los aportes más significativos de la bioética es la introducción del sujeto moral, contemplando y respetando al paciente como agente racional y libre.¹⁶

Actualmente, se considera un derecho personalísimo que corresponde a todo ser humano, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, aceptando o rechazando tratamientos médicos, interviniendo en las decisiones referidas a la propia salud.

La mencionada declaración de voluntad no conlleva todos los requisitos de un consentimiento jurídico típico, siendo trascendental la competencia psico-física del sujeto que lo manifiesta.¹⁷

¹⁵ BASSET, Úrsula C. "Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence", DFyP 2010 (octubre), 228, Cita: TR LALEY AR/DOC/5473/2010.

¹⁶ HOOFT, Pedro F. "Bioética, derecho y ciudadanía" Ed Temis, Bogotá, 2005, p. 223.

¹⁷ FRIDMAN, Diego H.- ISHIDA, María T. - WIERZBA, Sandra M. "Investigación clínica en niños, niñas y adolescentes" en op. cit en nota *" en "Los derechos

6. LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

Han sido conceptualizadas como la expresión cierta de un derecho con operatividad eventual aunque irrevocable, que permite la sustentabilidad de una decisión personalísima respecto de cuestiones vinculadas a la salud o la propia vida, frente a una situación futura donde se tornaría imposible expresar la voluntad.¹⁸

Dentro del ámbito notarial, se utiliza la denominación de actos de autoprotección, los que han sido instituidos en respuesta a los cambios sociales y a las nuevas necesidades que la realidad impone al notariado. Se ha reservado la designación de “directivas anticipadas” para una especie de los actos de autoprotección, con la finalidad de designar a las que tienen por objeto disposiciones en materia de salud.¹⁹

La directiva anticipada de salud será expresada para el caso hipotético de que suceda una eventualidad, con respecto a la forma requerida, el artículo 6 de la ley 26.742²⁰ agregó al artículo 11 de la ley 26.529²¹, un párrafo final que establece que “la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifieste”.

Se han presentado dudas con respecto a la expresión “plenamente capaz” establecida en el artículo 60 CC y CN, que regula las directivas médicas anticipadas, en referencia a las personas menores de edad. En

personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo” - GROSMAN, Cecilia P. (dir) Tomo I, 1ª Edición revisada, 2019, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, p. 345.

¹⁸ BERBERE DELGADO, Jorge C. “Las directivas anticipadas sobre salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 13/5/15 (t. 2015-II).

¹⁹ LLORENS, Luis R. - RAJMIL, Alicia B. (con la colaboración de Natalia ECHECURY y Carina N. RIOS) en “comentario artículo 60 Código Civil y Comercial de la Nación” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN, Fundación Editora Notarial- Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo I, Pág. 230.

²⁰ Ley 26742, consulta en línea, compulsada el 11/5/2024: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>.

²¹ Ley 26529, consulta en línea, compulsada el 11/5/2024: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>.

sintonía con lo establecido en el artículo 26 CC y CN, que equipara al adolescente de 16 años con un adulto en lo atinente a las decisiones de su propio cuerpo, y formula distinciones para las decisiones sobre salud de los adolescentes entre 13 y 16 años, se puede entender que si las directivas se refieren a tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, podrían ser otorgadas por los adolescentes dentro de esta última franja etaria referida, fuera de estos casos, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, o representantes legales.

7. LA AUTONOMIA PROGRESIVA Y SU INCIDENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES EN CUESTIONES DE SALUD

Como ya lo adelantáramos, la consagración jurídica de la autonomía progresiva ha sido receptada en el código vigente, luego de lograr su consolidación tanto en el Derecho Internacional como en la doctrina especializada.²²

De acuerdo a lo establecido por el artículo 26 CC y CN, al referirse al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, se sienta, ab initio, el principio de que ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, sin embargo, posteriormente se formulan -en dicha norma como asimismo en el resto del articulado del código vigente, variadas excepciones, donde el menor de edad ejerce sus derechos de manera autónoma o con asistencia.

En referencia a este tema, se ha afirmado que “el propio código autoriza una interpretación restrictiva de la representación, a partir de límites establecidos en diversos artículos, y constituyen valiosos aportes de la reforma. Asimismo, se afirmó que “se debió asumir la representación del menor como residual, dando primacía a la propia intervención del menor con las asistencias adecuadas, cuando se requieran.”²³

²² FRIDMAN, Diego H.- ISHIDA, María T. - WIERZBA, Sandra M. “Investigación clínica en niños, niñas y adolescentes” en “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo” - GROSMAN, Cecilia P. (dir) Tomo I, 1ª Edición revisada, 2019, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, p. 311.

²³ LLORENS, Luis R. - RAJMIL, Alicia B. – TORRENS, María C. (con la colaboración de Natalia ECHECURY y Carina N. RIOS) en “comentario artículo 26 Código

Por su parte, Olmo entiende que, como contrapartida de la incapacidad de ejercicio establecida en el artículo 24 CC y CN, inciso b, “las personas que cuenten con la edad y grado de madurez suficiente podrán ejercer por sí aquellos actos de acuerdo a los términos en que les sean permitidos por el ordenamiento jurídico.”²⁴

En el referido artículo 26 CC y CN, se establece un sistema por el que se presupone que el adolescente entre trece y dieciseis años se halla apto para decidir por sí respecto de los tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud, o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, en caso de tratarse de tratamientos invasivos o riesgosos, se requerirá la asistencia de sus progenitores. En el último supuesto, al incorporarse la noción de asistencia, se entiende que la voluntad del menor no será sustituida por la de sus progenitores, sino que es requerida en forma conjunta para el ejercicio de sus derechos, separándose así del concepto del instituto de la representación parental, para este caso específico.

Asimismo, dicho artículo establece que a los dieciséis años, la persona será considerada adulta en referencia a las decisiones que ha de tomar con respecto al cuidado de su propio cuerpo.

A su vez, considerando el derecho del menor de edad a ser oído y a tener en cuenta su opinión en las cuestiones de su interés y al progresivo ejercicio de sus derechos contemplados por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26061,²⁵ y en lo referido a asuntos de salud por el artículo 2 inciso e) de la ley 26529,²⁶ lo facultan a otorgar directivas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente, o competencia bioética en materia de salud. Su opinión podrá ser valorada a la hora de la decisión, junto con las decisiones de sus representantes legales- de

Civil y Comercial de la Nación” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN, Fundación Editora Notarial- Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo I, Pág. 111.

²⁴ OLMO, Juan Pablo. “comentario artículo 26 Código Civil y Comercial de la Nación” en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Julio César Rivera y Graciela Medina (directores) - 1a ed. - Ed La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2014, Tomo I, Pág. 136.

²⁵ Ley 26061, consulta en línea, compulsada el 19/5/24: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=110778>.

²⁶ Ley 26529, consulta en línea, compulsada el 19/5/24: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=199296>.

requerirse- y las restantes circunstancias clínicas, efectivizando su derecho a ser oído.²⁷

8. LAS CLAVES DE INTERPRETACIÓN DE LA AUTONOMIA PROGRESIVA DE NNA EN MATERIA DE SALUD EN NUESTRO ORDEAMIENTO JURÍDICO

Resulta desafiante determinar quienes son los profesionales encargados de establecer si un joven es competente a la hora de decidir en forma autónoma acerca de la aplicación de un tratamiento médico. La cuestión radica en desentrañar si tal carácter lo revisten exclusivamente los profesionales de la salud, o si puede extenderse a los operadores jurídicos, tales como, los jueces a través de sus sentencias, los juristas en sus conclusiones en doctrina, por citar algunos ejemplos.²⁸

De acuerdo a las fuentes clásicas del Derecho, en primer término citamos a la ley. Encontramos una gran profusión de leyes especiales que disponen en temas referidos a salud, aplicando los principios rectores de coherencia en lo relativo a la prelación de normas, resaltando los que establecen que “la ley especial deroga a la ley general” y que “la ley anterior será derogada por la posterior”. Este criterio no es rígido, imponiéndose un diálogo de fuentes considerando los derechos involucrados, a los fines de establecer cuál es la norma a aplicarse en un caso determinado, si es el Código Civil vigente o la disposición sanitaria especial.

Si bien es indiscutible la alta estimación de la jurisprudencia, -valorada legalmente con el parámetro de resolución judicial razonablemente fundada-, se ha instado a evitar la judicialización del conflicto, incluso en los casos referidos a salud, pudiendo recurrirse a otras fuentes del derecho a los fines de resolver cuestiones de Bioética, en este supuesto, establecer los alcances de la autonomía progresiva. Se ha sugerido en este caso, que la

²⁷ LLORENS, Luis R. - RAJMIL, Alicia B. (con la colaboración de Natalia ECHECURY y Carina N. RIOS) en “comentario artículo 60 Código Civil y Comercial de la Nación” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN, Fundación Editora Notarial- Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo I, Pág. 234.

²⁸ WIERZBA, Sandra “Investigación clínica en niños, niñas y adolescentes” en “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo” - GROSMAN, Cecilia P. (dir) Tomo I, 1ª Edición revisada, 2019, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, p. 345.

determinación de la competencia puede ser establecida por el criterio médico.²⁹

En cuanto a la doctrina, se le confiere un rol trascendental en el tema planteado, dado que encierran un conjunto de opiniones emitidas por expertos en ciencia jurídica, los operadores jurídicos han de aplicar criterios de prudencia en cuanto al abordaje de los extremos fácticos y jurídicos que se examinen. Por último, la costumbre, será reconocida como fuente del derecho, en caso de que se refieran a ella los particulares o la ley, o en situaciones no regladas legalmente, en especial será tomada en cuenta a los fines de analizar el entorno familiar y social en el que el menor de edad se halla inserto.

²⁹ FRIDMAN, Diego H.- ISHIDA, María T. - WIERZBA, Sandra M. “Investigación clínica en niños, niñas y adolescentes y al cui” en op. cit en nota *” en “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos del a la salud dado propio cuerpo” - GROSMAN, Cecilia P. (dir) Tomo I, 1ª Edición revisada, 2019, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, p. 345.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ACTOS MÉDICOS

Por Alejandro José Barlari (h), Natalia E. Carrizo, Evangelina I. Suárez y Lisandro Gabriel Trossi¹

I. CONCLUSIONES

Conclusiones generales:

1. El Consentimiento Informado (en adelante, CI) se encuentra regulado en el art. 59 del CCyCN dentro del capítulo de los derechos personalísimos, lo cual resulta un acierto.

2. El CI en la actualidad se encuentra regulado en un sinnúmero de leyes relativas a los actos médicos, lo cual requerirá que en una próxima reforma legislativa se revea esta multiplicidad de definiciones que en nada reeditúan al CI, ya regulado en la norma de fondo.

3. Consentir no implica sencillamente aceptar el tratamiento, pues el paciente debe tomar una verdadera decisión, por lo que el CI requiere de comprensión y voluntariedad. Esto significa que el CI importa un acto jurídico, unilateral, ya que requiere de una declaración de la voluntad en el mundo de lo lícito y buscando un resultado específico.

4. El art. 59 del CCyCN regula específicamente el alcance y requisitos del CI, mientras que el art. 1720 del mismo ordenamiento sustancial contempla el CI como causal de justificación para bienes disponibles. Entendemos que dichos artículos no están en contradicción. La responsabilidad del profesional en el arte de curar se admite aún con el consentimiento prestado si en el juicio se probare (aparte del daño) culpa, impericia e imprudencia.

5. Pensamos que en una próxima reforma legislativa debe contemplarse la posibilidad expresa de anulación del consentimiento ya prestado. En la actualidad, creemos que son de aplicación los principios generales de los actos jurídicos.

6. La enumeración del art. 59 del CCyCN no coincide con la que efectúa la ley de Trasplante de órganos en sus arts. 18 y 19, ni con la

¹ Profesores Ayudantes Categoría A de la Cátedra C de Derecho Privado I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba con el aval del Presidente de la Comisión "Parte General de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil -2024-", Dr. Juan Carlos Palmero.

efectuado en el art. 9 de la Ley 27.610, lo que justificaría en una futura reforma la adecuación de dicha legislación en ese sentido.

7. Proponemos una reforma en el sentido que se aclare si, cuando en el art. 26 del CCyCN el legislador se refiere a “asistencia” de los progenitores, sólo se alude a la presencia de ellos al momento de la prestación del CI por parte del menor, o si por el contrario refiere a la opinión (positiva o negativa) de los padres de ese adolescente en atención al tratamiento invasivo que pudiera recibir.

8. Proponemos que la forma requerida para el CI sea escrita, y que dicho CI se incorpore tanto a la historia clínica del paciente, debiendo además entregar una copia a este último (doble ejemplar), sin perjuicio de lo referido específicamente respecto a las TRHA (art. 561 del CCyCN). Asimismo, es menester la firma del propio paciente.

9. El término discapacidad, utilizado en el artículo 59 del CCyCN –según nuestra interpretación integral del plexo normativo–, aunque con un uso impreciso o ambiguo del lenguaje técnico, alude en definitiva a personas que tienen limitada o restringida su capacidad.

Conclusiones particulares:

1. El CI vinculado a cuestiones atinentes a las TRHA se encuentra suficientemente contemplado en el art. 560 del CCCN, sin necesidad de reenvío a leyes especiales.

2. La forma del CI prevista en el art. 561 del CCCN reviste el carácter de solemnidad ad solemnitatem.

3. El CI para estos casos, es un acto jurídico complejo que requiere de renovación, en cada tratamiento al que el paciente se somete cuando utiliza embriones congelados o gametos.

4. En materia de consentimiento informado, respecto de la esterilización, la información deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, como por ejemplo su cultura, religión, estilos de vida, así como su nivel de educación.

5. La esterilización no importa un supuesto de urgencia y es una medida excepcionalísima, que debe ser utilizada en caso de no ser posible utilizar otros mecanismos menos invasivos que impidan el embarazo.

6. La esterilización es un tratamiento que puede encuadrar en el cuidado del propio cuerpo, según las características especiales de cada caso.

7. El consentimiento informado podrá requerir de apoyos adecuados y mecanismos de accesibilidad a la información, como los

comités de ética o profesionales terapéuticos que acompañen a las personas en situación de vulnerabilidad en la toma de una decisión adecuada.

8. El art. 8 inc. a) de la ley 27.610 dispone que las personas mayores de 16 años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento informado. Sin embargo, la práctica médica de interrupción de un proceso gestacional excede el *cuidado del propio cuerpo* en razón de una interpretación tuitiva de la expresión.

9. El art. 8 inc. b) de la ley 27.610 establece que los menores de edad entre 13 y 16 años tendrán aptitud para decidir por sí mismos de manera autónoma, salvo que se trate de una práctica que comprometa su estado de salud o implique un riesgo para su vida. Lo expuesto contraría el art. 26 del CCyCN.

10. En la actualidad la ley de Interrupción Voluntaria de Embarazo no contempla el CI de la mujer. En una próxima reforma se requiere se regule esta figura. De presentarse un supuesto podría acudir analógicamente a la Ley 25.929 y 26.485.

11. Se deben implementar aquellas modalidades de abordaje que permitan eliminar las barreras existentes para el ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad.

12. La regulación legal respecto de los derechos del paciente en los tratamientos médicos durante su trabajo de parto es amplia. En orden cronológico, y sin agotar toda la legislación sobre este tema, se menciona a la primera de ellas, la ley 25.929 de parto humanizado, sancionada el 25/8/2004; luego, la ley 26.485, de Violencia contra la mujer, sancionada el 11/3/2009. Estas normas poseen una relación armónica con el art. 59 del CCCN. Consideramos que, en el momento del parto, la paciente tiene derecho a ser informada, a que se respete su autonomía de la voluntad y a ser participe en las decisiones médicas que se tomen en ese mismo instante, por ejemplo, a elegir la utilización o no del mecanismo de aplicación de oxitocina por goteo. En caso de que esto se omita, se encuadraría en un supuesto de violencia obstétrica, perjudicando la participación de la mujer en la toma de decisión sobre una cuestión vinculada con su autonomía personal.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la constitucionalización del derecho privado, el eje central ha dejado de ser la ley y ha pasado a ser la “Constitución”. Sumado a ello, los tratados de derechos humanos que conforman el “bloque de constitucionalidad” ya no son derecho internacional sino derecho interno.

En consecuencia, las normas vinculadas al cuidado de la salud en las distintas etapas de la vida y en sus distintas condiciones, particularmente con una alta protección de las personas en estado de vulnerabilidad, constituyen un pilar fundamental de nuestra legislación.

Así, en materia de dichos derechos el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) valora primordialmente la “autonomía en la toma de decisiones”, en la que el “consentimiento informado” constituye una pieza fundamental.

El CI resguarda sin ninguna duda la dignidad de la persona. Por ello, este consentimiento resulta exigible con anterioridad a la aplicación de cualquier terapia médica, comprendiendo una información precisa, clara y adecuada por un lado y por otro la libre adhesión del paciente. Desde hace un tiempo y en especial en la actualidad, en la relación médico/paciente, el CI se muestra como un derecho fundamental de este último y un deber ético y legal del galeno.

2. DESARROLLO

Entendemos que el marco normativo en el derecho interno argentino requiere de una adecuada reforma legislativa, a fin de evitar una reiteración sobreabundante de normas que regulan el CI para los actos médicos, teniendo presente que en la actualidad el art. 59 del CCyCN es el dispositivo legal que debe regir las diversas hipótesis, norma que se encuentra correctamente ubicada en el ordenamiento sustancial dentro de los derechos personalísimos.

Es que el CI importa una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de brindársele suficiente información, referida al tratamiento o intervención quirúrgica que se le propone, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. **Consentir no implica sencillamente aceptar el tratamiento, pues el paciente debe**

tomar una verdadera decisión, por lo que el CI requiere de una comprensión y voluntariedad. Esto significa que el CI importa un acto jurídico, unilateral, ya que requiere de una declaración de la voluntad en el mundo de lo lícito y buscando un resultado específico²³.

Pensamos que en una próxima reforma legislativa debe contemplarse la posibilidad expresa de anulación del consentimiento ya prestado. En la actualidad, creemos que son de aplicación los principios generales de los actos jurídicos.

Por otro lado, la falta de CI no trae aparejada inexorablemente responsabilidad del médico. Dicho en otras palabras, la responsabilidad del profesional se admitirá -aún con CI- si obró con mal arte, culpa e imprudencia. El Art. 59 del CCyCN regula específicamente los requisitos y alcances que debe tener el CI para actos médicos e investigaciones de salud. En tanto que el art. 1720 del mismo ordenamiento sustancial, legisla sobre el CI como una causal de justificación, aplicable a todos los bienes disponibles⁴.

El C.I. debe referirse a cada acto médico en particular y no puede ser impreciso o general la información que se brinde al paciente. Lo expresado está expuesto claramente en el art. 560 del CCyCN.

El consentimiento informado es un proceso fundamental que garantiza que las personas tomen decisiones, libres y voluntarias, que puedan ser comprendidas antes de participar en un acto o tratamiento médico o investigaciones de salud, a los fines de entender el diagnóstico de su enfermedad o dolencia, los efectos de ellas, así como los beneficios o riesgos de la terapia y/o tratamientos recomendados. Este proceso implica, entonces, proporcionar a la persona toda la información relevante y necesaria de manera clara y en un lenguaje que la persona pueda entender (sin

² CROVI, Luis Daniel; “El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal”; *Revista de Derecho Privado Comunitario. Derechos de los pacientes*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe; 2010- 3, pág. 93/122.

³ SANCHEZ HERRERO, Andrés - Director; SANCHEZ HERRERO Pedro – Coordinador; *Tratado de Derecho Civil y Comercial*; La Ley, Bs.As., 2016; Tomo I – Parte General, pág. 222 y ss.

⁴ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto; “El consentimiento informado en la práctica médica”; *J.A.*; 2001; III, pág. 1085/2011.

tecnicismos innecesarios), en consonancia con lo plasmado en el art. 31 - inc. d) del CCYCN.

De tal manera, el consentimiento informado, en cuanto explicación formalizada al paciente, es esencial para respetar la autonomía y los derechos de las personas que sufren alguna enfermedad o dolencia, por cuanto garantiza que las decisiones sean tomadas de manera consciente y voluntaria, lo que es crucial para mantener la ética y el respeto en diversas áreas de la vida.⁵

El art. 59, CCCN, dice:

“Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si

⁵ BENAVENTE, María Isabel, “El respeto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado”; *Rev. El Derecho*, Bs.As., 2000-186.

la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

La norma recién transcrita también indica quién puede prestar el consentimiento cuando el propio paciente no está en condiciones físicas o intelectuales de prestarlo, o si se trata de un menor o tiene su capacidad restringida.

3. REPRESENTACIÓN

La representación para esta clase de actos, se encuentra regulada expresamente en los arts. 26 y 59 del CCyCN, el primero regula a los menores de edad, mientras que el segundo (en su párrafo final) a las personas que se encuentran “absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad”, que puede referirse o aludir al momento mismo de prestar su CI sin que por ello se trate de una persona con capacidad restringida o incapaz. Se puede señalar que la enumeración del art. 59 no coincide con la que efectúa la ley de Trasplante de órganos en sus arts. 18 y 19, lo que justificaría en una futura reforma la adecuación de dicha legislación en ese sentido.

Dentro del tema de representación, constituye una referencia obligada el análisis del art. 26, CCCN. Podemos decir que en tanto las dos primeras categorías de la norma en cuestión (así como de su precedente art. 25 del mismo Código) lucen bastante claras, no resulta así la que considera adulto al adolescente de 16 años para el cuidado de su propio cuerpo. De este modo, el art. 26 regula la capacidad de hecho de manera progresiva.

Así, en primer lugar, concede para todos los menores el “derecho a ser oído”; en segundo término, permite a los adolescentes (13/16 años) decidir por sí mismos “respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”. Sin embargo, requiere para esa clase de tratamientos peligrosos –o de disposición de su cuerpo– solamente la “asistencia” de su progenitor (cuestión esta que merece un estudio aparte y más profundo).

Puede señalarse que en las regulaciones especiales (con la excepción de la ley 27.610) únicamente las personas mayores de edad, es decir aquellas que hayan alcanzado los 18 años, son capaces para tomar decisiones referidas a la vida o a la salud, quedando estrictamente vedada la posibilidad de ejercer o tomar decisiones al respecto a quienes no hayan cumplido esa edad. Sin perjuicio de que la doctrina y la jurisprudencia actualmente no tienen una respuesta clara y precisa con relación al alcance de la capacidad para la toma de decisiones atinentes al cuidado y disposición del propio cuerpo –o, si se quiere, para el total ejercicio de los derechos extrapatrimoniales–, respecto de aquellos menores que hayan alcanzado los 16 años de edad, la gran mayoría de los doctrinarios de nuestro país están contestes en que, para el ejercicio pleno de los actos que regulan las leyes especiales, sigue siendo necesario haber alcanzado la mayoría de edad (18 años) para las decisiones atinentes al cuidado y disposición del propio cuerpo, pese al contexto unánime de todos ellos en que la redacción de la norma en cuestión – art. 26, in fine- resulta poco clara e imprecisa⁶.

4. FORMA

Para cualquier acto médico, revista o no riesgo para el paciente, el CI debe prestarse por escrito. Proponemos que la forma requerida sea escrita, y que dicho CI se incorpore tanto a la historia clínica del paciente como entregarse una copia a este último (doble ejemplar), sin perjuicio de lo referido precedentemente respecto a las TRHA. La propuesta tiene como finalidad, por un lado, facilitar la prueba en un posible juicio de mala praxis, y por otro rodear al acto de mayor seguridad sobre el cumplimiento de esta exigencia legal que pone en un pie de igualdad a las partes de esta relación jurídica médico/paciente.

a) Firma:

Se propone a la par del doble ejemplar, el requerimiento de la firma por parte del paciente. Un supuesto particular puede plantearse en la hipótesis que la persona que debe prestar el CI fuere analfabeta. Conforme al art. 59 del ordenamiento sustancial, de presentarse el supuesto planteado,

⁶ TOBÍAS, José W. en “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”, Dir. Jorge H. Alterini, Bs. As. Ed. La Ley, 2019, Tomo I, pág. 757 y ss.

entendemos que habrá que llamar a un pariente o allegado, remarcando una vez más que en este supuesto la información debe ser “adecuada” al nivel de su posible comprensión (arts. 31 y 51 del CCyCN).

Conforme exponemos más arriba, resulta menester señalar que el consentimiento informado debe efectuarse con toda clase de personas, sean éstas capaces, con capacidad restringida o incapaces o personas con discapacidad (art. 32 del CCyCN y arts. 1 y 12 de la CDPCD). Cabe la aclaración de que, si se tratase de una persona con alguna limitación en su capacidad, ella conserva su autonomía y por ende la posibilidad de intervenir en las decisiones que puedan afectarla. No se puede dejar de señalar que en estos casos no cesa la obligación del apoyo en cuanto debe promover esa autonomía. Si nos encontrásemos ante el supuesto previsto en la parte final del art. 32 del CCyCN, corresponderá informarle al representante legal.

Por ello, cuando el artículo 59 del CCyCN se refiere a las “personas con discapacidad”, entendemos que en rigor de verdad alude a las personas que acusan alguna clase de restricción de la capacidad, las que se encuentran reguladas expresamente en el art. 32 del ordenamiento sustancial. Por nuestra parte, entendemos que la propia referencia efectuada por el Dr. Lorenzetti⁷, no permite hablar de discapacidad stricto sensu, sino de persona “con capacidad restringida y con incapacidad”. Siendo así, el atributo capacidad puede ser restringido o suprimido por la declaración de incapacidad absoluta; y en este sentido, la discapacidad tal cual la caracteriza la Convención de los Derechos para las Personas con Discapacidad, no implica necesariamente sinónimo de incapacidad. **Por ello, el término discapacidad utilizado en el artículo 59 del CCyCN –según nuestra interpretación integral del plexo normativo–, aunque con un uso impreciso o ambiguo del lenguaje técnico, alude en definitiva a personas que tienen limitada o restringida su capacidad, máxime cuando la propia letra del artículo refiere a los “apoyos”, designados específicamente frente a cierta clase de declaración judicial de restricción o limitación de capacidad; es decir, se designan para determinados supuestos de discapacidad (que conlleven alguna clase de restricción o limitación de capacidad) y no frente a cualquier supuesto de discapacidad. La persona con discapacidad –stricto sensu–, a nuestro entender, también debe dar su consentimiento informado, atento que el**

⁷ LORENZETTI, R. L., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I, p. 307/311.

supuesto de discapacidad no puede equipararse a las hipótesis de restricción o limitación de la capacidad. Puede añadirse a ello que la exigencia del consentimiento informado tiene base en lo dispuesto en el art. 25 d) de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En todo caso, la manera de expresar ese consentimiento variará en cada caso en particular. Indudablemente este consentimiento, que se exige como necesario, es en salvaguarda del principio de autonomía de la persona humana (art. 31 inc. a del CCyC). De tal modo, la persona debe tener la capacidad mental y emocional para comprender la información y tomar una decisión adecuada e ilustrada.

El profesional de la salud, que es quien se encuentra en mejor situación, deberá distinguir frente a qué supuesto de paciente se encuentra. Esto es, si se trata de una persona con capacidad restringida, con discapacidad o incapaz absoluto.

5. CONSENTIMIENTO INFORMADO. PARTE ESPECIAL.

a) Consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida

Respecto a las cuestiones atinentes a las TRHA, el CI para los actos médicos es el que mejor se asemeja para la hipótesis prevista en el art. 560 del ordenamiento sustancial. Es más, la ley 26.862 de Coberturas de TRHA reenvía a la ley de los Derechos del Paciente en materia del consentimiento informado (Ley 26.529). Por ello propugnamos que, aún en el supuesto que tratamos, se considere el consentimiento previsto en el art. 560 del CCyCN como CI para un acto médico.

El consentimiento del cual hablamos debe ser previo, informado y libre. Asimismo, resulta un acierto el requisito ad solemnitatem de la forma impuesta en el art. 561 del ordenamiento sustancial (protocolización ante escribano público o certificación por autoridad sanitaria).

Respecto a la exigencia de la renovación del CI contenida en la parte final del art. 560, pensamos que debe verse como un acto jurídico complejo, donde en cada renovación que las partes hagan deben prestar el consentimiento para el acto de la procreación. Con lo cual, habría un doble consentimiento como lo sostienen autores como Rivera y Medina. Sostenemos que en una próxima reforma el legislador debe regular

detalladamente lo atinente a la renovación y revocación del consentimiento en este supuesto.

b) Consentimiento informado durante el proceso de parto

La regulación legal de los derechos del paciente durante este proceso médico es amplia⁸. En lo que aquí respecta, proponemos centrar el foco en dos leyes que refieren al consentimiento informado y a la autonomía de la voluntad en el momento mismo del parto, las que consideramos armónicas con el art. 59 CCCN. En orden cronológico, la primera de ellas es la ley 25.929 de parto humanizado, sancionada el 25/8/2004; luego, el 11/3/2009, se sancionó la ley 26.485 de Violencia contra la mujer.

De la lectura de estas normas, emanan directivas esenciales respecto a cómo debe procederse en esta situación. Del juego de comparar el contenido del art. 59 CCCN y los artículos respectivos de las leyes mencionadas, se desprenden los siguientes aspectos. El art. 2 de la ley 25.929, en sus incisos a), d) y e), regula los derechos de la mujer a ser informada de los tratamientos, al parto natural (evitando prácticas invasivas) y a ser partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales. Respecto a la ley 26.485, en la reglamentación de su artículo 6, referido a las diversas modalidades de violencia, se dispone que no debe interpretarse la norma en sentido restrictivo, sino de modo armónico y sistemático. Así, y en lo atinente al inciso e) que habla sobre la violencia obstétrica, se reglamenta qué se entiende por trato deshumanizante durante el parto, quiénes son las personas consideradas como profesionales de la salud y específicamente menciona que las pacientes tienen derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas. De modo tal que, si el profesional no hace partícipe al paciente en las decisiones que se toman durante el proceso de parto, puede incurrir en violencia obstétrica.⁹

⁸ Ministerio de Desarrollo Social Argentina, *Programa Nacional Primeros Años - Acompañamiento Perinatal – Documento Técnico* — agosto 2022, p. 9.

⁹ Kina, Juliana - Rodríguez Pería, M. Eugenia, “La autonomía personal y la incidencia de la violencia de género durante el embarazo, parto y posparto”. *LA LEY AR/DOC/1730/2023*, 2023, p. 8.

c) Esterilización: el consentimiento informado en mayores, menores e incapaces

La ley 26.130 (BO 2006) establece que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de la práctica de contracepción quirúrgica en los servicios del sistema de salud.

La práctica mencionada se encuentra prevista para toda persona humana mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. En materia de esterilización femenina, la importancia del consentimiento informado es aún mayor puesto que el procedimiento implica la pérdida permanente de la capacidad reproductiva, con consecuencias trascendentales en la persona y su proyecto de vida.

El art. 4 de la ley 26.130 dispone: El profesional médico interviniente, en forma individual o juntamente con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona que solicite una ligadura tubaria o una vasectomía sobre: a) La naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias (...). Por ende, el consentimiento debe ser propio, oportuno, consciente y voluntario. Otorgado por escrito (art. 7 de la Ley 26.529) dadas las implicancias de la decisión y a los efectos de mayor seguridad jurídica (Ver también art. 59 del CCyCN).

Por otra parte, la norma aclara que no se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente, ni autorización judicial.

No obstante, para el caso en que se tratare de una mujer declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla. Se justifica esta medida a partir de la consideración de que determinadas discapacidades inhabilitan la toma de decisiones y habilitan la representación sustitutiva.

En este caso la ley es clara y exige, para la realización de la práctica, inexcusablemente el requisito de que la mujer sea capaz (con o sin discapacidad) de expresar su consentimiento informado.

En este punto, es preciso hacer hincapié en la importancia de que el paciente -cualquiera sea su condición o capacidad jurídica- sea informado,

de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia¹⁰. Esto implica, como se explicará en las próximas líneas y de conformidad a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la información sea brindada dentro de parámetros “culturalmente aceptables”. Es decir, se deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, como por ejemplo su cultura, religión, estilos de vida, así como su nivel de educación.

Conforme el art. 32 del CCCN, la “declaración de incapacidad” sólo es factible cuando una persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos previsto resultase ineficaz.

En el supuesto de las mujeres con capacidad restringida, es preciso diferenciar si la sentencia que ordena la restricción, limita la toma de decisiones sobre su cuerpo y su salud, en cuyo caso deberá ser acompañado en la misma por el apoyo designado, conforme lo establece el art. 59 del CCCN.

a. Personas en estado de vulnerabilidad

Ahora bien, si la restricción no limita la toma de decisiones sobre su cuerpo, pero por alguna circunstancia (consumo de estupeficientes, estado de necesidad, estado de inconsciencia, discapacidad) encuentra nublada su voluntad o viciado el consentimiento, es preciso formular las siguientes consideraciones en torno al consentimiento informado dado que su firma implicará estar en un todo de acuerdo con la información otorgada, y su aceptación, para comenzar el tratamiento.

En la actualidad, merece la pena preguntarse sobre las razones que suelen aducirse para justificar la necesidad de realizar estas prácticas. Es preciso analizar si realmente el fin de la esterilización es terapéutico, o, mejor dicho, si nos encontramos ante una práctica terapéutica. Así, señala

¹⁰ Palacios, Agustina. “La necesidad de adecuación de la ley de régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, a la luz de la CDPD” vol. 3. En: Discapacidad, justicia y Estado; Infojus, Buenos Aires, Diciembre, 2013. Vol. 3. p.143-168.

Sambrizzi¹¹ que en principio y salvo supuestos de excepción, la esterilización no constituye una acción terapéutica, por cuanto no previene una futura enfermedad, sino un futuro embarazo, lo que sin duda no constituye una enfermedad. En estos términos, la esterilización sería un procedimiento quirúrgico que se llevaría a cabo anulando el funcionamiento de un órgano sano. Así, puede afirmarse que “...se consiente un procedimiento violatorio del derecho a la integridad física de la persona y al desarrollo de su personalidad, como también a su autonomía y dignidad”. Evidentemente, así como la salud es un proceso y una construcción compleja e integral, el significado de lo terapéutico requiere asimismo de una mirada integral que supere lo meramente orgánico, por lo que la postura citada puede resultar extrema, pero sin duda válida de ser analizada en mayor profundidad.

b. Cuestiones controvertidas: negativa a realizar el tratamiento e imposibilidad de prestar el consentimiento informado

Particulares dificultades suscitan el interrogante, si en ciertos casos el tratamiento o práctica puede realizarse contra la voluntad del paciente.

La evaluación de la voluntariedad de la negativa requiere determinar la idoneidad para apreciar la información sobre el propio estado de salud y las medidas propuestas y las alternativas; la ausencia de coacciones internas significativas (miedo, dolor, sufrimiento, depresión) que condicionan la decisión y desestabilizan la escala de valores; la ausencia de coacciones externas que inciden decisivamente sobre una voluntad libre, como lo sería la incidencia de problemas económicos para afrontar los costos.

La ley de Derechos del Paciente considera que el consentimiento debe prestarlo el representante legal, el 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 (art. 4, 2º párr., de la Ley 26.529). El texto legal no plantea un orden de prelación ni prioriza al que en esos momentos se ocupa del paciente, además de no coincidir con el orden que se desprende del art. 59 del C. C. y C. N.

¹¹ Citado por PALACIOS, Agustina. “La necesidad de adecuación de la ley de régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, a la luz de la CDPD”. En: Discapacidad, justicia y Estado. Infojus, Buenos Aires, Diciembre, 2013. Vol. 3. p.143-168.

Es razonable pensar, de todos modos, que el profesional —dependiendo de las circunstancias— podrá recurrir a cualquiera de los legitimados que se encuentre a cargo del paciente cuando exista la necesidad de brindar la información.

Ahora bien, en casos de esterilización ¿estamos verdaderamente frente a un caso de urgencia?

La esterilización no constituye -en principio- un procedimiento de emergencia médica que habilite a obviar el requerimiento previo de la aceptación por el paciente¹².

De este modo, para que se respete verdaderamente la no discriminación por motivo de discapacidad en materia de esterilizaciones, dicha práctica no podrá justificarse en la discapacidad de la persona, y además deberá contar con las mismas garantías que se brindan al resto de seres humanos sin discapacidad informando sobre procedimientos menos invasivos, sumado a la adopción de ajustes razonables y de promoción de sistema de apoyos cuando la persona así lo requiera.

d) Interrupción voluntaria y legal del embarazo

a El consentimiento informado en materia de interrupción del embarazo es entendido como la declaración de voluntad emitida por el sujeto una vez recibida la información sobre los derechos en la atención de la salud, los métodos disponibles, sus alcances y consecuencias. Debe constituir un proceso dinámico e interdisciplinario donde principios rectores como confidencialidad y privacidad se manifiesten en cada una de las etapas de la atención médica, vale decir, desde la constatación de la edad gestacional hasta el control y seguimiento postaborto.

Conforme lo dispuesto por el art. 7 del texto legal, debe ser otorgado -en un documento escrito a los fines de ser incorporado en la historia clínica del individuo y, en aquellos casos excepcionales en que no pueda emitirse la firma por escrito, se podrán utilizar formatos alternativos, tales como el sistema braille, medios de voz digitalizada, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas auditivos y otros formatos que permitan el acceso a la

¹² Comentado por CÁCERES DE IRIGOYEN, María Virginia: “*El consentimiento informado en la jurisprudencia de la C.L.D.H.: el caso "LV. vs. Bolivia"*”. En: Información médica y consentimiento informado, Universidad Nacional de Villa María, Córdoba, Advocatus, 2018. p. 241-269.

información y a la comunicación. Debido a que no se contempla que las personas sean sustituidas en el ejercicio personal de este derecho.

En base a lo expuesto pensamos que la práctica médica de interrupción de un proceso gestacional excede el *cuidado del propio cuerpo*, en razón de una interpretación tuitiva de la expresión.

Asimismo, remarcamos que en la actualidad la ley de Interrupción Voluntaria de Embarazo no contempla el CI de la mujer. En una próxima reforma se requiere se regule esta figura. De presentarse un supuesto podría acudir analógicamente a la Ley 25.929 y 26.485.

a. Personas menores de edad

Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley;

De una primera lectura, el apartado guarda relación con lo prescripto por el art. 26, último párrafo del CCyCN, que dispone “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Sin embargo, a nuestro entender, la práctica médica de interrupción de un proceso gestacional excede el cuidado del propio cuerpo en razón de una interpretación tuitiva de la expresión.

b) En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

El protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo - actualización 2022¹³- dispone en este sentido que los adolescentes entre 13 y 16 años tienen aptitud para decidir por sí mismos, salvo que se trate de una práctica que en razón

¹³ Ministerio de Salud de Argentina, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo, actualización 2022*, p 39.

de evidencia científica muestre una probabilidad alta de comprometer su estado de salud o implique un riesgo para su vida. Cuestión que requerirá la asistencia de sus representantes legales.

b. Personas con capacidad restringida o incapacidad

En virtud del art. 9, la diferencia radica en la existencia de un pronunciamiento judicial que declare la capacidad restringida o incapacidad de la persona gestante para prestar su consentimiento para el ejercicio de los derechos que la ley reconoce. Situación jurídica que producirá la intervención del sistema de apoyo o curador/a en busca de las salvaguardas necesarias para promover la autonomía del sujeto en caso de resultar posible o en su defecto arbitrar las medidas necesarias para el reconocimiento de su dignidad humana en la toma de decisiones.

**EL ESTÁNDAR SUBJETIVO EN LA OBTENCIÓN DEL
CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA APLICACIÓN DE LAS
NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Por Nancy Micaela Bessone¹

I. CONCLUSIONES

1. Es necesario reforzar la implementación de los medios tecnológicos, visuales, escritos, a fin de lograr cumplir cabalmente con el proceso de consentimiento informado respecto a las personas que se someten a un estudio o tratamiento médico, teniendo en consideración, especialmente, la situación particular de cada una de ellas.

2. *De lege lata*, en base al compendio normativo estudiado y su jerarquía, debemos interpretar las normas referentes al consentimiento informado de manera maleable, permitiendo la implementación de nuevas tecnologías, pero con estrictez para evidenciar que la voluntad exista y haya sido prestada libremente. Lo importante es la información, el intercambio y la voluntariedad, para lograr la calidad y efectividad clínica

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En toda intervención, práctica, tratamiento, estudio médico, se requiere que el paciente haya prestado consentimiento libre en forma previa.

No se trata de un mero formalismo sino, por el contrario, es la aplicación más palmaria del derecho a la autodeterminación, pilar fundamental de la dignidad de la persona.

Veremos que, para obtener la verdadera formación de la voluntad del paciente, debe existir un diálogo e intercambio de información fluido con el

¹ Universidad Nacional de Mar del Plata, Profesora Ayudante Graduada a Término con dedicación simple en la asignatura “Parte General del Derecho Civil”. Con el aval de Carlos De Rosa.

médico que permita al primero tener pleno conocimiento de lo que está decidiendo, y que lo haga sin condicionamiento ni limitación alguna².

Como en todos los ámbitos del derecho –y de la vida misma-, este proceso de consentimiento informado se encuentra atravesado por las nuevas tecnologías.

Y más allá de los reparos que podamos tener acerca del acuciado avance de la tecnología en la ciencia médica y en el derecho –aspecto que a todas luces excede el marco del presente ensayo-, lo cierto es que debemos reconocer la utilidad de las herramientas que esta evolución puede proporcionar.

Como analizaremos, cuanto más apertura y maleabilidad a los cambios que presentemos, mayor será la utilidad que pueda aportar el Derecho a la sociedad³.

2. LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO Y SU RELACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: DISCERNIMIENTO, INTENCIÓN Y LIBERTAD

Con relación al acto jurídico, vale decir que el art. 259 del CCyC lo define como "el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas", requiriendo, el siguiente precepto, que dicha voluntad se exteriorice (art. 260 CCyC).

Se pone de relieve aquí, que el acto jurídico es la **causa** de las relaciones o situaciones jurídicas.

Precisamente, el acto jurídico, el cual se erige como la base de nuestro ordenamiento, es la expresión más palmaria del reconocimiento del **principio de autonomía de la voluntad**.

Ahora bien, más allá de la aplicación del principio de conservación del acto jurídico, múltiples son los factores y vicisitudes que pueden afectar

²Vale destacar aquí la importancia, asimismo, de la información que suministra el paciente al galeno, para lograr la mejor elección del estudio o tratamiento a realizar.

³ Incluso, las Ciencias Médicas han demostrado a lo largo de estos años, a través de la Telemedicina, las recetas digitales, etc., que el uso de las herramientas que proporciona la tecnología otorga grandes beneficios a quienes más lo requieren, en el momento que más lo necesitan: los usuarios del sistema de salud.

al acto voluntario, provocando, en consecuencia, que el mismo no pueda constituirse como tal.

Tenemos, como ejemplo, las causas que obstan al discernimiento, y que generan la involuntariedad del acto jurídico⁴.

En relación al tema que nos ocupa, obstan a la intención los actos jurídicos celebrados con error o dolo como vicios de la voluntad⁵.

Recordemos que la intención es el propósito de la voluntad en aras de la realización del actuar humano consciente. Hay intención cuando coincide el fin del acto y el resultado al que se ha arribado.

Para poder obrar, entonces, voluntariamente, no debe advertirse la existencia de vicios de la voluntad, como el error o ignorancia, y el dolo.

Sabido es que, al igual que el código de Vélez, el nuevo asigna preeminencia a la postura voluntarista, aunque toma en cuenta también los ajustes propios de la teoría de la confianza en razón del principio de la buena fe en el tráfico jurídico⁶.

Considero necesario efectuar las aclaraciones que anteceden, toda vez que son claros tanto el artículo 59 del Código armonizado, como los artículos 2 y 3 de la ley de los Derechos del Paciente, por cuanto **refuerzan la necesidad de la expresión de la autonomía de la voluntad, sin condiciones, por parte del del paciente** ⁷.

Es decir, la decisión exclusiva del paciente hace al ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, siendo indispensable contar con su opción incondicionada para llevar a cabo cualquier tratamiento ofrecido por el personal médico⁸.

⁴ Ver art. 261 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

⁵ Arts. 265 y ssgtes., y arts. 271 y ssgtes.

⁶ ver al respecto Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, sentencia de fecha 16/08/2022 “E., M. A. y otros c. H. de C. J. de S. M. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2022-VI, 79 TR LALEY AR/JUR/105431/2022.

⁷ ver arts. 59 Cód. Civ. y Com. De la Nación, 2 inc. e) y 3 de la ley 26.529.

⁸ La autonomía del paciente se encuentra estrechamente vinculada a las nociones de privacidad, voluntariedad, autodeterminación, libertad de decisión, libertad de conciencia y responsabilidad por los actos propios.

Habiendo aclarado la importancia de la noción y contenido del acto jurídico en nuestro ordenamiento fondal, y su relación con el consentimiento informado para actos médicos, se evaluará en este trabajo los requisitos que debe satisfacer el mismo para cumplir con los recaudos de completitud y suficiencia exigidos por la normativa aplicable, así como su relación con los avances tecnológicos.

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO UN PROCESO Y NO COMO UN ACTO JURÍDICO AISLADO

Repasada la importancia de la voluntad en el acto jurídico, el consentimiento informado no puede ser tomado como un acto aislado de expresión de conformidad contra la respuesta a un mero formulario, sino como un **proceso** durante el cual el médico le informa al paciente las vicisitudes del tratamiento o del acto médico a realizarse.

De allí, surgen al menos dos obligaciones en cabeza del cuerpo médico: por un lado, la de suministrar la información adecuada al paciente (y, como veremos en el punto siguiente, esto plantea ciertas complejidades), y por el otro la de asegurarse que la persona haya comprendido en profundidad los alcances de lo que le fue informado.

No se desconoce que el paciente tiene el deber de suministrar la información necesaria para que el galeno le indique con exactitud el tratamiento a realizar, siendo ésta, entonces, una carga de ambas partes de la relación ⁹.

Más allá de ello, ha dicho la doctrina especializada, entiendo con acierto, que *“pesa el deber en forma más visible y contundente sobre aquel que en la relación presenta una trascendente superioridad o poder de conocimiento de la otra”*¹⁰.

⁹ Ha dicho la doctrina que *“Para que el paciente pueda recibir una información sanitaria completa necesita informar a su médico tratante todas las vicisitudes del mal que lo aqueja. Por su parte, para que el médico pueda recibir el consentimiento del paciente al acto médico que propone debe cumplir con la información sanitaria a su cargo”* (VALLESPINOS, Carlos G. “TRATADO DE DERECHO A LA SALUD” Tomo II, pág. 57, Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2023).

¹⁰ VALLESPINOS, Carlos G. “TRATADO DE DERECHO A LA SALUD” Tomo II, pág. 57, Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2023. En este mismo sentido se ha expedido la jurisprudencia, al decir que *“Es indispensable comprender que en estos casos media una relación desigual de poder entre las o los profesionales, la institución y la mujer que se*

Ahora bien, si nos detenemos en los términos establecidos en el artículo 59 de la ley de Derechos del Paciente, podemos advertir con facilidad que **no se trata de cualquier manifestación de la voluntad prestada por la persona.**

En efecto, dicho precepto establece que la misma debe ser emitida **luego** de recibir información **clara, precisa y adecuada, con respecto a los puntos que allí se detallan** (estado de salud, procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, etc.)¹¹.

La importancia del estudio de esta figura ha trascendido las fronteras de nuestro Derecho Privado, y ha sido estudiada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ha dicho el indicado Tribunal que *“el consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”*¹².

Ha dicho hasta el cansancio la jurisprudencia local que *“es observable la eficacia jurídica del consentimiento informado en un formulario “pre-elaborado”, con el que en realidad se busca que el paciente “consienta” la eximición de responsabilidad del médico, equipo, hospital, clínica o sanatorio, y por ello, la intervención quirúrgica, el tratamiento o*

estaba atendiendo” (“P., A. A. vs. Estética Integral S.A. y otro s. Daños y perjuicios” Juzg. Nac. Civ. N° 79; 25/04/2024; Rubinzal Online; RC J 5296/24).

¹¹ Nuestra normativa sigue, en general, los lineamientos que ya habían sido establecidos por la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”, emitida por la UNESCO en 2005, la cual determina en su artículo sexto que “Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno” -disponible en www.unesco.org-

¹² Corte Interamericana Derechos Humanos, fallo “I. V. vs. Bolivia de fecha 30 de Noviembre de 2016, párrafo 166.

la intervención médica no pueden quedar convalidadas por la suscripción del mismo, permitiendo así la posibilidad de revisión judicial”¹³.

Como veremos, la proporción de la información en cuestión debe ser efectuada tomando especial consideración respecto a aquél a quien se destina.

El galeno, debe suministrar la información de manera comprensible para el destinatario, y sin condicionar la elección del paciente.

No debe escatimar explicaciones, y debe incluso ser sobreabundante en la información, aun cuando ello importe repetición de lo ya expuesto¹⁴.

Finalizado el suministro de información, corresponde al médico verificar que esa explicación **haya sido entendida** por el paciente. Para ello, se recomienda la realización de preguntas, que le permitan comprobar tal comprensión¹⁵.

¹³ CC0103 MP 166998 151 S 07/10/2020 Juez ZAMPINI (SD) “ABRAHAM MARTIN S. C/ CLINICA PRIVADA DE OJOS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.DERIV.RESP.POREJERC.PROF.(SINRES.ESTADO)”

¹⁴ Máxime, cuando se trate de personas vulnerables como los adultos mayores. No olvidemos que la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores expedida por la OEA, en su Artículo 11 dispone: “Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor. Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios. Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor”.

¹⁵ Aun cuando esto pueda interpretarse como un alargamiento del tiempo que debe destinar el médico a la atención del paciente, existen múltiples mecanismos que pueden ser utilizados con esta finalidad. Inclusive, mediante el empleo de medios tecnológicos con imágenes, y luego preguntas orientadas a verificar, en concreto, que la persona ha comprendido los alcances del tratamiento que se ha de realizar.

4. NECESARIA APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR SUBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD

En lo que refiere al consentimiento informado, se plantea, entre uno de los modelos posibles para su formación, y más de las circunstancias que son genéricamente comunicadas, el respeto al estándar subjetivo¹⁶.

Este modelo, si bien es el más complejo para ser incorporado en la práctica, es el que en mayor medida respeta el principio de autonomía de la voluntad del paciente, porque implica conferirle la información personalizada que éste requiere.

Así, se ha referido que la información a brindarse debe ser completa, detallada, precisa, eficaz, oportuna, clara y, por sobre todas las cosas, adecuadas al nivel cultural y psicofísico del receptor. En este sentido ha explicado la doctrina que *“...los criterios a emplearse para su evaluación deben ser subjetivos y que toda interpretación que se haga acerca del cumplimiento o incumplimiento del deber de informar debe ser prodébil”*¹⁷.

Incluso, podemos decir que el deber asumido por el galeno es de índole personalísimo. Esto genera necesariamente una reflexión al respecto: no podría -o, al menos, no debería- ser delegado en otro¹⁸.

Cuando la información sanitaria o asistencial está a cargo del profesional de la salud, *“la información se orienta a que el paciente conozca y comprenda las opciones clínicas disponibles que tiene para poder prestar su consentimiento al actuar médico y también para realizar con*

¹⁶ ver en este sentido el fallo emanado de la CIDH “I. V. vs. Bolivia” de fecha 30/11/2016 . En el párrafo 192 se establece: *“Al respecto, la orientación de la información no sólo va dirigida a lo que el médico podría considerar como razonable y necesario compartir, sino que también debería enfocarse en lo que es importante para su paciente. Es decir que la información brindada deberá tener un elemento objetivo y subjetivo. Tomar en cuenta las particularidades de la persona es especialmente importante cuando los pacientes pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión, marginalización o discriminación, relevantes para el entendimiento de la información”*.. Ver también art. 7 de la “Declaración de Lisboa de la AMM sobre los derechos del Paciente” , adoptada por la 34° Asamblea Médica Mundial en septiembre/octubre de 1981, y reafirmada por la 200° sesión del Consejo de la AMM, Oslo, Noruega, abril de 2015.

¹⁷ VALLESPINOS, Carlos G. “TRATADO DE DERECHO A LA SALUD” Tomo II, pág. 58, Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2023.

¹⁸ Esta consideración amerita una reflexión profunda, entorno a la forma en que normalmente se relativiza esta obligación y se delega en otros su cumplimiento.

conocimiento y entendimiento cualquier acto en el ámbito de la salud". Esta información resulta de gran relevancia porque *"...constituye el conocimiento que toda persona tiene derecho a tener"*¹⁹.

Desde el punto de vista del paciente, contar con la información sanitaria suficiente respecto a su salud resulta indispensable para la toma de decisiones que importen la autodeterminación y el resguardo de su derecho a la dignidad²⁰.

A su vez, la doctrina ha remarcado que *"el consentimiento informado es un pilar del derecho a la disposición del propio cuerpo del paciente, de su derecho a la salud, y de su autonomía de voluntad. Y también es medular desde la óptica de la relación médico-paciente"*²¹.

Si bien el presente ensayo tiende a analizar la generalidad de los casos en que la persona se somete a un tratamiento, resulta de suma utilidad revisar las pautas determinadas por la Organizaciones Internacionales de las Ciencias médicas, en colaboración con la Organización Mundial de la Salud, en relación a lo que sucede en el marco de las investigaciones.

Es que allí se refuerza que "el consentimiento informado es un proceso" y que el mismo *"...protege la libertad de elección de la persona y respeta su autonomía"*²².

Incluso, se habla de la utilización de lenguaje comprensible, se aclara que no debe ser corto, se propone utilizar ayudas audiovisuales apropiadas –tales como imágenes, cuadros, etc.-²³.

¹⁹ El destacado no es de origen: VALLESPINOS, Carlos G. "TRATADO DE DERECHO A LA SALUD" Tomo II, pág. 61, Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2023.

²⁰ La Corte IDH entiende que la dignidad es *"la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones"* Corte IDH, "I. V. v. Bolivia", par. 150.

²¹ PELLE, Walter "Los derechos del paciente. Ley 26.529 comentada y concordada". Ed. EUDEM, año 2021, ISBN: 9789878410364; pág. 119.

²² *"Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos"*. Elaboradas por el Consejo de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS), pauta 9, año 2016.

²³ *"Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos"* Elaboradas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias médicas, en colaboración con la Organización Mundial de la Salud, año 2016.

Considero necesario tomar en consideración aquí también el aspecto temporal. Nadie debe ser constreñido a tomar decisiones apuradas, salvo, claro está, que ello sea indispensable para favorecer la curación del paciente²⁴.

En el comentario a la pauta 9 ya referida, se destaca que “*Debe darse a cada persona todo el tiempo que sea necesario para llegar a una decisión, incluido tiempo para consultar con familiares u otras personas*” y que “*deben proporcionarse tiempo y recursos adecuados para los procedimientos de consentimiento informado*”²⁵.

Así, ha dicho también la doctrina que el consentimiento **debe emitirse con posterioridad a haber recibido la información suficiente**. Se dice que “*...el requisito de la temporalidad adecuada emerge del sentido común que indica que -la información- debe ser emitida con la antelación suficiente para permitir su análisis y comprensión*”²⁶.

Habiéndose definido, entonces, que la información brindada al paciente debe ser suficiente, completa, y personalizada en torno a sus antecedentes, diagnóstico, alternativas de tratamiento, etc., en un lenguaje sencillo -acorde a sus conocimientos y cultura-, debemos analizar, a continuación, si los medios tecnológicos son una herramienta útil para lograr este cometido.

5. LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS Y SU UTILIDAD EN EL PROCESO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf; ver página 36, comentario a la pauta 9.

²⁴ Incluso únicamente en casos extremos se puede eximir al médico del deber de obtener el consentimiento informado del paciente: situaciones de grave riesgo para la salud pública o situaciones de emergencia en las cuales la vida del paciente esté en juego y no sea posible obtener su consentimiento informado por sí o a través de representantes legales (ver art. 9, Ley 26.529).

²⁵ Ver “*Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos*”. Aquí se destaca, tal como fuera estudiado en el primer punto de este trabajo, que el consentimiento informado es voluntario si la decisión de la persona está exenta de influencia indebida (ver comentario a la pauta 9, página 38)

²⁶ VALLESPINOS, Carlos G. “TRATADO DE DERECHO A LA SALUD” Tomo II, pág. 66, Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2023.

Arduo es el debate en torno a la utilización de plataformas digitales para la formación del consentimiento informado.

Sin embargo, si pensamos en el proceso que tiende a la obtención del consentimiento para realizar un estudio o tratamiento específico, posiblemente los medios tecnológicos sean una herramienta muy útil en este camino.

En el inicio de ese recorrido se encuentra el contacto directo e inmediatez entre el galeno y su paciente, que se inspira en una de confianza, no existiendo obstáculo alguno en que culmine con el envío de material en soporte digital, que plasme los parámetros que contiene la normativa aplicable²⁷.

Es que, si bien en el ordenamiento se establecen los requisitos del consentimiento informado, **no se estipula la forma cómo debe hacerse**. Ello se debe a la adaptabilidad a los cambios sociales y culturales para instrumentar –y cumplir- tamaño recaudo.

Se dice que “...cuanto más grande es la brecha que distancia la norma positiva de la realidad social, mayor es la pérdida de su capacidad persuasiva” y que “en eso radica, precisamente, la importancia tanto de los principios como de las cláusulas generales para regular y aprehender una realidad sometida a un dinamismo creciente y, por lo tanto, irreducible a ser captada por medio de una tipificación inerte de supuestos²⁸.”

Por ello, y vinculado al estándar subjetivo ya expuesto, los medios tecnológicos **podrán ser utilizados en la medida en que sean considerados efectivos para el caso de que se trate**.

Es que, posiblemente, al momento de aconsejar a una a persona adulta mayor la realización de un estudio o tratamiento, la forma más efectiva de cumplir con el proceso del consentimiento informado lo será en forma presencial, con la cantidad de reuniones que sean necesarias, y con una clara explicación acerca del diagnóstico, pronóstico, alternativas, etc.

²⁷ Con respecto a la suscripción de este consentimiento, de todas maneras, se aplicarán los reparos que ya existen en la doctrina relacionados con la distinción entre firma digital y firma electrónica.

²⁸ “Perspectivas de Derecho Privado“, artículo: “La crisis del hecho jurídico”, DE LORENZO, Miguel Federico, año 2021, pág. 302.

Sin embargo, éste quizá no sea el modo más adecuado para captar la atención de un adolescente, quien posiblemente se interese en mayor medida si se capta su atención, a través de la implementación de herramientas tecnológicas.

Lo importante, en profundidad, **es que haya existido ese intercambio natural de información**, sin perjuicio del modo en que se haya producido ese diálogo²⁹.

Nada obsta a que la información se presente al paciente de manera diferente³⁰.

Incluso, podemos pensar en los beneficios de la telemedicina para aquellas personas alejadas físicamente de los sanatorios. Aquí, se evidencia con claridad el resguardo a los derechos y garantías de la persona humana – a la dignidad, salud, a la vida, a la integridad física y psíquica, entre muchos otros- precisamente mediante la utilización de la tecnología³¹.

En suma, lo importante es que se trate de un proceso eficaz, que logre su cometido, y que eventualmente sea documentable.

6. CONCLUSIÓN

²⁹ María Isabel Iñigo Petralanda refiere que, como todo diálogo, es deseable que permita un contacto ya presencial o virtual, siempre que ambas partes comprendan el uso de la herramienta de la que se sirven. Ver: <https://saludenlinea.com.ar/2024/03/06/la-transformacion-del-consentimiento-informado-en-salud/>

³⁰ ¿Que pasaría si el consentimiento informado, luego de los encuentros virtuales o personales, fuera enviado por correo electrónico al paciente para lograr una mayor reflexión? ¿o si fuera presentado en forma personalizada en alguna plataforma virtual? O, para el caso de personas adultas mayores que no tienen acceso a las nuevas tecnologías, se les proporcione en el último encuentro con su médico de confianza la información impresa para poder pensar en profundidad las opciones existentes. Pareciera que todas estas opciones contribuyen a fortalecer el proceso que venimos estudiando.

³¹ *“Si la persona humana es el bien a proteger, las políticas públicas deben adecuar su estrategia a sostener implementaciones tecnológicas capaces de neutralizar inequidades del acceso a la salud. Es en el ejercicio de políticas virtuosas donde los estados interactúan con sectores públicos y privados de la sociedad, para lograr una transformación solidaria, inclusiva y responsable capaz del uso tecnológico para el progreso de la humanidad”.* (“La Telemedicina como modo de garantía del ejercicio de un derecho humano” por María Isabel Iñigo Petralanda y Paula Eugenia Kohan, 18 de marzo 18, 2022, disponible en <https://recainsa.org/la-telemedicina-como-modo-de-garantia-del-ejercicio-de-un-derecho-humano/>)

Es necesario reforzar la implementación de los medios tecnológicos, visuales, escritos, a fin de lograr cumplir cabalmente con el proceso de consentimiento informado respecto a las personas que se someten a un estudio o tratamiento médico, teniendo en consideración, especialmente, la situación particular de cada una de ellas.

Entonces, *de lege lata*, en base al compendio normativo estudiado y su jerarquía, debemos interpretar las normas referentes al consentimiento informado de manera maleable, permitiendo la implementación de nuevas tecnologías, pero con estrictez para evidenciar que la voluntad exista y haya sido prestada libremente.

Lo importante es la información, el intercambio y la voluntariedad, para lograr la calidad y efectividad clínica.

Tal como refiere Sigman: *“cuando la conversación sucede en el contexto adecuado, el de unos pocos que se escuchan e intercambian argumentos, nos ayuda a pensar con más claridad, a tomar mejores decisiones y a ser más ecuanimes, empáticos y comprensivos. Tan simple como eso: es una herramienta fabulosa, tal vez la más efectiva, para dar forma al pensamiento”*³².

³² SIGMAN, Mariano “El poder de las palabras”, pág. 47, Ed. Debate, año 2022.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ACTUALIDAD: REVISIÓN BIOÉTICA Y JURÍDICA

Por Ivana Cagijal Cánepa¹

I. CONCLUSIONES

1. Sólo un modelo de relación profesional de la salud/paciente sustentado en el respeto del conocimiento técnico de uno/a y en la autodeterminación bioética del/de la otro/a supera el tamiz legal y bioético.

2. La exigencia de contar con un consentimiento informado válido constituye hoy la base insoslayable del reconocimiento de la salud como derecho humano, volviéndose una exigencia jurídica y ética, pues constituye una herramienta que, adecuadamente utilizada, evidencia el involucramiento activo del/de la paciente en el cuidado de su cuerpo y su salud, dejando atrás modelos sustentados en un paternalismo médico hoy insostenible.

3. La práctica suele desnaturalizar el sentido ético y jurídico del consentimiento informado, volviéndolo, en ocasiones, una mera formalidad a cumplimentar, donde forma y contenido se presentan confundidos. De allí que se exija repensar sus requisitos esenciales.

4. La noción de consentimiento informado reposa en dos ejes esenciales: la autodeterminación del/de la paciente competente, aspecto que, a su vez, supone haber recibido la información necesaria que le permita conocer los alcances de su decisión.

5. En situaciones complejas, la expresión del consentimiento es un proceso que requiere ser construido en el tiempo, aun escaso.

6. La realidad exige romper con el pensamiento arraigado, y muchas veces sostenido en la práctica, de que el consentimiento informado es un documento escrito que el/la paciente suscribe, pues en la mayoría de los casos es verbal o incluso tácito.

¹ CICJ- FCEyJ – UNLPam. Abogada (USAL), Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas (USAL), Magister en Derecho Privado (UNR), Diplomada en Derechos de la Niñez y la Adolescencia (UNLPam). Profesora Adjunta de Fundamentos de Derecho Privado y Teoría del Acto Jurídico, de Derecho Privado para la Administración Pública y del Seminario de Derecho Civil, y ayudante de primera de Derecho Civil y del Taller de lectura y comprensión de textos jurídicos - Taller de escritura de la FCEyJ de la UNLPam. Email: ivanacajjal@yahoo.com.ar

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Los siglos XX y XXI están siendo testigos de una gran transformación en la atención de la salud, precipitada por importantes avances biomédicos, pero también, por un profundo cambio en la concepción de la relación profesional de la salud-paciente, materializada en diversos modelos de atención, y asentada en el reconocimiento de la salud como derecho humano.

En este contexto, se introdujo la noción de consentimiento informado, que rápidamente fue abriéndose lugar en publicaciones, congresos, conferencias y ateneos en todo el mundo.

La denominada “doctrina del consentimiento informado” a la que aludimos reconoce sus orígenes en una necesidad que los tribunales americanos en el siglo pasado llamaron a considerar en oportunidad de tener que resolver sobre cuestiones vinculadas a la práctica médica, donde inescindiblemente confluían cuestiones técnicas, jurídicas y éticas. Desde sus orígenes, ha ido paulatinamente delineando su fisonomía, hasta llegar en nuestros días a convertirse en una figura de fuerte trascendencia, tanto en las prácticas y tratamientos de salud como en las investigaciones biomédicas.

Sin perjuicio de las múltiples aristas que el consentimiento informado presenta, lo cierto es que desde aquel tiempo a esta parte se ha convertido en un instrumento ineludible al hablar del derecho a la salud, en una obligación que reviste un doble tinte: legal y ético.

En la presente ponencia proponemos revisar la legislación nacional en el tema, para detenernos en los alcances bioéticos subyacentes con miras a analizar si el consentimiento informado, tal su fisonomía actual, verdaderamente constituye una herramienta para garantizar el derecho de toda persona a tomar las decisiones que considere adecuadas conforme sus convicciones en relación al cuidado de su propio cuerpo y su salud, y a que las mismas sean respetadas.

Sobre esta base, pondremos en discusión si los contornos que ha ido adquiriendo resultan inclusivos de un real respeto por la autonomía bioética de los/as pacientes, o si se prescinde de esta mirada, para quedar reducido a un instrumento de corte formalista.

2. PROYECCIONES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ACTUALIDAD

La medicina es quizá una de las ciencias que mayor evolución ha tenido desde sus orígenes hasta hoy. Las investigaciones biomédicas y la tecnología aplicada han ido abriendo paso a la posibilidad de alcanzar resultados que hace pocos años podrían haber sido considerados de ciencia ficción.

Pero estas transformaciones no solo se dieron en el plano técnico-científico, sino que también implicaron profundos cambios en el seno de la sociedad. La salud es en la actualidad uno de los derechos humanos fundamentales que las personas más fuertemente reivindican, aun cuando sobren ejemplos a diario que reflejan que esta declamación, de algún modo indiscutida en el plano teórico, se presenta endeble cuando se focaliza en su efectivización.

Ahora bien, sin perjuicio de esta deficiente materialización en los hechos que aludimos, lo cierto es que entender a la salud como un derecho humano condujo a un giro copernicano en la relación profesional de la salud-paciente/a, y fue abriendo paso a diferentes modelos de vinculación².

² Resultan ilustrativas de lo expuesto los modelos de atención propuestos por Veatch, quien distingue cuatro: el de ingeniería, el sacerdotal, el de los colegas y el contractual; prefiriendo este último. Ello, pues aquí la toma de decisiones recae en el/la profesional de la salud y en el/la paciente, es el resultado de su interacción, donde el saber científico y técnico del/de la primero/a se concilia con el respecto a la autodeterminación del/de la segunda conforme su proyecto vital, respetándose de algún modo la integridad moral de todas las partes. El acuerdo opera como marco de referencia moral respecto de las decisiones diarias que deban irse tomando por el/la profesional, conservando el/la paciente aquellas trascendentales respecto a su cuerpo y su salud, y en definitiva, a su vida (Ver Veatch, Robert (1995). "Modelos para una medicina ética en una época revolucionaria" en F. y A.L.F.Salles, Decisiones de vida y muerte, Sudamericana, Bs. As., p. 56-62).

También resultan interesantes las enseñanzas de Maglio², quien reconoce que desde sus inicios, la relación médico-paciente estuvo signada por una diada, donde el/la segundo/a confiaba casi ciegamente en el/la profesional, que representaba el conocimiento, para pasar ahora a estar compuesta por dos personas "co-suficientes". Desde su visión, la transformación en el modelo de relación fue dando paso a lo que el autor denomina "medicina antropológica", caracterizada por la empatía, la aceptación moral y la veracidad,

No es posible en la actualidad pensar las prácticas en materia de salud despojadas de la intervención creciente de los/as pacientes en el cuidado y la atención de su propio cuerpo.

Señalamos especialmente esta transformación, pues configura el terreno fértil desde donde comenzó a desarrollarse la doctrina del consentimiento informado.

En consonancia con estas ideas, en la concepción de la salud como derecho humano y en el marco de un modelo de relación profesional de la salud/paciente sustentado en el respeto del conocimiento técnico de uno/a y en la autodeterminación bioética del/de la segunda a los venimos refiriendo, nos interesa reafirmar, como punto de partida y con un dejo de influencia kantiana, que el/la paciente es un/a agente moral autónomo/a. Y en este sentido, es a quien corresponde, aun ante eventuales divergencias con el equipo tratante, decidir en relación al cuidado del propio cuerpo y su salud, dejando atrás antiguas concepciones de la medicina, donde el poder decisorio se concentraba en el/la profesional y el/paciente, en el mejor de los casos, era informado de la resolución adoptada.

3. EXIGENCIA DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO VÁLIDO EN LAS PRÁCTICAS DE SALUD

De algún modo, la doctrina del consentimiento informado se nos presenta como el *as de espada* que la bioética y el derecho han encontrado para reconocer un ámbito de autodeterminación moral, pues constituye la materialización del involucramiento del/de la paciente en el cuidado de su cuerpo y la atención de su salud. Esta afirmación se asienta en un prepuesto fundamental: que efectivamente dicho consentimiento cumpla con ciertos requisitos bioéticos y jurídicos; pues de lo contrario, se convierte en un mero requisito de tinte formalista.

En consonancia con la trascendencia de la figura, en el ámbito de la clínica médica la normativa vigente prevé que ninguna práctica de salud

proponiendo una “medicina basada en la narrativa”, la que sin desconocer la evidencia científica, pone el acento en la subjetividad del/de la paciente, en lo que siente, en lo que espera, en lo que desea, en definitiva, agregamos, en lo que decide (Maglio, Francisco, (2006). “Relación Médico-paciente en el tercer milenio”; *Perspectivas Bioéticas*, Año N° 11, Número 20, primer semestre, p. 67-76).

puede llevarse adelante si no se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del paciente³.

En la presente ponencia, anclada en una doble perspectiva jurídica y bioética, nos interesa reparar en dos elementos esenciales como condiciones de validez de un consentimiento informado: la autodeterminación moral del paciente, para lo cual, haber recibido oportunamente la información sanitaria adecuada se vuelve, a su vez, un presupuesto ineludible. Ambos constituyen, si se permite la metáfora, caras diversas de una misma moneda.

La trascendencia del tema, nos conduce a analizar sus alcances separadamente en los párrafos que siguen.

a) Sobre la autodeterminación del paciente

Al respecto, es interesante traer a colación que la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del Paciente, en su artículo 3 expresamente expone:

Derecho a la autodeterminación a. El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. b. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento. c. El paciente tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina.

El artículo transcrito, nos conduce a esbozar varias consideraciones.

Suele pensarse el consentimiento informado en una dimensión positiva, es decir, en tanto aceptación a la realización de un tratamiento. Pero consentir no es necesariamente aceptar la realización de una práctica, pues puede tener carácter negativo, importando la opción de no realizarla; y ello,

³ Exigencia legal prevista en el artículo 59, penúltimo párrafo del C.C.C., en un mismo sentido que el artículo 6 de la Ley 26529.

sin perjuicio de la libre revocabilidad de un consentimiento prestado con anterioridad.

Ahora bien, debemos considerar que aun en sentido positivo, consentir tampoco es meramente asentir, sino que refiere a una expresión de voluntad que lo trasciende. Consentir implica tomar decisiones autónomas, y ello solo puede hacerlo una persona competente bioéticamente, es decir, con aptitud de comprender los alcances de un acto médico y sus consecuencias.

Llegamos aquí a un primer punto central: sólo si hay autodeterminación en el/la paciente, puede hablarse de consentimiento informado; y a su vez, no hay autodeterminación si no se trata de un/a paciente competente para tomar esa decisión en ese contexto específico que está atravesando.

En este punto, nos parece esencial retomar la distinción entre la aludida competencia bioética y el concepto jurídico de capacidad de ejercicio, trayendo a colación lo que alguna vez hemos analizado respecto a que la primera se vincula a una aptitud natural de la persona, estrechamente vinculada a su posibilidad de discernir y que se erige, por tanto, como condición para poder consentir un acto o práctica médica⁴.

Costa⁵, al analizar la autonomía como requisito del consentimiento informado, propone distinguir la materialización de la voluntad de la comprensión de los alcances de la práctica o tratamiento que se trate. En sus palabras: “el consentimiento informado aplicado a la atención médica, reclamaría la búsqueda de una autorización autónoma, es decir, no solo de la autorización de una propuesta que puede traducirse en la firma de un

⁴ Cajigal Cánepa, Ivana. (2015). “El consentimiento informado en las decisiones vinculadas a la salud: análisis de la legislación nacional a la luz del paradigma internacional de los derechos humanos”, en Alvarello, Edith, Miranda, Raquel & Lell, Helga (comp.). Actas del II Workshop Metáfora y episteme: hacia una hermenéutica de las instituciones. EdUNLPam, p. 253 y ss.

⁵ Costa, María Victoria. (1996). “El concepto de autonomía en la ética médica: problemas de fundamentación y aplicación”, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, año 1, n° 2, segundo semestre, Flacso, p. 96.

formulario de consentimiento, sino también de una comprensión sustancial de la misma, una autorización intencional y la ausencia de control externo”.

Este aspecto exige especial atención, porque muchas veces el consentimiento informado se confunde con el instrumento en el que el mismo suele materializarse. Contenido y forma aparecen así confundidos, generando consecuencias disvaliosas. Bioéticamente, lo fundamental será que se verifique la existencia de un consentimiento informado con las notas sustanciales del mismo, sin que ello implique negar la trascendencia jurídica de que se otorgue en debida forma, sobre todo cuando la legislación exige hacerlo por escrito. No pretendemos aquí denostar la trascendencia jurídica del instrumento, sino afirmar que con ello no basta, pues tampoco será válido si, aun cumpliendo los requisitos normativos del instrumento, e incluso si hubiera sido analizado por un Comité de Bioética⁶, el consentimiento brindado no fuera el resultado de un proceso que implique una comprensión sustancial del mismo.

Retomando la idea de Costa, coincidimos con la autora que otro aspecto que supone la autonomía es que se trate de acciones verdaderamente voluntarias, pues quizá el/la paciente puede ser considerado competente “en general” en términos bioéticos y capaz jurídicamente, pero estar sometido/a a coerción o manipulación. Entendemos junto a Luna que "(...) se considera que la decisión de un paciente es tomada bajo coerción cuando éste es amenazado, explícita o implícitamente, con consecuencias evitables y no queridas, a menos que el paciente lleve a cabo la elección deseada"⁷. Preocupa especialmente, y por lo difícil de ser advertida, la posibilidad de que se ejerza algún tipo de manipulación sobre el/la paciente, pues esta conducta implica una captación de su voluntad, imposibilitando toda posible actuación autónoma.

La cuestión nos conduce a plantar otro punto central: ¿Cómo evaluar la naturaleza de la comprensión y el razonamiento del/la paciente en el caso concreto? En algunos supuestos, la respuesta afirmativa o negativa respecto

⁶ Ello, sin perjuicio de que, en ejercicio de esta función, el dictamen u opinión de los Comités de Bioética posee carácter no vinculante.

⁷ Luna, Florencia, Con la colaboración de Natalia Righetti. (2018) *El manejo de la información médica*. Clase 6. Bloque I. Diploma Superior en Bioética: Introducción a la Bioética y a los Comités de ética, FLACSO Argentina, disponible en flacso.org.ar/flacso-virtualp, p. 16.

de la competencia del/de la paciente se impondrá con facilidad, pero puede tratarse también de una situación dilemática. En este punto, consideramos que debe prestarse especial cuidado a los criterios de valoración que se utilizan, pues de lo contrario podría conducir a rechazar, en casos graves, una decisión contraria a lo que la opinión técnica y/o a lo que las evidencias científicas pudieran demostrar como el camino propicio. En otros términos, una persona puede tomar, por razones estrictamente personales, una resolución contraria a lo que el equipo tratante considerase la mejor alternativa, y en este caso, el obedecer su deseo es la única alternativa para afirmar que se respeta su autodeterminación.

b) Sobre la información sanitaria. Alcances.

Las ideas que hemos esbozado, nos obligan a focalizar en el otro presupuesto básico del consentimiento: la información sanitaria, pues -como hemos dicho- no puede evaluarse la competencia decisoria de quien no conoce sustancialmente aquello sobre lo que decide. La cuestión supone un delicado equilibrio entre la obligación de los/as profesionales de salud de hacer conocer al/a la paciente su opinión técnica, a sabiendas que, sobre todo si hay un vínculo de confianza deseable entre ambos/as, dicha opinión podría influir; pero a la vez, en un contexto respetuoso que permita al/a la paciente tener la tranquilidad de que la decisión final redundará en él/ella.

Cabe entonces preguntarnos: ¿qué debe entenderse por información sanitaria?

La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del Paciente, expresamente reconoce el “derecho a la información” en su artículo 7, en el cual dispone:

“a. El paciente tiene derecho a recibir información sobre su persona registrada en su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición. Sin embargo, la información confidencial contenida en el historial del paciente sobre una tercera persona, no debe ser entregada a éste sin el consentimiento de dicha persona. b. Excepcionalmente, se puede retener información frente al paciente cuando haya una buena razón para creer que dicha información representaría un serio peligro para su vida o su salud. c. La información se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla. d. El paciente tiene el derecho a no ser informado por su solicitud expresa, a menos que lo exija la protección de la

vida de otra persona. e. El paciente tiene el derecho de elegir quién, si alguno, debe ser informado en su lugar”

En el derecho argentino, Código Civil y Comercial, en los primeros seis incisos del artículo 59, al igual que la Ley N° 26529, en su artículo 5, aportan precisiones en cuanto al contenido ineludible de la información brindada:

“(…) clara, precisa y adecuada con respecto a:

Su estado de salud;

El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

Los beneficios esperados del procedimiento;

Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

A su vez, el artículo 3 de la mencionada Ley 26529 define a la información sanitaria como la 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”.*

Un primer aspecto sobre el que el derecho a información sanitaria nos obliga a preguntarnos es a quién y en qué circunstancias debe informarse. En este sentido hay una respuesta que, como principio general, resulta a nuestro entender ineludible: al/a la paciente y siempre. Realizar esta afirmación no implica desconocer que en muchos casos no podrá cumplirse acabadamente con ello, sea porque el/la paciente no está en condiciones físicas o emocionales de recibir la información⁸, sea porque su estado no

⁸ En cuyo caso, el artículo 59, último párrafo, primera parte del C.C.C. establece que, encontrándose la persona absolutamente imposibilitada de expresar su voluntad, y en tanto no se haya expresado anticipadamente el consentimiento, podrá ser prestado por *“(…) el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente (..:)”*

admite dilaciones temporales⁹. De todos modos, aun cuando las circunstancias del caso permitan prescindir del consentimiento o existan razones que exigieren que deba ser prestado por otras personas, ello no impide que el/la paciente sea a su vez informado/a en su condición de tal y de acuerdo a sus circunstancias personales, en tanto se encuentre en condiciones para ello.

La afirmación de que la información deba cumplir con los requisitos de ser “clara”, “precisa” y “adecuada”, exigidos por la norma jurídica, obliga a preguntarnos sobre sus alcances. Y en este sentido entendemos que la exigencia normativa se sustenta sobre ciertos requisitos generales, sin perjuicio de otros que pudieran adicionarse en relación a alguna práctica en particular:

La claridad refiere a la forma en que es expresada, a su congruencia, al lenguaje accesible de acuerdo a la posibilidad de comprensión del/de la paciente, a la supresión de tecnicismos, salvo que su uso fuera indispensable dadas las circunstancias del caso y sus alcances debidamente explicados.

La precisión, redundante en la pertinencia de la información, focalizada en la situación de salud personal de cada paciente. Exige también ser completa, pero no por ello sobreabundante, y a la vez exacta, evitando ambigüedades interpretativas, pues ello podría conducir a confusiones en quien la recibe.

La adecuación, por su parte, es el requisito que más pone en relieve la necesidad de considerar la personalidad del de/la paciente, sin por ello desconocer la situación particular que esté atravesando. Se trata, pues, de tomar medidas conducentes a asegurar que esa persona, en esa circunstancia de tiempo y lugar, está pudiendo comprender los alcances de todo aquello que se le informa.

Otro requisito elocuente de la información brindada redundante en su contenido, el que, al menos en una primera aproximación, podríamos encontrar descripto en la normativa vigente, e incluye el riesgo previsible tanto de las diversas opciones terapéuticas, sus probabilidades, previsibilidad y magnitud objetivas y en consideración del estado de salud del/de la paciente y la inminencia temporal de su ocurrencia.

⁹ Podrá prescindirse de contar con un consentimiento informado válido cuando la situación sea urgente y la actuación requerida persiga como objetivo evitarle al/a la paciente un mal grave (artículo 59, último párrafo, *in fine*).

A su vez, el/la paciente debe poder conocer sobre las consecuencias previsibles ante la eventual abstención de llevar a cabo algunas de las opciones terapéuticas brindadas. Y en este punto, hay un aspecto central que, si bien no es objeto de análisis en esta oportunidad, no puede dejar de mencionarse dada su trascendencia: el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los/as profesionales tratantes en modo alguno puede comprometer su obligación jurídica y moral de brindar la información completa sobre las diversas opciones terapéuticas.

Finalmente, nos interesa señalar otro aspecto a tener en cuenta, el relativo a quién debe informar al/a la paciente. El C.C.C. no especifica sobre este aspecto, pero sí lo hace la ley especial 26529, que en su artículo 5, prevé que sea brindada por el “profesional interviniente”. Ello, ha dado lugar a debates doctrinarios sobre los alcances de la expresión, pero por nuestra parte consideramos cumplido el requisito cuando dicha información es aportada por cualquiera de los integrantes del equipo profesional tratante, siempre que quien lo haga cuente con conocimientos suficientes para poder dar respuesta a todos los interrogantes que pudieran surgir, conforme la especificidad y complejidad del caso.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DESDE SU COMPLEJIDAD BIOÉTICA EN LA PRACTICA CLINICA. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES

Antes de terminar, entendemos oportuno sumar algunas ideas de tinte bioético que es preciso considerar.

En primer lugar, debe considerarse que hablar de consentimiento informado no puede entenderse, sobre todo en casos complejos, como una única respuesta en la dicotomía “acepto/no acepto”, sino que implica un proceso decisorio compartido, que se va dando en el tiempo que las circunstancias permitan, en el que las decisiones se van madurando, se van construyendo¹⁰. Resulta claro que muchas decisiones trascendentales, además de que no puede entenderse como una decisión en soledad, donde se le transfiera sólo a él/la paciente toda la responsabilidad de la decisión, tampoco debe necesariamente ser tomada prontamente. Pueden darse circunstancias que exijan un discurrir temporal, como por ejemplo fren a

¹⁰ En este sentido, Katz, Jay. (1980) “Disclosure and Consent” en Milunsky A. & Annas, G. eds., *Genetics and the Law II*, Plenum Press, New York

contextos de conmoción, como puede ser en el momento de conocer estar atravesando una grave enfermedad, o ante la comunicación de la escasa eficacia que puede estar teniendo un tratamiento o medicación.

Otra mención especial, requiere la consideración de que el consentimiento, si bien es requisito previo a toda práctica en materia de salud, no siempre es escrito. De hecho, la exigencia de su materialización en la forma escrita está más relacionada a una cuestión de permitir su presentación como prueba de que se contaba con dicho consentimiento por parte del/de la paciente, que con la trascendencia moral del mismo. En otros términos, la piedra angular es la real existencia de un consentimiento informado válido, más allá de la forma en que se plasme. De hecho, en la mayoría de los casos puede otorgarse verbalmente, y en muchos otros de forma tácita, sin que por ello merezca reproche bioético.

Prueba de ello, en el plano jurídico, es que la normativa vigente prevé como principio general el carácter verbal del consentimiento y sólo exige la forma escrita cuando se trate de internaciones, intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que impliquen riesgos y las revocaciones de consentimientos prestados con anterioridad¹¹.

Enfatizamos en este punto, pues la circunstancia de existir un documento escrito suscripto por el/la paciente en sí mismo no garantiza la existencia de un consentimiento informado válido. Habrá que hurgar hacia las circunstancias que ese instrumento materializa para ver si efectivamente lo allí descrito se condice con los hechos efectivamente acaecidos. Caso contrario, tendrá siempre derecho el/la paciente de probar la invalidez del consentimiento, sea por no haber recibido la información sanitaria pertinente, por no haber tenido la posibilidad de conocer los alcances de las opciones propuestas, por no existir tales, o por la falta de cumplimiento de otros de sus extremos.

5. PALABRAS FINALES

Hasta aquí hemos venido pensando al consentimiento informado como un derecho fundamental de los/las pacientes, pero este derecho solo puede materializarse en tanto sea entendido también una responsabilidad de estos/as, que son quienes tienen el deber, jurídico y moral, y en tanto las

¹¹ Artículo 7, Ley N° 26529

circunstancias lo permitan, de participar activamente en las decisiones sobre su salud (Hull, 183-197).

En este sentido, proponemos repensar la figura del consentimiento informado tal como se vivencia en la actualidad en la práctica médica, desde una doble perspectiva: jurídica y bioética. Y ello, con énfasis en la autodeterminación del/de la paciente/a la que solo podemos referir si presuponemos que esa persona ha recibido información sanitaria adecuada.

No se trata de deshacer el camino andado, sino de ampliar sus implicancias para que pueda erigirse nuevamente, como en sus orígenes, pero en el contexto actual, en un instrumento que resguarde acabadamente los derechos de todas las partes.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LOS ACTOS MÉDICOS. DOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS: EL CASO DE LOS MAL LLAMADOS “NIÑOS ILE” Y EL CASO DE LA EDICIÓN GENÉTICA

Por María Angelica Jure¹ y Silvana Alejandra Castagno²

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado para los actos médicos explicita la autonomía del paciente.
2. El consentimiento médico prestado en el marco de la ley 27.610 (art. 4 inc. a y b), cuando finalmente (en virtud del principio de gradualidad) se produce el nacimiento con vida no puede replicarse en sede judicial en los términos del art. 607 inc. b. del CCCN.
3. La tutela judicial efectiva debe aplicarse debidamente y no confrontarse con el interés superior del niño/a bajo el lema de la perspectiva de género; noción que en el caso debe adecuarse a los derechos comprometidos.
4. El genoma humano es patrimonio de la humanidad. Destaca una dimensión individual o derecho de la persona a heredar un patrimonio

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Funcionaria Jubilada Poder Judicial de Córdoba (febrero '23) en el cargo Fiscal de Cámara de Familia y Niñez. Profesora Adjunta Derecho Privado VII (Universidad Nacional de Córdoba) Profesora de Posgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Judicial y la Judicatura (Universidad Católica de Córdoba). Autora y Coautora de diversos artículos doctrinarios. Disertante y participante en Congresos y Seminarios. Esta ponencia contiene *extractos* de la publicación “*Los mal llamados niños ILE y los errores lógicos y jurídicos cometidos en su nombre*”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia sobre D.Familia, RDF 114,137, Thomson Reuters, 2024 AR/DOC/581/2024. angelicajure@gmail.com

² Abogada-Escribana (Universidad Nacional de Córdoba) Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (Universidad Católica de Córdoba) Especialista en Contratos y Daños (Universidad de Salamanca, España) Jueza de 1ª. Instancia Civil y Comercial Capital, Poder Judicial de Córdoba. Docente Titular Disciplinar de Obligaciones y Bases del Derecho Privado y Docente experta en Daños e Investigadora (Universidad Empresarial Siglo21). Docente Adscripta Derecho Privado VII y Docente colaboradora (Universidad Nacional de Córdoba). Autora y Coautora de artículos y textos doctrinarios. Disertante y participante en Congresos y Seminarios. Esta ponencia contiene *extractos* de comunicación con defensa oral en el “*XII CONGRESO MUNDIAL DE BIOÉTICA - WORLD CONFERENCE ON BIOETHICS Edición Genética. CRISPR-Aspectos bioéticos y jurídicos*”, Gijón, España 13/15 de Mayo 2024. silvanacastagno@hotmail.com

genético libre de manipulaciones; y una colectiva para protección de la especie humana.

5. La herramienta de edición genética CRISPRCas9 es revolucionaria y en perfeccionamiento. Genera riesgos y puede conllevar graves consecuencias si se actúa en línea germinal (herencia genética). Se teme por un uso con fines no beneficiosos o terapéuticos; o contrario a la humanidad.

6. Surge prístina la necesidad del abordaje ético, análisis legal y jurídico (bioderecho). La investigación y edición genética requieren el consentimiento informado del paciente para la recolección, tratamiento, uso, conservación y cruce de datos genéticos, de material biológico humano actual y almacenado; y para cambios en las condiciones de manipulación.

7. Si la aplicación de la técnica de edición genética o las omisiones incurridas causan daños y se reúnen los presupuestos de la Teoría General se configurará responsabilidad civil resarcitoria. Además, es clara la posibilidad de atribución de responsabilidad por violación del requerimiento del consentimiento informado. Allí, el detrimento recae sobre un derecho de la personalidad: la autodeterminación o autonomía.

8. Las acciones y omisiones del profesional médico o investigadores en el curso de la edición del genoma pueden generar responsabilidad civil y -asimismo- habilitar el ejercicio de una acción preventiva del daño.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El *consentimiento informado para los actos médicos* explicita la autonomía del paciente y es eje fundamental de la relación médico-paciente, en permanente transformación. Garantiza la protección de la persona humana y brinda seguridad al médico o científico frente a reclamos judiciales por responsabilidad profesional.

En esta presentación nos planteamos interrogantes vinculados a dos supuestos específicos: *a)* valor del consentimiento prestado en el marco de la Ley N° 27.610 y sus implicancias judiciales en el caso de nacimiento con vida del niño/a; *b)* la responsabilidad de los científicos por intervención

sobre el genoma humano, específicamente por ausencia de consentimiento informado; y la posibilidad de prevención.

En relación al primer supuesto, la Ley 27.610 “*Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*” regula el supuesto de interrupción legal del embarazo (ILE) en el art. 4 en los siguientes incisos: a) cuando fueren resultado de una violación con la declaración jurada pertinente, no siendo requerida en los casos de niñas menores de trece (13) años de edad; e inc. b) si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante. Se incluye el requerimiento del “*consentimiento informado*” consistente en recibir la información necesaria y así tomar una decisión, autorizando o no al profesional de la salud para realizar la práctica sanitaria. Dicho acuerdo está enmarcado en los principios de autonomía de las personas, confidencialidad, privacidad y acceso a la información, firmado por la persona gestante. Cuando se trata de niñas/os menores de 13 años -en principio- pueden acceder a la práctica con la asistencia de quienes ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, allegadas o referentes afectivas, que deben participar conjuntamente en la toma de decisiones y firmar también el consentimiento informado.

Las/os adolescentes desde los 13 hasta los 16 años pueden, en general, acceder sin necesidad de asistencia (art. 26 y cc. CCCN). Sólo cuando exista algún motivo particular o que implique un peligro grave para su salud o su vida, es necesario que estén asistidas/os. A partir de los 16 años, lo pueden hacer sin ningún tipo de asistencia, atento la clara competencia médica que comprende las decisiones sobre el propio cuerpo (art. 26 *in fine* del CCCN). Analizaremos el alcance de ese consentimiento.

En la segunda temática se aborda la cuestión del *genoma humano* en tanto “patrimonio de la humanidad”, la *edición genética* como desarrollo biomédico y la responsabilidad profesional. Tal actividad conlleva *riesgos* aún no totalmente aprehendidos.

La tecnología de edición CRISPRCas9, herramienta científica en perfeccionamiento, parte del estudio y comprensión del mecanismo de defensa bacteriano y lo aplica a otros modelos o sistemas celulares. Ha permitido a investigadores/científicos modificar algún segmento o letra del ADN del ser vivo³ para corregir mutaciones genéticas, genes defectuosos,

³Premio Nobel Química (2020) DOUDNA, Jennifer; CHARPENTIER, Emmanuel por el descubrimiento y desarrollo de la herramienta CRISPR/Cas9. Es una técnica de edición de genes basada en el mecanismo que naturalmente realizan ciertas bacterias. Se

eliminar secuencias enfermas, incorporar genes con capacidad terapéutica, erradicar enfermedades⁴. Se expandió en la industria alimenticia, tratamiento de enfermedades de modo paliativo o definitivo, preservación de la biodiversidad⁵. Por los menores costos⁶ y simpleza para el dominio de la técnica su descubrimiento se considera revolucionario⁷ aunque preocupa el uso fuera de los límites éticos o legales.

En ambos tópicos analizados, el deber de obtener el consentimiento informado es un elemento de trascendental importancia, cuyo cumplimiento u omisión reviste diferentes implicancias en cada caso.

a) Protección de los niños/as nacidos/as con vida vs. Perspectiva de género

Se trata de discernir las implicancias del nacimiento con vida del niño/a acontecida luego de la opción de ILE y los derechos de la persona gestante. Si hay vida, en contraposición, no existe aborto porque, en definitiva, la decisión médica merita la viabilidad del feto (principio de gradualidad).

genera un corte en las dos hebras de la doble hélice del ADN dirigida en la región a editar, que luego es reparado por la cédula que dispone de dos mecanismos alternativos: recombinación no homóloga y la recombinación homóloga. El cromosoma editado es heredado por las células hijas. Profundizar en GIONO, Luciana A. “*Crispr/Cas19 y la terapia génica*”, Medicina Bs As 2017; 77: 405-409 ISSN 0025-7680.

⁴LIMA, Natacha; MARTINEZ, Gustavo; SOBERON, María Victoria; CORNEJO PLAZA, M. Isabel “*Perspectivas de la edición genética (CRISPR/Cas9)*” Vol. 33 N° 4, 2018.

⁵Se comenzó con modificación de vegetales y plantas, luego mosquitos y roedores; después, grandes mamíferos y recientemente enfermedades: Parkinson, Alzheimer, algunos tipos de cáncer. LIMA, Natacha; RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana; RAMOS MARTINEZ, Gustavo (2022) “*Repensando la autonomía, el riesgo y la responsabilidad en la aplicación de terapias de ingeniería genética en el contexto latinoamericano*” Revista Holos, ISSN: 1518-1634 e-ISSN: 1807-1600 <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/196058>

⁶LUNA, Fernanda “*Edición genética y responsabilidad*” Revista Bioética y Derecho N° 47 Barcelona 2019 Epub 16-Dic-2019 ISSN 1886-5887 https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000300005 Destaca la preocupación por el acceso de estas tecnologías a algunas minorías y que genere “desigualdades genéticas”.

⁷STERNBERG, Samuel “*La revolución biológica de la edición genética con tecnología CRISPR*” en “*¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente*” Madrid, BBVA, 2018. <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/la-revolucion-biologica-de-la-edicion-genetica-con-tecnologia-crispr/>

La petición de ILE en trance de un embarazo casi a término, aún viable jurídicamente, no se traduce así fácticamente, dado que se genera un nacimiento prematuro del niño/a en determinadas condiciones sanitarias.

No se examinarán aquí los criterios profesionales en punto a la edad gestacional que obre como límite al respecto, siendo indubitante que las posibilidades aumentan exponencialmente cuando se acude a la ILE en el transcurso del tercer trimestre. Se ha señalado que: *“En consecuencia, el único límite que impone la edad gestacional en casos de violación o peligro para la salud o la vida es la viabilidad fetal, momento en la que ya no se realiza un aborto, sino una inducción al parto, que impone al personal de la salud la realización de maniobras necesarias para favorecer la supervivencia, de acuerdo con los principios éticos de beneficencia y no malificiencia”*⁸

En definitiva, cuando la persona, en el marco legal de interrupción del embarazo, decide acudir a los supuestos autorizados y el niño/a nace con vida, se corre el escenario a otra realidad con una serie de impactos. Se emplea informalmente una denominación para graficar los niños/a así nacidos, como NIÑOS NIÑAS ILE, calificación discriminatoria que ensombrece e invisibiliza el bien máspreciado y digno de prioritaria protección: el interés superior del niño/a.

Con foco en la existencia de casos de NIÑOS ILE, las/los Magistradas en general se preocupan en la no revictimización de la persona que dio a luz (bajo el lema de la perspectiva de género), interpretan las normas sobre la declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción y avanzan en algunos casos en temas como la identidad y filiación del niño/a así nacido.

Debe destacarse que la posibilidad de nacimiento con vida, debidamente informada a la persona legitimada por la Ley 26.170, no implica replicar o sustituir el debido consentimiento judicial el que se impone con el acompañamiento y tutela judicial efectiva que merezca el caso (art. 607 inc. b CCCN).

Los infantes portan una nominación que grafica su estado particular, se los llama niños o niñas ILE, el lenguaje refleja o transmite, sobre todo en

⁸HERRERA, M; GIL DOMÍNGUEZ, A; HOPP, C.; DE LA TORRE, N. *“Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo Ley 27.611” “Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia, ley 27.611”* Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe-Bs.As., 1era Ed., p.101.

materia familiar, la simetría o asimetría de los intereses protegidos. No existen intereses contrapuestos, los del infante y su progenitora, que conduzca a buscar la prevalencia de uno por sobre otro, bajo el lema de la no revictimización. No se puede soslayar que el nacimiento con vida conduce de pleno derecho a la aplicación de los arts. 565 y cc. del CCCN que prevén la filiación por naturaleza.

b) El precedente judicial

Se trata del caso de una gestante mujer niña de doce años de edad cuya opción de ILE fue realizada a las 35 semanas de gestación tras lo cual se produjo el nacimiento con vida de una niña⁹. Se destaca que: *“Atento la situación médica que precede a los presentes, que habla por sí de la determinación de D a no asumir los cuidados de quien, eventualmente, sobreviva a la interrupción de la gestación, la gestante D no será citada al proceso. Esto no es una limitación al ejercicio del derecho de defensa por parte de D, sino por el contrario, es en respeto a su autodeterminación registrada en el consentimiento informado (art. 7 ley 27.610), coincidentemente con la práctica de evitar comparencias innecesarias (conforme la Reglas 69 de las Cien Reglas de Brasilia). A su vez, genera las siguientes derivaciones: VI. 3. a) Habla por sí de la predisposición negativa de la gestante Da ser emplazada como progenitora respecto de quien es gestada, en el supuesto que le sobreviva. Desde ese posicionamiento, llamarla al proceso a fin que ratifique o rectifique tal predisposición negativa a ejercer la responsabilidad parental de L. es una exposición innecesaria, más cercana a la supervisión al ejercicio de su derecho que a respetarlo [...] Conforme lo referido, la citación de D al proceso, acreditado su consentimiento informado para la ILE (art. 7 ley 27.610), sería innecesaria y luce un encarnizamiento jurisdiccional derivado del ejercicio de un derecho por parte de D. Si se la citara, involucraría una victimización secundaria (100 Reglas de Brasilia 12) y violencia de género modalidad institucional (art. 5 b ley 26.485). Derivado de esto último, la gestante D no integra el proceso”.*

⁹JuzgNiñez, Adoles., Viol. Fliar y de Género, 4ta.Nom. de la Ciudad de Córdoba, S. 4 del 13/06/23 en “D.L., CONTROL DE LEGALIDAD” www.justiciacordoba.gob.ar.Novedades 15/08/23

El fallo se construye en base a una ficción legal (que implica desconocer el tiempo de gestación y que las maniobras médicas no estuvieron apuntadas a una *fetolisis*) sino a la efectividad del parto.

El caso compromete la salud mental y física de una niña abusada, víctima de la violencia más infame y superlativa, drama que se constata con frecuencia en la sociedad que mira para el costado cuando ello sucede. Pero el remedio, no puede pasar por poner la venda en los ojos de la justicia, todo lo contrario, la tutela judicial efectiva resulta inminente.

Lejos de un encarnizamiento judicial, como se apunta en el fallo, la justicia debe acudir para ayudar, evaluar, acompañar y luego recién disponer al efecto. Es el debido ámbito para intentar subsanar todo lo que no se hizo previamente, no para revictimizar, sino para conducir y evaluar conjuntamente las medidas a tomar.

No será una citación común, sino adaptada a cada caso, con profesionales idóneos para contener a la niña/o e informar a los operadores judiciales la situación.

Si la niña debió parir ante lo avanzado de la gestación, es porque en el entorno familiar, social, escolar, sanitario no se actuó tempranamente. Cuando se acude a una ILE en un estado final de gestación el daño está hecho (la niña soportó el embarazo) y médicamente no hay otra opción que la inducción del parto. El no aborto dio paso a la vida, y cerró el ámbito de aplicación de la Ley 26.170 y por ende, al consentimiento allí otorgado.

La resolución de la *a quo* fue incidentada de nulidad por el Ministerio Público Fiscal fundado en la omisión de su citación, lo cual fue admitido por la Alzada, quien –además- ingresó en forma directa al tratamiento de la cuestión de fondo¹⁰. Dispuso -en consonancia con el temperamento de esta presentación- que “*el nacimiento con vida cerró el ámbito de aplicación de la Ley 27.610 y del consentimiento otorgado en el marco de dicha norma; y ubicó el supuesto fáctico de esta causa en el marco de las normas que regulan la adopción en el CCCN*”. Brindó una solución adaptada a la edad de la niña y su evidente vulnerabilidad para requerir el consentimiento (*Cámara Gesell*) y poder avanzar legalmente en la declaración de adoptabilidad y sus consecuencias.

¹⁰Cám. Familia 1ª. Nom. Córdoba “*Incidente de Nulidad por el Fiscal CFliA. en D, L.-CL*”, S 6 del 21/5/24.

Como se advierte, resulta imposible agotar tamaña problemática y determinar con precisión cómo debe juzgarse en cada caso concreto. Lo relevante es no modificar la filiación, la identidad, el origen, menoscabar los derechos de los niños y niñas, sin dejar de ponderar la perspectiva de género.

2.

a) *La edición genética mediante CRISPRCas9*

La herramienta científica CRISPRCas9 genera *riesgos*: efectos adversos o mutaciones no intencionadas sobre otros genes. Tal escollo metodológico puede redundar en graves consecuencias al actuar sobre genes en línea germinal, pues la mutación podría transmitirse a las sucesivas generaciones (herencia genética). Se diferencia de la edición de cédulas somáticas que afecta únicamente al paciente tratado sin retrasmisión a la herencia.

Las modificaciones pueden resultar beneficiosas en primera generación, pero perjudiciales para las siguientes por la producción de eventos secundarios. El peligro es crear nuevas enfermedades incontrolables o sin cura. En algunos casos de corrección de células con CRISPR/Cas9 se observó alta tasa de efectos *off-target* y de mosaicismo¹¹. Es una herramienta revolucionaria a nivel laboratorio pero se mira con cautela la aplicación terapéutica por la menor precisión de los sistemas de restauración del cromosoma. Se aconseja contar con mayor seguridad y eficiencia¹².

¹¹GIONO, Luciana “*Crispr/Cas19 y la terapia génica*”, op. cit. Explica un caso publicado en *Nature* (2017; 548: 413-9) sobre una investigación dirigida por Shoukhrat Mitalipov que trabajó sobre la mutación del gen MYBPC3 causante de miocardiopatía hipertrófica. FERREYRA, Karen “*Consideraciones éticas sobre CRISPR/Cas9: uso terapéutico en embriones y futura gobernabilidad*”, 4/1/2022, Revista de Bioética y Derecho N° 54, Barcelona 2022, ISSN 1886-5887 <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.54.36115> enseña que el mosaicismo es una modificación desigual en las células del embrión que genera cambios previstos en la secuencia de algunas células y en otras no.

¹²Según el Comité Consultivo de la OMS sobre gobernanza y supervisión de la edición del genoma humano “*sería irresponsable que en este momento alguien iniciara aplicaciones clínicas de la edición del genoma de la línea germinal humana*” (marzo 2019) <https://www.who.int/es/news/item/26-07-2019-statement-on-governance-and-oversight-of-human-genome-editing> (consultado marzo 2024). MARTINS, Alejandra (2018) “*CRISPR/Cas9: las serias advertencias de unos científicos sobre los peligros de la técnica que revolucionó la genética*” cita al Dr. LLUIS MONTOLIU (Centro Biotecnología de

El Ministerio de Salud de Argentina, en publicación sobre prácticas prohibidas de alteración genética, enumera cuatro niveles de edición genética: en células somáticas; en línea germinal; manipulación de mejora o perfectiva; y eugénica¹³.

El *art. 57 CCCN* prohíbe las prácticas que tengan por fin o consecuencia producir una alteración genética del embrión cuando esa alteración se trasmite a su descendencia. La prohibición se circunscribe a la alteración génica, no a la selección que no afecta al cigoto (diagnóstico genético preimplantacional). Se espera un resultado basado en una finalidad terapéutica por respeto a la dignidad e integridad humana y la diversidad genética.

Sobre la labor científica existe el autocontrol deontológico (comités de ética profesional), el control legal interno (bioderecho) y control internacional. En intervenciones sobre el genoma humano el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina, Oviedo “*Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia*”. Citamos la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO 2005) y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) con fuerza vinculante¹⁴, relevantes para la Bioética universal¹⁵.

[Madrid\) quien desarrolla las consecuencias de las pruebas https://www.bbc.com/mundo/noticias-44861150 \(consultado febrero 2024\)](https://www.bbc.com/mundo/noticias-44861150)

¹³LAMM, Eleonora “*Prácticas prohibidas: alteración genética*” <https://salud.gob.ar/dels/entradas/practicas-prohibidas-alteracion-genetica>

¹⁴APARISI MIRALLES, Angela “*Manipulación genética en seres humanos: del autocontrol deontológico a la búsqueda de un orden internacional*”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho N° 2-1999 ISSN 1138-9877 <https://www.uv.es/cefd/2/aparisi.html> Cita en el ámbito europeo: Res.Parlamento europeo 1989, Recom. 934 del 26/1, Recom. 1046 y 1100, Recom. de 1991 y el instrumento derivado vinculante.

¹⁵MARIN CASTAN, M. Luisa “*Sobre el significado y alcance de los hitos más decisivos en el desarrollo de la bioética universal: el Convenio de Oviedo y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*”, Revista Bioética y Derecho N° 52 Barcelona 2021 Epub 25-Oct-2021 ISSN 1886-5887 <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.34845>

Muchas voces de alarma alertan sobre un uso que se desvíe en un desarrollo peligroso con fines no beneficiosos o terapéuticos (asegurar características génicas) o contrario a la humanidad.

La integridad del patrimonio genético fue reconocida por Recomendación 934/82, Asamblea del Consejo de Europa. Se destaca una dimensión individual o derecho de la persona a heredar un patrimonio genético libre de manipulaciones; y una colectiva para protección de la especie humana¹⁶. La ciencia y técnica se deben utilizar al servicio de la sociedad¹⁷. La OMS dispuso una recomendación para un sistema de gobernanza¹⁸.

b) Las niñas editadas genéticamente. Responsabilidad del científico.

Surge prístina la necesidad del abordaje ético, desde el Código de Nuremberg 1947 que destaca el consentimiento voluntario del sujeto humano como absolutamente esencial. También, el análisis legal¹⁹ y jurídico (bioderecho²⁰). El profesional debe obtener el consentimiento informado, contar con un equipo de alta especialización conforme la patología o cuadro clínico, cumplir la *lex artis*, valorar la proporcionalidad riesgos/beneficios²¹. Sobre el consentimiento informado, el art. 5 inc. b) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y DDHH dispone “*En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento*

¹⁶M.FERRER, Francisco (2019) “*Daños en las relaciones familiares*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta Fe, p. 288.

¹⁷GOLDENBERG, Isidoro (1993) “*Indemnización por daños y perjuicios—Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*”, Ed. Hammurabi, p. 424 El progreso científico-técnico debe constituir patrimonio común de todo el género humano para cooperación internacional.

¹⁸“*La OMS emite las primeras recomendaciones sobre la edición del genoma humano*” <https://news.un.org/es/story/2021/07/1494272> (consultado febrero 2024)

¹⁹GOLDENBERG, Isidoro (1993) “*Indemnización por daños y perjuicios...*”, op. cit. p. 432. “*El impacto tecnológico y la masificación social inciden sobre todas las áreas de la juridicidad. Actúan como factores genéticos de los cambios normativos*”.

²⁰M.FERRER, Francisco (2019) “*Daños en las relaciones familiares*”, op.cit.p. 284. Bioderecho es “*el derecho que reglamenta la aplicación de las técnicas de domino de la biología y de la medicina, con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la persona*”.

²¹OSSOLA, Federico “*Responsabilidad Civil*”, Derecho Civil y Comercial” RIVERA-MEDINA (Directores), Ed. Abeledo Perrot, p. 345.

o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado”. En Argentina, la Ley N° 26.529 Derechos del Paciente establece "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 [...] 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". El Capítulo III regula el consentimiento informado (definición, caracteres, requisitos). El art. 6 prevé la obligatoriedad de su requerimiento, hoy receptado en arts. 58 “investigaciones en seres humanos” y 59 CCCN.

La investigación y edición genética requieren el consentimiento informado para la recolección, tratamiento, uso, conservación y cruce de datos genéticos, proteómicos y material biológico humano actual y almacenado; y para cambios en las condiciones y manipulación²².

Ya se han producido acciones médico/científicas en esta línea controvertida.

En 2015 científicos chinos modificaron el genoma de embriones humanos no viables²³. Se suma el caso de las “niñas editadas genéticamente”. El biofísico chino He Jiankui (2018) aplicó el método CrisprCas9 en embriones humanos con la finalidad de evitar que contrajeran la enfermedad del VIH eliminando el código genético de la patología (gen CCR5). Logró que los embriones modificados fueran implantados y se produjo el nacimiento de las niñas²⁴. Los cuestionamientos se sucedieron

²²GOMEZ CORDOBA, Ana “Principios éticos y jurídicos del derecho genético en las declaraciones internacionales relacionadas con las intervenciones sobre el genoma humano” 13/1/2010 <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14454> consultado febrero 2024).

MARTINEZ NAVARRO, Juan “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”, Revista Aragonesa de Adm. pública N° 54, p. 337, ISSN 2341-2135 sobre protección, almacenamiento y tratamiento de datos genéticos.

²³LIMA, Natacha y otros “Perspectivas de la edición genética (CRISPR/Cas9)”, op. cit. Un equipo científico de la Universidad Sun Yat-Sen de Guangzhou, China, habría intervenido en el genoma de embriones humanos tripnucleados (no viables) con trastorno sanguíneo.

²⁴En II Cumbre Internacional sobre Edición del Genoma Humano (Hong Kong 2018) el científico dijo que modificó el ADN de dos hermanas gemelas en etapa embrionaria (las llamó *Lulu* y *Nana*). FARIAS, Isbelia (2023) “Duda inquietante en la ciencia: ¿qué

inmediatamente. Se desconoció la regla preponderante al omitir el consentimiento informado para investigaciones científicas y actos médicos. Se ignoró la máxima fundamental de contar con una necesidad médica que justifique la terapia, los códigos éticos y normas internacionales. Se ignora el destino de todas las niñas y sus perspectivas médicas²⁵.

Más allá de la responsabilidad penal, cuando la aplicación de técnicas de intervención en el genoma o las omisiones incurridas sean causa de **daños** y se reúnan los presupuestos de la Teoría general se configurará **responsabilidad civil resarcitoria** (art. 8 Declaración Universal sobre el Genoma Humano y DDHH). Se señala que la manipulación genética conlleva un gran “catálogo de posibles daños resarcibles desencadenados como consecuencia de la aplicación de los modernos avances en genética humana, tanto con fines terapéuticos como de investigación, u otros”²⁶.

La imposición de responsabilidad genera límites a la acción/omisión de los profesionales. Existen agentes que corren la línea de actuación a ámbitos de incertidumbre e inseguridad. El ejemplo chino es uno de ellos. En tal supuesto falló la autorregulación y se avanzó sin advertir los severos riesgos, ponderar las consecuencias; o en desprecio de su producción.

Si bien hoy son desconocidos los daños concretos que pudo haber provocado a las niñas editadas genéticamente es clara la posibilidad de atribución de responsabilidad por violación del requerimiento del consentimiento informado de los padres y en particular de la madre como paciente. El detrimento recae sobre un derecho de la personalidad: la autodeterminación o autonomía. La constrictión al autor del daño deberá ajustarse a estos parámetros e indemnizar el daño derivado de la lesión al

pasó con las primeras bebés modificadas genéticamente?”
<https://medicinaysaludpublica.com/noticias/investigacion/duda-inquietante-en-la-ciencia-que-paso-con-las-primeras-bebes-modificadas-geneticamente/18294> (consultado marzo 2024) El científico habría engañado a los ginecólogos para la implantación y a los propios padres.

²⁵MARFANY, Gemma (2019) “*Interrogantes y retos actuales de la edición genética*” Rev. Bioética y Derecho N.47, p.17. 16-Dic-2019. ISSN 1886-5887. “*El resultado es que ambas niñas son mosaico, con distintas mutaciones en cada cromosoma y en distintas células, que continúan presentando células infectables por el virus VIH, y que, posiblemente, puedan también ser más sensibles y menos resistentes a infecciones por otros virus*”.

²⁶LLAMAS POMBO, Eugenio “*Responsabilidad Civil por Manipulación genética*”, Revista del Notariado 1998-854, p. 187 ISSN: 0325-1608 11845
<https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/30306.pdf>

derecho de autodeterminación del paciente²⁷, aquellos con un nexo de causalidad adecuada con la falta de información, además de los derivados de la deficiencia en la práctica científica²⁸.

c) *Principio precautorio y prevención del daño*

Tales acciones y omisiones desconocen el principio precautorio y de prevención. Según el primero -acuñado en el ámbito de los daños ambientales- ante los riesgos se debe intensificar el conocimiento, efectuar un *balancing test* riesgo-beneficio (*risk assesment* y *risk management*), no realizar actos si ignora sus consecuencias y adoptar medidas para evitar el daño potencial. La ausencia de información o certeza científica no constituye excusa para posponer las medidas eficaces para impedir el daño (Declaración de Bioética de Gijón 2000).

Surge la importancia de la prevención para evitar la producción, continuación o agravamiento del daño. En Argentina, con fundamento constitucional (art. 19 CN²⁹), el *alterum non laedere* o *deber genérico de no dañar* se asienta en la buena fe y prohibición de abuso del derecho (arts. 9/10 CCCN). Toda persona tiene el deber de no dañar, impedir perjuicios no justificados, adoptar medidas razonables para evitar que el daño se produzcan (amenaza de configuración) o se aumente el ya producido (art. 1710 CCCN).

La realización de actividades científicas prohibidas en relación a embriones humanos podría dar lugar a una acción preventiva de daños con modalidad innovativa para el cese de la conducta prohibida. El art. 1713 CCCN faculta al juez a disponer medidas de prevención con criterio de menor restricción y medio más idóneo. Deberá acudir a un abordaje interdisciplinario, tener en cuenta el principio de libertad científica y equilibrar los objetivos de bienestar y progreso científico y tecnológico con garantías de protección al individuo y a la especie humana.

²⁷CNCiv. Sala D “F.M.G. c/ASOCIACIÓN FRANCESA FILANTROPICA” 9/3/2004 RCyS, p.387 concluye que la falta de consentimiento generó un daño moral autónomo.

²⁸LORENZETTI, Ricardo “*Responsabilidad Civil de los médicos*”, Tomo I, Sta.Fe, p. 212 “*cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto*”.

²⁹CSJN “*Santa Coloma*” Fallos 308:1160.

**CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ACTOS MÉDICOS SALUD
MENTAL. LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE- CONTROVERSIA
CON EL ART. 59 CCC. CONSENTIMIENTO POR
REPRESENTACIÓN.**

Por Ab. Rosa Elena Chalup¹ y Ab. Gustavo Barcellona²

I. CONCLUSIONES

1. El Asentimiento y el Consentimiento informado son parte del acto médico en la medicina del siglo XXI. Ambos procedimientos permiten el Derecho a ser informado y el C.I.³ es un documento que protege la Autonomía del Paciente. Este proceso se hace dual, sólo en ciertas circunstancias donde la responsabilidad legal les impide a sus pacientes su autonomía plena en la decisión y se requiere de su compromiso en el seguimiento y control de la actividad clínica e investigativa.

2. Nuestro ordenamiento constitucional nos concibe como seres autónomos, independientemente de nuestra edad y de nuestras condiciones individuales (sociales, culturales, económicas, etc.) lo cual implica reconocernos como libres y dignos en nuestra esencia. Cada uno de nosotros tendrá seguramente posturas muy disímiles frente a los avances tecnológicos y a las posibilidades que las innovaciones científicas nos brindan. Pero es función del derecho garantizar las decisiones personales con prescindencia de las consideraciones que terceros podamos tener acerca de esas opciones, armonizando la posibilidad de ejercicio de cada proyecto de vida personal, en una interacción dinámica y respetuosa de los principios, valores y derechos constitucionales.

3. Se refleja la tensión entre las normas particulares y el art 59 CCC y la necesidad de proteger los derechos de los pacientes con la imposibilidad de poder transmitir ese consentimiento y la necesidad de tomar decisiones ágiles en el ámbito médico, es necesario a modo de superar estas diferencias, Para abordar la controversia y mejorar la

¹ Prof. Asistente, por concurso en la Cátedra de Derecho Privado I-Parte General-, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba- Coordinadora del Programa de Enseñanza para la Practica Jurídica, Facultad de Derecho- Universidad Nacional de Córdoba.

² Prof. Adjunto, por concurso en la Cátedra de Derecho Privado I-Parte General- Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba

³ Consentimiento Informado, desde ahora C.I

coherencia entre la Ley de Salud Mental (Ley 26.657), la Ley de Derechos del Paciente (Ley 26.529) y el artículo 59 del Código Civil y Comercial (CCC) en cuanto al orden de las personas habilitadas para prestar consentimiento informado, es necesario armonizar estas normativas y establecer un procedimiento razonablemente uniforme.

4. A continuación, se presenta una propuesta superadora que busca lograr esta armonización. Clarificar: a) los momentos o situaciones detalladas en donde se necesita la autorización judicial, en la ley de Derechos del Paciente, cuando es suficiente el consentimiento del representante legal o familiar, b) especificar en los ordenamientos en que situaciones de emergencia, la demora puede poner en riesgo la vida o salud del paciente, y el consentimiento del representante legal o familiar es suficiente, con la posterior notificación y ratificación judicial, c) Crear un orden de prelación unificado y que sea aplicable tanto a la Ley de Salud Mental como a la Ley de Derechos del Paciente y el artículo 59 del CCC, garantizando coherencia y claridad en todas las situaciones, d) Orden de Prolación Propuesto :i)Representante Legal y en su defecto el tutor o curador designado judicialmente, ii)Cónyuge o Pareja Conviviente: La persona con la que el paciente tenga una unión matrimonial o de convivencia reconocida, iii)Hijos Adultos: Los hijos mayores de edad del paciente, en orden de mayor a menor edad ,iv)Padres: En caso de no haber hijos adultos, los padres del paciente, iv)Hermanos Adultos: Los hermanos mayores de edad del paciente, en orden de mayor a menor edad, v) Otros Parientes: Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en orden de cercanía; d) En caso de conflicto o desacuerdo entre los posibles representantes, o si no existe un representante legal designado, se debe solicitar la intervención judicial para designar a la persona más adecuada para prestar el consentimiento informado, priorizando siempre el interés superior del paciente. En todos los casos se deben contemplar las condiciones personales y morales de las personas y la calidad del vínculo con el paciente.

5. En caso de divergencia en las soluciones debe predominar el art. 59 del C.C.C. que es una norma general y posterior. Debe sumarse a ello que las leyes específicas fueron dictadas bajo un régimen diferente respecto de la capacidad, que era rígido. Esta situación fue mutada por el Código Civil y Comercial, que establece un régimen flexible en cuanto a la capacidad, donde el Juez evalúa las limitaciones, y las puede revisar en forma continua.

6. **Propuesta de cambio legislativo:** Las leyes de Salud Mental, de Derechos del Paciente, debieran ser reformadas, adecuándolas al Código Civil y Comercial, sin perjuicio de que podrían pensarse también algunas reformas al Código, teniendo en cuenta la experiencia en su aplicación, sobre todo en pacientes con adicciones, o problemas mentales

graves, que no consienten tratamientos, y generan graves problemas a su familia y la sociedad.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de la presente ponencia es tratar el consentimiento informado que deben realizar y obtener los médicos a fin de poner en conocimiento a sus pacientes sobre los beneficios y riesgos de una práctica médica atendiendo a la salud física y mental de la persona. Este consentimiento presenta un dilema cuando se trata de pacientes que por razones físicas o mentales no pueden por sí mismos firmar dicho consentimiento en forma autónoma.

Teniendo en cuenta, la importancia de dicha controversia es preciso liminarmente, atender a la conceptualización del tema en función de la Constitución y la legislación argentina.

El C.I de un paciente es la aceptación autónoma de una intervención médica o la elección entre cursos alternativos posibles. En otras palabras, es la aceptación de una intervención médica en forma libre, voluntaria y consciente, después de que el médico le ha informado de la naturaleza de la intervención con sus riesgos, alternativas y beneficios respectivos.⁴

La pauta deontológico-jurídica del Consentimiento Informado⁵ constituye uno de los principales capítulos de la ética contemporánea, fundado en el principio de autonomía y en el resguardo del derecho de las personas de someterse a un tratamiento o cualquier otra forma de intervención sólo bajo su aceptación libre y voluntaria. Sus orígenes⁶ se remontan al final de la segunda guerra mundial, con el enjuiciamiento a los médicos nazis por cargos referidos a la experimentación con los detenidos en los campos de concentración. Los juicios dieron por resultado la reflexión y el consecuente establecimiento en 1947 de un código de normas éticas,

⁴ Carrasco, Vera O. "El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica." *Revista Médica La Paz* 22, no. 1 (2016): 59-68.

⁵ F. G. Pla y G. Z. Salomone, "El consentimiento informado en el campo de la salud mental: De la pauta deontológico-jurídica a la dimensión clínica," *Anuario de investigaciones* 23 (2016): 219-225.

⁶ F. G. Pla y G. Z. Salomone, "El consentimiento informado en el campo de la salud mental: De la pauta deontológico-jurídica a la dimensión clínica," *Anuario de investigaciones* 23 (2016): 219-225.

conocido como el Código de Nüremberg –en razón de la ciudad alemana donde se celebraron los juicios–, para la realización de investigaciones biomédicas con seres humanos. Entre estas primeras regulaciones destaca la cuestión del consentimiento voluntario: “el código pedía que la persona tuviera capacidad legal, así como información y comprensión sobre la naturaleza, duración, propósitos, método, riesgos e inconvenientes derivados de la participación en el experimento. También exigía que el sujeto estuviera situado en posición de poder decidir libremente sin ningún tipo de coerción, coacción, engaño o fraude sobre su voluntad”

Según el Manual de Ética de 1984 de la Asociación Médica Americana⁷ sostiene que consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción y el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente.

Es un acto por medio del cual el médico debe informar al paciente la variedad de métodos y diagnósticos terapéuticos, explicando, además, las ventajas y desventajas de estos, para que sea el paciente quien elija la alternativa que prefiera, según la información brindada por el facultativo. La explicación se efectúa a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su situación, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos o intervenciones recomendadas, para a continuación consentir o rechazar los mismos de acuerdo con su escala de valores.

Desde una perspectiva ética, clínica y jurídica, la figura del CI tiene por objetivos: reconocer y respetar el derecho de autonomía de los pacientes, lo que constituye no sólo una exigencia jurídica, sino por sobre todo, una exigencia ética; promover la participación del paciente en su proceso de atención en salud, lo que significa que comparte responsabilidades y asume riesgos, y optimizar la relación equipo médico-paciente: el paciente que posee una adecuada comunicación de la información, queda más satisfecho con la atención, sin tener en cuenta únicamente los resultados. En última instancia, el CI tiene como objetivo fortalecer la seguridad en la atención del paciente.

⁷ Carrasco, Vera O. "El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica." *Revista Médica La Paz* 22, no. 1 (2016): 59-68.

Las funciones del C.I son las siguientes: 1. Promover la autonomía de los individuos; 2. Fomentar la racionalidad en la toma de decisiones médicas; 3. Proteger a los enfermos y a los sujetos de experimentación; 4. Evitar el fraude y la coacción; 5. Alentar la auto evaluación y auto examen de los profesionales de la salud; 6. Disminuir recelos y aliviar temores; 7. Introducir en la medicina una mentalidad más probabilística y con mayor capacidad de hacer frente a la incertidumbre. En suma, defiende al paciente, al profesional y a la institución.

Fragmentando la etimología⁸ de la expresión CI, encontramos que su origen está en la lengua latina donde el consentimiento se expresa como *sentire cum*, esto es “sentir con otro” o “querer la misma cosa”. Es un acto lícito unilateral de la voluntad, por el cual cada individuo decide la mejor forma de cuidar su salud y su vida, conforme el propio proyecto vital. Por ello mismo, el consentimiento es esencialmente revocable.

El C.I es un derecho del paciente, pero no es un derecho ilimitado. Y no significa que los pacientes puedan imponer al médico cualquier tratamiento que deseen. La profesión médica y la sociedad en su conjunto pueden imponer restricciones a la capacidad de elección de los pacientes.

Los médicos no tienen obligación de realizar intervenciones dañinas para el enfermo o que sean médicamente inútiles; y tampoco tiene que informar acerca de las mismas. Las normas de buena práctica médica también imponen restricciones. La selección de las técnicas corresponde exclusivamente al médico. Y una vez que se realice una intervención, la *lex artis* establece cómo tiene que ser realizada. La sociedad puede establecer límites a la capacidad de elección de los pacientes por razones de justicia distributiva. Por ejemplo, puede restringir el uso de ciertas alternativas terapéuticas excesivamente costosas, siempre que existan otras menos onerosas, con igual eficacia.

En principio, el CI es necesario. La obligación de obtenerlo explícitamente es mayor o menor dependiendo de las circunstancias del caso. Por el contrario, existen ciertas situaciones en las que se puede prescindir del CI. Los casos en los que la obtención del CI no es necesaria, o no es recomendable, constituyen las excepciones siguientes: 1. Urgencia real y grave para el enfermo, que obliga a actuar sin tiempo para obtener un CI. El tiempo que demandaría suministrar la información y obtener el CI provocaría irremediablemente un daño grave a la integridad, salud o vida del paciente. El paciente necesita asistencia urgente por la gravedad del cuadro,

⁸ Ciruzzi, M. S. "El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26529 de derechos del paciente." En *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria*. Ministerio de Salud de la Nación, 2018.

permanece inconsciente y no hay familiares, ni allegados que puedan representarlo; 2. Grave riesgo para la comunidad y salud pública, donde se puede omitir el CI para la internación, cuarentena, hospitalización, la obligatoriedad para ciertas pruebas diagnósticas, vacunaciones y tratamientos forzosos. Existe entonces un interés prevalente al individual; 3. Pacientes incapaces para decidir, que no pueden otorgar un CI válido. Sin embargo, la capacidad admite grados. Un mismo paciente puede ser capaz para decidir ciertos temas y no serlo para otros. De modo que, cuanto más trascendente o delicada sea una decisión, mayor debe ser el nivel de capacidad exigible. Cuando el paciente no esté capacitado, corresponde a sus familiares, personas allegadas o responsable legal conceder el CI; 4. Privilegio terapéutico. Cuando a juicio del médico, la información que se otorgue para el consentimiento, puede resultar perjudicial para el curso de la enfermedad. Tradicionalmente, este privilegio abarcaba a la inmensa mayoría de los enfermos; pero en la actualidad, ha quedado muy restringido, y solo debe ser invocado en situaciones muy especiales, en las cuales el médico tiene la firme certeza de que su revelación le produciría un daño psicológico grave, aspecto que debe ser rigurosamente justificado; 5). Renuncia expresa del paciente. El paciente puede, renunciar a recibir en forma directa la información y dejar voluntariamente que otros decidan por él. En este caso debe existir algún familiar o sustituto legal dispuesto a asumir la responsabilidad de las decisiones. Aunque el paciente también podría designar para ello al propio médico. En la medida en que el paciente actúe en forma autónoma y competente, debe respetarse su derecho a la renuncia que es libremente revocable; 6). Posibilidad de corregir una alteración inesperada en el seno de otra intervención programada. Como, por ejemplo, un tumor o malformación que se encuentra en el curso de una laparotomía que había sido indicada por otras razones; 7) Casos de pacientes incompetentes, que no posean representantes que los subroguen y que exista amplio consenso sobre la necesidad médica de realizar el procedimiento, y al mismo tiempo, los riesgos sean manifiestamente menores a los beneficios esperados; en caso contrario deberá preverse la autorización judicial.

El asentimiento corresponde conceptualmente a la aceptación de la verdad de un enunciado o proposición⁹, o de la verdad que se considera que contiene una doctrina o creencia, o conformidad con lo que expresa una norma moral o un mandato jurídico. Es un proceso complementario, para que quién es representado jurídicamente, sienta que él también está social y médicamente participando en el mejoramiento de su salud.

⁹ Ludwig Schmidt, "Del asentimiento al consentimiento informado: Fundamentos ontológicos y axiológicos," *Argumentos de razón técnica* 19 (2016): 163-175.

El asentimiento y el consentimiento informado médico¹⁰ son dos procesos e instrumentos ético-jurídicos del acto-médico, que permiten establecer empatía, comunicación, información, responsabilidad y reciprocidad en el cuidado, consejo y seguridad en la relación médico-paciente, con la familia, la institución prestadora de servicios y los patrocinadores. Constituyen medios de información aptos y adecuados al paciente, sobre la naturaleza de la enfermedad y del procedimiento diagnóstico o terapéutico que se propone utilizar, alternativas, riesgos y beneficios que éste conlleva. El asentimiento y consentimiento forman parte del proceso de relación médico-paciente y constituyen, al final, un documento de acuerdo y contractual, en forma escrita, sobre las responsabilidades mutuas. Se han venido aplicando en la relación de niños y adolescentes, con enfermos crónicos y sus familiares-cuidadores u otros, con enfermedades neurológicas que pierdan momentáneamente su competencia mental.

En función de lo expuesto, surge la pregunta ¿qué sucede con la prestación del consentimiento en las personas imposibilitadas para darlo, quienes están preparados según lo establece la ley de Salud Mental, la ley del Paciente, el art. 59 C.C.C. La presente ponencia, pone en discusión esta problemática, poco clara en la normativa, que genera controversias y diferentes soluciones jurisprudenciales..

Las leyes de Salud mental y la ley de Derechos del Paciente¹¹, regulan el consentimiento informado, aunque de distintas perspectivas y con enfoques diferentes, la primera, en relación con la capacidad del paciente para tomar decisiones, contiene un enfoque amplio y la segunda, aborda la aptitud de consentir, desde el punto de vista de la necesidad de la persona.

El art 59 del CCC regula el consentimiento por representación¹², al igual que la ley 26.529 y el decreto 1089/2012, pero con divergencias sobre situaciones y momentos en que es necesaria la sustitución de la decisión del paciente.

La ley y el decreto 1089/2012 establecen que en los casos de los pacientes con incapacidad y aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de hacerlo por causa física o psíquica, tienen que ser

¹⁰ Ludwig Schmidt, "Del asentimiento al consentimiento informado: Fundamentos ontológicos y axiológicos," *Argumentos de razón técnica* 19 (2016): 163-175.

¹¹ Jorge Nicolás Lafferrière, "¿Quién decide?: Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina," 2017.

¹² Jorge Nicolás Lafferrière, "¿Quién decide?: Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina," 2017.

sustituídos. Estos casos son los siguientes: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad.

Por su parte, para el CCyC, la decisión puede ser solo por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad; con este criterio se respeta las prescripciones de las convenciones internacionales que obligan a los Estados a suprimir, o limitar al máximo posible, los sistemas de sustitución en la toma de decisión, promoviendo la autonomía, la comprensión y comunicación del paciente. La hipótesis del CCyC es que si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, tiene habilidades para tomar una decisión y puede comunicar su voluntad, el paciente es apto para consentir por sí mismo un tratamiento médico sin la intervención de alguien que lo represente, es decir sólo por excepción, y en beneficio del sujeto, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que guarda con aquel una relación familiar que lo habilita a prestar el consentimiento por el otro. Atento a su naturaleza, este consentimiento por representación sólo es aplicable a la atención médica y no a las investigaciones en seres humanos.

Estimo corresponde, teniendo en cuenta el plexo normativo vigente, que en caso de divergencia en las soluciones debe predominar el art. 59 del C.C.C. que es una norma general y posterior. Debe sumarse a ello que las leyes específicas fueron dictadas bajo un régimen diferente respecto de la capacidad, que era rígido. Esta situación fue mutada por el Código Civil y Comercial, que establece un régimen flexible en cuanto a la capacidad, donde el Juez evalúa las limitaciones, y las puede revisar en forma continua.

Las leyes de Salud Mental, de Derechos del Paciente, debieran ser reformadas, adecuándolas al Código Civil y Comercial, sin perjuicio de que podrían pensarse también algunas reformas al Código, teniendo en cuenta la experiencia en su aplicación, sobre todo en pacientes con adicciones, o problemas mentales graves, que no consienten tratamientos, y generan graves problemas a su familia y la sociedad.

2. MARCO NORMATIVO

Retornando a las normas que rigen la cuestión, la controversia entre esta ley 26.529¹³ (Ley de Derechos del Paciente) y el artículo 59 del CCC¹⁴, surge principalmente en relación con la regulación del consentimiento informado y la toma de decisiones por aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismas debido a su estado mental o jurídico; el área de conflicto, es que en la ley de derechos del paciente, regula estos en relación a los pacientes con los profesionales y las instituciones de salud, entre ello el consentimiento informado que debe ser otorgado de manera libre y voluntaria, luego de recibir información completa y comprensible de su tratamiento y que si no está en condiciones de prestarlo, el mismo, será otorgado por un representante legal o familiares, es decir, aquí lo que interesa que haya un consentimiento firmado, para salvaguardar todo tipo de responsabilidad, se otorgue el consentimiento sin autorización judicial, ni especificando en que casos debería plantearse, es decir, es un proceso más ágil, al permitir que los familiares o representantes legales otorguen el mismo; en cambio en el artículo 59 del CCC, lo que prima es el resguardo de la capacidad de la persona, su autonomía, para tomar sus decisiones y ejercer sus derechos, es decir se fomenta el respeto a la capacidad de las personas a tomar decisiones atinente a su propio cuerpo y en caso de necesidad y excepcionalmente la intervención judicial, casos como tratamientos médicos invasivos, que prioriza la protección de los derechos de las personas.

Es decir, en nuestro país, el marco normativo que regula el C.I. se encuentra conformado en principio, por la Ley 17.132 denominada Régimen legal del ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares de los mismos, sancionada en 1967, actualmente vigente y que establece la obligación por parte del médico, de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse, lo que implica consagrar la necesidad de solicitar el consentimiento informado del paciente en forma previa. No obstante, esta exigencia se establece en forma general, sin mencionar explícitamente el deber de información y sin regular los derechos y obligaciones que surgen de la relación médico- paciente.

Este vacío legislativo viene a ser cubierto por la Ley 26.529, De los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, sancionada en octubre de 2009, que regula los derechos de los

¹³ Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado No. 26.529. Boletín Oficial de la República Argentina. (2009).

¹⁴ Alterini, Jorge Horacio, director general, José W. Tobias, director del tomo, e Ignacio E. Alterini, coordinador. Código Civil y Comercial comentado, tratado exegético. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2015.

pacientes respecto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica. Asimismo, no podemos dejar de mencionar la Ley 26.742 sobre los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, sancionada en Mayo de 2012, que viene a modificar algunas disposiciones de la Ley 26.529, aplicables exclusivamente a la población de pacientes con una enfermedad irreversible o incurable, imponiendo respetar ante todo la autonomía de la voluntad del paciente, pero también estableciendo una protección al profesional médico, a través de una delimitación de su responsabilidad, ya que lo exime de la misma cuando obra de acuerdo a los preceptos de dicha Ley. Esta situación luego es receptada en el art. 59 del C.C.C. De la misma manera, otras leyes más específicas regulan también lo concerniente al consentimiento informado, como ser la Ley 26.657¹⁵ de Protección de la Salud Mental y la Resolución 1480/2011 de la Guía para Investigaciones con seres humanos; dicha ley establece una serie de derechos y principios fundamentales para el tratamiento de las personas con padecimientos mentales y como elemento clave es el consentimiento informado, que tienen derecho a recibir información clara y comprensible sobre su diagnóstico, pronóstico, tratamiento y relacionadas con su salud. Dicho consentimiento debe ser: a) completo, adecuado y comprensible para la persona; b) la persona debe tener capacidad de decisión sobre su salud, en caso de que no esté en condiciones de prestarlo, deben seguir con los procedimientos legales para la toma de decisiones sustitutivas y por último, voluntariedad, debe ser otorgado libremente, sin coacción.

La ley establece que el consentimiento debe constar por escrito en el expediente clínico de la persona, salvo en situaciones de emergencia donde se puede recoger verbalmente y documentar después.

Aunque existen situaciones específicas donde este puede ser soslayado inicialmente o no aplicarse de manera estricta, dentro de las que se pueden mencionar: a) En situaciones de emergencia donde la vida o la integridad física o psíquica de la persona esté en riesgo inminente, se pueden aplicar intervenciones terapéuticas sin el consentimiento informado. Sin embargo, posteriormente se debe informar a la persona sobre las acciones tomadas y procurar su participación en las decisiones futuras; b) Cuando la persona no tiene capacidad para comprender la información necesaria para tomar decisiones sobre su salud mental (por ejemplo, en casos de deterioro cognitivo severo o trastornos que afectan la capacidad de entendimiento), se pueden tomar decisiones con base en el mejor interés de la persona, siempre

¹⁵ Ley Nacional de Salud Mental No. 26.657. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 2010.

respetando sus derechos y procurando su participación en la medida de lo posible; c) En ciertos casos específicos, como cuando una persona representa un riesgo grave para sí misma o para terceros debido a su condición mental y no está en condiciones de dar un consentimiento informado válido, se pueden aplicar tratamientos involuntarios bajo estrictas condiciones establecidas por la ley. Esto incluye procedimientos como la internación psiquiátrica involuntaria o la administración de medicación sin consentimiento explícito.

Es importante destacar que, aunque existen estas excepciones, la ley busca siempre proteger los derechos fundamentales de las personas con problemas de salud mental, promoviendo el respeto a su autonomía y dignidad en la medida de lo posible. Las excepciones deben aplicarse con cautela y siempre respetando los principios éticos y legales que rigen la atención en salud mental.

En referencia al orden de prelación¹⁶ para prestar el consentimiento informado en la ley de salud mental y siguiendo las excepciones mencionadas, establece lo siguiente: a) En primer lugar, el consentimiento debe ser prestado por el representante legal de la persona, o un tutor o curador designado judicialmente; b) Si no hay un representante legal disponible, el consentimiento puede ser prestado por un familiar directo, cónyuge o pareja conviviente, padres, hijos, hermanos, abuelos, otros parientes cercanos; c) En ausencia de familiares directos o si estos no pueden ser localizados, el consentimiento puede ser otorgado por otra persona responsable, que puede incluir amigos cercanos o personas de confianza que conocen bien a la persona afectada y pueden actuar en su mejor interés; d) Si ninguna de las opciones anteriores es viable y se necesita una intervención inmediata, el profesional de salud puede actuar en el mejor interés de la persona, debiendo registrar detalladamente las razones y circunstancias que justifican la intervención sin consentimiento previo e informar a la autoridad competente y a la familia de la persona tan pronto como sea posible.

Lo cierto es que, pese a la abundante doctrina y jurisprudencia existentes sobre el tema, los contornos del llamado consentimiento informado aún no han sido bien dibujados. Quizás como todos los principios y valores bioéticos, el consentimiento informado, no es un fundamento absoluto y como tal, y dentro de los fundamentos jurídico-filosófico de cada instituto, que sobrepasan al ámbito de este trabajo, no podemos dejar de reconocer el gran avance en materia de los derechos humanos del paciente.

¹⁶ Jorge Nicolás Lafferrière, "¿Quién decide?: Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina," 2017

Para cierta jurisprudencia la omisión de información contra el derecho de autodeterminación del paciente; supone una verdadera lesión de su autonomía personal. Garantía que protege nuestra carta magna en los bienes como la libertad o la dignidad de la persona que encuentra fundamento de tal tesitura. Esta tesis tiene el inconveniente que si se analiza el nexo causal del pretendido daño moral puede resultar que ningún daño se haya causado por la falta de información, por derivar en beneficios en la salud del paciente.

Una cuestión diferente es que el nexo causal no deba ser tenido en cuenta como requisito autónomo en este campo de la responsabilidad patrimonial o que no deba ser aplicado con excesiva rigurosidad. Por otra parte, el daño moral indemnizable en tal caso sería autónomo e independiente de las específicas lesiones producidas al paciente: se trataría de indemnizar el sólo hecho de no haber sido informado. En semejante hipótesis, el quantum indemnizatorio quedaría al margen de la existencia de una efectiva lesión corporal.

Sin pretender detenernos en el supuesto específico de los pacientes terminales o con una enfermedad irreversible, ya que abarcan solo una parte de la problemática general referida al Consentimiento Informado, debemos mencionar la incidencia de la Ley 26.742 y art. 59 del C.C.C. en la responsabilidad médica.

Dicha normativa, consagra el derecho de todo paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal; a manifestar su voluntad en el sentido de rechazar procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, como así también de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación, cuando persigan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal o irreversible y prolonguen la agonía. Estos derechos, asimismo, deben estar incluidos en la información que el médico provee en forma previa al paciente como lo establece el nuevo art 59.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Por Ignacio Chasco Olazábal¹

I. CONCLUSIONES

1. El fundamento último de la autonomía de la voluntad en el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud reposa en la dignidad del ser humano.
2. Es necesario mejorar la coherencia entre las disposiciones de los arts. 26, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 Cod. Civ. Com. sobre la base de reglas y excepciones. Eliminando la repetición de fórmulas o principios que gobiernan la materia dado que importa una defectuosa técnica legislativa. El Código Civ. y Com. actual funciona como una interacción de sistemas y se aparta de la anterior versión sumida en la casuística.
3. Es necesario establecer sanciones específicas en caso de incumpliendo con lo normado amén del sistema de responsabilidad general.
4. Es necesario incorporar la previsión del consentimiento informado por medios digitales.

II. FUNDAMENTOS

1. DE LEGE DATA: ENCUADRE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

a) Desarrollo excesivo de los elementos que comprenden el consentimiento informado

La norma del art. 59 Cod. Civ y Com, comienza con una “descripción” de cuando y como se producen los efectos jurídicos del consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos sobre el

¹ Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional de Tucumán y Universidad Nacional del Litoral). Especialista en Derecho Procesal (Universidad Buenos Aires). Especialización en Derecho Administrativo (Universidad Nacional de Tucumán - Cursado finalizado). Doctorando en Derecho (Universidad Nacional de Tucumán). Profesor Adjunto de Derecho Privado I: "Teoría de la Relación Jurídica y Derecho de la Persona" Cat. "A" (Universidad Nacional de Tucumán). La presente ponencia cuenta con el aval del miembro titular Dr. Mario Rodolfo Leal.

propio cuerpo, con un aparente afán de “definir” qué es esta particular forma de declaración de voluntad.

Si bien en el régimen de los derechos personalísimos, la regla para el ejercicio de éstos derechos se caracteriza por la necesidad de prestar consentimiento (en cualquiera o en todas sus manifestaciones legalmente admisible), en materia de derechos personalísimos sobre el propio cuerpo, el sistema legal exige además un plus, para que ese consentimiento opere eficazmente, y esto es que además deba ser informado.

Ello deviene de dos circunstancias: a) de la asimetría que existe en la relación médico paciente por un lado y b) la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra quien vivencia una situación vinculada a su propia corporalidad en tanto soporte de su propia existencia.

En relación al encuadre jurídico que se le da al consentimiento informado para actos médicos, se lo tipifica como una declaración de voluntad expresada por el paciente, pero no antes de recibir información adecuada. Esta adecuación se verifica en la forma que la información va dirigida al receptor y en la manera que se adecua al destinatario, teniendo en cuenta sus condiciones personales como su edad, condiciones socio culturales, madurez, etc.

Más allá que los distintos modos de comunicar la información del estado de salud conforme las condiciones del receptor de la información, esta debe contener en los términos del art, 59 Cod. Civ y Com, con claridad lo más completamente posible los datos sobre los procedimientos médicos propuestos, los beneficios esperados, los riesgos, las molestias y efectos adversos previsibles, como la especificación de procedimientos alternativos, la relación de los beneficios y perjuicios en relación a procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos propuestos, en caso de padecer una enfermedad incurable o situación equiparable el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos cuando estos sean desproporcionados en relación con la mejoría de la persona y el derecho a recibir cuidados paliativos. Solo de esta manera se podrá acceder a recibir una del paciente un consentimiento adecuado.

De esta manera pareciera agotar todos los elementos que debe contener dicha información suministrada por el profesional de la salud una vez comunicados de manera previa, para que pueda el paciente expresa su consentimiento.

Sin embargo, en este punto el articulado de Libro I, Título I, Capítulo III, viene a contrapelo de la técnica legislativa predominante en el Código de unificación.

En efecto, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene la pretensión de haber abandonado como técnica legislativa la casuística, y si bien el primer apartado pareciera describirnos en que consiste o debería consistir el consentimiento informado, en realidad no hace otra cosa sino exacerbar una serie de supuestos de hecho exponiendo una casuística.

Ante esta situación cabe la necesaria pregunta: si el paciente presta un consentimiento informado, sin alguno de esos elementos, ¿existe un consentimiento informado?

¿Se trataría de un supuesto de vicio en la voluntad por error inducido por el profesional médico?

¿Existe responsabilidad profesional ante la omisión de algunos de estos elementos que componen la información?

En definitiva ateniéndonos a la letra del articulado, pareciera que la norma declama un principio de derecho que, para poder prestar el consentimiento informado y disponer del propio cuerpo, el paciente debe recibir un conocimiento completo cual si fuera un profesional de la salud; Por lo que postulamos que de *Lege Data*, se debe completar e interpretar las directivas del art. 59 Cod. Civ. Y Com. Y sus concordantes con el Principio de Derecho que reconoce ante todo la dignidad de la persona humana, por lo que adecuará el mandato legal (en cuanto a la información a suministrar por parte del profesional tratante) a la realidad personal del propio paciente.

b) Reiteración de principios que gobiernan la materia de autonomía de la voluntad y de incapacidad

El segundo párrafo del art. 59 del Cod. Civ. y Com. contiene una regla que ha sido consagrada en la Convención de la Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad art. 25 inc. d). En este orden de ideas la norma refiere a que ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado garantizando para el ello el acceso a su sistema de apoyo.

Esta regla es equiparable a colocar en la norma que todo profesional que omita en su praxis la aplicación del consentimiento informado en relación a sus pacientes incurre en responsabilidad profesional.

c) Reiteración de principios

El párrafo tercero del art. 59 del Cod. Civ. y Com. vuelve a enunciar la regla del art. 55 Cod. Civ. Y Com. y que también reside en los arts. 56, 57 y 58 Cod. Civ. Y Com. es decir cualquier de los supuestos donde se vean afectados los derechos personalísimos es necesario contar con el consentimiento del titular del derecho y la integridad tanto física como mental no escapan esa regla.

Incluso en el supuesto de persistir con la incorporación de estos principios, sería más apropiado su ubicación al comienzo del articulado para evitar una reiteración de la regla, y solo en los casos que hubiere particularidades propias, merecerían darle un tratamiento distintivo.

d) Régimen de excepción

Por último en el cierre el artículo 59 Cod. Civ. y Com, expresa el régimen de excepción es decir en que supuesto el profesional de la salud se encuentra exceptuado a de obtener el consentimiento informado por parte del paciente.

Es decir en aquellos casos en los que por razones de fuerza mayor la persona no puede expresar dicho consentimiento por encontrarse absolutamente impedida de ello.

En ese supuesto la norma proporciona un orden de prelación y otorga a distintos sujetos, la facultad de subrogarse en lo que se refiere a esta potestad del paciente, ya sea a través de un representante, personal de apoyo, o conviviente.

Pero verdaderamente, el último apartado no es ni más ni menos que un supuesto de hecho del estado de necesidad en el cual el médico tratante tiene que elegir el mal menor entre dos males. El primero intervenir sin el consentimiento del paciente mediando una situación de emergencia (mal menor) y el otro prevenir o evitar un riesgo cierto e inminente para evitar mal grave al paciente (mal mayor) el cual entendemos sería irreparable.

2. DE LEGE FERENDA: PROPICIAR UNA MEJOR TÉCNICA LEGISLATIVA ACORDE CON LA TEORÍA GENERAL Y A LAS NUEVAS TÉCNOLOGÍAS

a) Encuadrar en base a los principios

Una adecuada técnica legislativa impone ir de los principios generales a los particulares. En este caso proponemos que el artículo debe tratar primeramente la regla general, esto es: que nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado.

Para luego proporcionar una definición del consentimiento informado, dejando la casuística para la doctrina.

b) Finalizar con el régimen de excepción

Por ultimo proponemos finalizar el artículo 59 del Cod. Civ. y Com. con un régimen de excepción genérico, pudiendo la norma disponer que: **“frente a supuestos de “estados de necesidad” por parte del médico tratante podrá omitirse contar con el consentimiento informado”**.

c) Incorporar formas de expresar el consentimiento informado y formas de revocarlo contemplando las nuevas tecnologías

Teniendo en cuenta los avances tecnológicos en materia de instrumentos y documentos electrónicos como de las firmas digitales y electrónicas, como la admisión desde el punto de vista del derecho procesal de diversos medios y soportes electrónicos, como videos, grabaciones, etc. Aún de los modernos códigos de procedimientos civiles y penales que admiten la oralidad y su registro por medios virtuales, la legislación debería contener la posibilidad de permitir formalizar el consentimiento informado por estos medios, que a más de las simples firmas ológrafos en formularios pre impresos, serian un mejor y más adecuado registro de la conversación o interacción del médico tratante con el paciente, que con mayor valor probatorio pueda dar mayor certeza de la correcta y completa información adecuada al paciente receptor según sus circunstancias de lugar tiempo y persona.

**CONSENTIMIENTO INFORMADO EN PERSONAS CON
DISCAPACIDAD FÍSICA O PSÍQUICA O RESTRINGIDAS EN SU
CAPACIDAD DE EJERCICIO. LA APTITUD Y LA IMPOSIBILIDAD DE
ASENTIR CON LA PROPUESTA DE TRATAMIENTO O PRÁCTICA
MÉDICA**

Por Silvana María Chiapero¹, Ana Paula Fernández² y Wendi
Romina Oroná³

I. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial de la Nación escogió la terminología “consentimiento informado”, de uso generalizado en la normativa nacional e internacional en la materia. Sin embargo, propiciamos más correcto aludir a la voluntad jurídica o “asentimiento del paciente”.

1. El fundamento de la disponibilidad del propio cuerpo se cierce en el derecho a la libertad o autodeterminación humana consciente, actuando el paciente como árbitro único e irremplazable de darse a sí mismo normas y asumir la propia vida en función de dicha posición.

2. El Código Civil y Comercial no derogó estatutos cerrados y especiales concernientes a la salud del paciente, por lo que, de existir discordancia normativa, propiciamos su integración y armonización. En

¹ Abogada (UNC). Especialista en Derecho Registral (Universidad Notarial de La Plata). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular de “Derecho Privado I” (UNC). Vocal de Cámara Civil y Comercial (Sociedades y Concursos) en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba. Miembro del Consejo Directivo del Centro de Perfeccionamiento del Poder Judicial “Ricardo C. Núñez”. Miembro del Instituto de Derecho Civil e Instituto de Derecho de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Directora de la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal de la Facultad de Ciencias Económicas (UNC). Profesora permanente en carreras de post –grado (Derecho procesal concursal y Maestría en Derecho Civil Patrimonial) en: UNC, Universidad de Villa María y Universidad Empresarial Siglo XXI. Profesora invitada en maestrías y carreras de especialidad en diversas Universidades

² Abogada (UNC). Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC). Profesora Ayudante “A” de Derecho Privado I (Facultad de Derecho. UNC.)

³ Abogada (UNC). Funcionaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Profesora Ayudante “A” de Derecho Privado I (Facultad de Derecho. UNC.)

tal caso, deberá aplicarse la regla que ofrezca mayores garantías de efectividad en el ejercicio de los derechos del paciente en condición de discapacidad.

3. El asentimiento por representación procede no solo ante la absoluta imposibilidad del paciente de expresar su voluntad en una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de una mal grave para su vida o salud (art. 59 CCCN), sino también, cuando en ausencia de situación de emergencia, postergar la decisión reduzca las chances de éxito del tratamiento o intervención propuestos.

4. El art. 59 del CCCN no menciona expresamente un orden de prelación respecto de quiénes pueden representar al paciente, ni plantea un orden de exclusión, lo que estimamos plausible en virtud de la inconveniencia práctica que supondría un esquema rígido.

5. La inexistencia de directivas anticipadas obliga a que el tercero que deba asentir por otro reconstruya la voluntad hipotética del paciente. En última instancia, y en ausencia de voluntad expresa o hipotética, resultará ineludible acudir a los criterios objetivos médica y socialmente consensuados para resolver la situación.

II. FUNDAMENTOS

“Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.

Carlos Santiago Nino

1. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA. TRATAMIENTOS O EXÁMENES MÉDICOS Y EL LLAMADO “CONSENTIMIENTO INFORMADO”.

El Código Civil y Comercial de la Nación escogió la terminología “consentimiento informado” que se enuncia en el título del art. 59, de uso generalizado, e incluso empleada por el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las

aplicaciones de la biotecnología y la medicina⁴ y los proyectos argentinos anteriores a su promulgación⁵.

Por nuestra parte, entendemos que cabe coincidir con autorizada doctrina autoral que destaca como más correcto aludir a la voluntad jurídica o “asentimiento del paciente”⁶.

Esta precisión terminológica se justifica desde que no se trata de una voluntad convergente entre el paciente y el profesional, “sino de una manifestación de voluntad unilateral del primero, que acepta o rechaza las alternativas propuestas por el segundo”⁷.

Esta manifestación de voluntad unilateral del paciente no se concibe como un acto sino como un proceso de interacción entre el profesional y el paciente que concluye con el asentimiento o conformidad con la alternativa terapéutica propuesta, luego de haber transitado por la información clara y precisa, en términos comprensibles respecto de los riesgos y posibles beneficios⁸.

El asentimiento al que nos referimos no debe confundirse con el consentimiento en el contrato médico -del que deriva la obligación del profesional de realizar el tratamiento y del paciente de pagar los honorarios-, porque si bien en muchos casos ambas manifestaciones coincidirán, en algunos otros pueden estar escindidas (vbg. asentimiento para el reconocimiento médico previo al ingreso laboral).

⁴ Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido en el ámbito internacional como Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias. Hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁵ Proyecto de 1998, art. 112, Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, art. 120.

⁶ Cfr. TOBÍAS, José W. Tratado de Derecho Civil, Parte General, La Ley, Bs. As., Tomo II, pág. 157.

⁷ BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. 3° Edición Hammurabi, Buenos Aires, p. 159 nota 2; MALICKI, Anahí, en Bueres, Alberto J (Dir.) Código Civil, t 1 pág. 152. HIGHTON, Elena- WIERZBA, Sandra, La relación médico paciente: el consentimiento informado, 2° edición Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 69 y ss, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad civil del médico, Astrea Buenos Aires, ps. 167 y ss, citado por Tobías José W. Tratado de Derecho Civil, Parte General, La Ley, Bs. As., Tomo II, pág. 156.

⁸ FALIERO, Johana C. “Aristas políticas de la autonomía de la voluntad del paciente” en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Córdoba, M; Medina G. y Solari, N. Ed. La Ley, Año IX, N° 4, mayo 2017, p. 222.

Hoy ya no caben dudas en torno a que como regla general cualquier tratamiento, intervención o práctica médica debe estar precedida de la obtención de la voluntad aquiescente del paciente.

Como sea, el paciente es el único legitimado para decidir autónomamente acerca de los riesgos a los que debe exponerse, los sufrimientos que conlleva la intervención o práctica, la elección entre una supervivencia limitada o el sometimiento a una intervención que le ofrece chance de mejoramiento o solo la posibilidad de una prolongación transitoria de una vida precaria y dolorosa. Es la dignidad de riesgo que compete, como regla, en exclusividad al paciente.

El consentimiento informado configura una declaración de voluntad efectuada por una persona que luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a él. Es el resultado de la introducción de la idea de autonomía psicológica y moral de las personas en el modelo clásico de relación médico-paciente, basado hasta entonces, exclusivamente, en la idea de beneficencia.

La ley 26.529 de Derechos de los Pacientes lo define en su artículo 5. Esta ley implicó la adopción de un modelo relacional entre el paciente y el profesional de salud donde “la participación del paciente deviene imprescindible”⁹, lejos ya de un modelo paternalista en el que el médico tomaba las decisiones sustituyendo la voluntad del paciente.

El lugar que ocupa el paciente en el espacio sanitario no es ya pasivo ni contemplativo, sino que es activo, un par insustituible que colabora con el médico en esta *relación médico - paciente*. Por ello, la tradicional concepción de tipo verticalista ha virado hacia la horizontalidad¹⁰.

Respecto a su contenido, la información se debe adaptar a las posibilidades de comprensión del paciente, quien regularmente es un

⁹ GALATI, Elvio. “Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina de derechos del paciente.” Revista de Humanidades Médicas y Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología, Volumen 2, N° 3, abril 2011.

¹⁰ FALIERO, Johana C. “Aristas políticas de la autonomía de la voluntad del paciente” en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Córdoba, M; Medina G. y Solari, N. Ed. La Ley, Año IX, N° 4, mayo 2017, p. 225

profano y reviste una relevancia autónoma respecto a la prestación a la que se obliga el profesional.

2. EL ASENTIMIENTO INFORMADO COMO DERIVADO DE LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN

En la era actual, se plantean controversias que el derecho no puede resolver aplicando solamente los principios generales del derecho, sino que requiere acudir a principios axiológicos acordes a la nueva problemática.

La bioética viene a coadyuvar para la mejor comprensión de estos conflictos, ya que se trata de una ciencia multidisciplinaria que se integra con el derecho. No se trata de que la ciencia jurídica intente transformarse en bioética, sino que ambas ciencias dialoguen entre sí en pos de lograr un justo balanceo.

Los límites entre ambas son y siguen siendo uno de los problemas más difíciles y complejos de la filosofía pues la frontera entre la ley y la moral es un escollo en el cual han naufragado numerosos esfuerzos doctrinales y legales.

Habida cuenta que las novedades tecno-científicas de las ciencias biológicas y del cuidado de la salud, van modificando nuestro modo de nacer, de vivir y de morir, la bioética comienza a tallar su idea de humanización, frente a un momento de ruptura de modelos tradicionales y de reelaboración de nuevos que permitan incorporar tantas transformaciones producidas en todos los niveles.

Uno de los principios normativos que constituye el eje del modelo clásico de la bioética es la autonomía (del griego *autos*= uno mismo y *nomos*= regla, lit. gobierno propio o autodeterminación). Se entiende por tal, la condición de agente moral (racional y libre) que genera el principio de respeto por la autonomía de las personas. Implica un derecho a la no-interferencia y una obligación de no coartar acciones autónomas.

Este principio de autonomía reconoce dos componentes: 1.- La racionalidad o entendimiento (capacidad de evaluar claramente las situaciones y escoger los medios adecuados para adaptarse a ellas); 2.- La libertad o no control (derecho o facultad de hacer lo que se decide, actuando sin coerción o restricción alguna).

La autonomía se aplica entonces a la decisión de toda persona cuando aquella deriva de sus propios valores o creencias, se basa en conocimientos

adecuados y no está sujeta a coerción externa o interna alguna. Es un principio de "respeto a las personas" que incorpora dos convicciones éticas: la primera sostiene que los individuos deberán ser tratados como entes autónomos; la segunda: que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección (Belmont Report).

Esta libertad de tomar decisiones llegó a tal protagonismo en el mundo contemporáneo, que se consagra en una especie de derecho a conducir la vida con un mínimo de injerencia.

Con la recepción legislativa, el desarrollo y la sistematización de los derechos personalísimos, el CCCN adjudica al principio de autodeterminación en el ámbito de los derechos personalísimos y del derecho de familia un lugar que tradicionalmente estaba excluido de la vigencia de este principio.

El Libro Primero destinado a la Parte General, en su Título Primero, Capítulo Tercero, incorpora los Derechos y actos personalísimos en diez artículos (Art. 51 a 61).

El novel ordenamiento, al hacer alusión a la "inviolabilidad de la persona humana", art. 51 CCCN, hace clara referencia a la protección de la integridad física y por tanto primordialmente el derecho a la vida y a la salud y el respeto a su dignidad, lo que se vincula estrechamente con el respeto a su autodeterminación.

La dignidad de toda la persona humana genera: a.- una garantía positiva, que consiste en coadyuvar –dejando hacer- en el plano individual de cada persona, su proyecto individual o forma de vida elegida libremente, autodeterminada, y sin injerencias ajenas. b.- una garantía negativa, que impone al Estado y a los particulares la obligación de abstenerse de atacarla, menoscabarla o perturbarla de cualquier manera.

El asentimiento, que como regla general requiere cualquier tratamiento, intervención o práctica médica, debe estar precedido de la obtención de la voluntad o conformidad del paciente, lo que encuentra fundamento en el derecho a la libertad concepto del cual emana la autodeterminación.

3. EFECTO NO DEROGATORIO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN RESPECTO DE ESTATUTOS ESPECIALES

a) Regulación normativa

Tanto la ley 26.529 (texto según ley 26.742), como la ley 26.657 establecen normas específicas acerca del consentimiento informado, y en especial respecto de personas con discapacidad, a las que el CCCN agrega reglas generales que se integran con las establecidas por la ley especial y se aplican no sólo a los actos médicos sino también a las investigaciones en salud (art. 59 CCCN).

Alguna doctrina ha señalado que pese a que la ley 26.994 no dispone en forma expresa la derogación de la ley 26.529 de los Derechos del Paciente, al verificarse una palmaria discordancia normativa, se debería interpretar que ha ocurrido la derogación tácita en función del principio "ley posterior deroga ley anterior"¹¹.

En cambio, otra doctrina –que compartimos- sostiene que el CCCN no derogó dichos estatutos cerrados y especiales.

Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos –el CCCN y la ley- hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego; si es la ley especial, será la ley especial; si es el CCCN, será el CCCN.¹²

En tales casos, estimamos que deberá aplicarse la regla que ofrezca mayores garantías de efectividad en el ejercicio de los derechos del paciente en condición de discapacidad.

A continuación, señalaremos algunos supuestos de discordancia normativa.

b) La imposibilidad de asentir de las personas con enfermedad psíquica, declarados o no incapaces o con capacidad restringida.

Como alertaron en su momento los integrantes de la Comisión redactora del Anteproyecto que se transformó en CCCN, la preexistencia de una ley especial que regula la temática (ley de salud mental n° 26657), conlleva que el Código unificado solo debía establecer reglas generales a

¹¹ FRISICALE, María L., GIROTTI BLANCO, Sofia. “Decisiones por sustitución en la relación médico paciente. Apostillas sobre la ley 26529, el decreto 1089/12 y el nuevo Civil y Comercial. Segunda parte.”, MJ-DOC-7009-AR-MJD7009, 18/12/2014.

¹² LAMM, Eleonora en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro I”, Infojus, Bs. As., 2015, p. 185.

observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de estas personas, dejando las demás cuestiones, esencialmente cambiantes, para su abordaje por la ley especial complementaria.

Es la Ley 26.657 y su reglamentación (Decreto 603/2013 B.O. 28/05/2013), la que provocó el verdadero giro del modelo tutelar de incapacidad que contenía el Código Civil y encontraba justificación en la finalidad de protección y contención de los enfermos mentales partiendo del prejuicio de su “peligrosidad”, hacia un modelo social que tiene como eje fundamental el respeto de la dignidad de la persona con padecimiento mental como valor y principio fundamental.

De allí que el art. 31 del CCCN introduce reglas que constituyen un claro ajuste o armonización del derecho interno, a través del cual el nuevo ordenamiento incorpora una mirada ampliada de los aspectos personales y patrimoniales de la persona con discapacidad, más acorde a los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (Art. 12 Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad).

Se construye un derecho que no niega al sujeto protegido, sino que lo integra, le reconoce subjetividad con las características especiales que lo diferencian, estructurando un sistema de protección que se da en la inclusión y la “igualdad asistida” y no en la marginación por la “diferencia estigmatizada”

La ley de salud mental 26.657 dispone en su art 7° inc. j el derecho del paciente con padecimiento mental “... a ser informado de manera adecuada y comprensible de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales.”

Es decir que la directiva resulta aplicable tanto a las personas incapaces o restringidas en su capacidad como a las que no lo han sido.

Por consiguiente, en el supuesto de los declarados incapaces (art. 32 último párrafo CCCN) el destinatario de la información y quien debe dar el asentimiento es su representante legal (único investido de representación).

Sin perjuicio de ello la decisión, del representante legal queda sujeta al contralor judicial como mecanismo de conjurar eventuales conductas abusivas.

Respecto a los restringidos en su capacidad de ejercicio debe estarse a los términos de la sentencia, y si no estuviera previsto el consentimiento para actos médicos entre los límites o restricciones impuestas la información debe darse al paciente, sin perjuicio de que sería recomendable hacerla extensiva al apoyo.

Sin embargo, si el profesional advirtiera que la persona no está en condiciones de comprender la información, o que el paciente está rechazando un tratamiento muy necesario para su salud, el profesional debería dar a conocer esa situación al apoyo y al juez interviniente.

Si estuviera entre las limitaciones, deberá darse la información a ambos y el asentimiento debe darlo el paciente con asistencia del apoyo o este último conforme lo dispusiera la sentencia.

Finalmente, en el supuesto de persona con padecimientos mentales que no ha sido declarada incapaz o restringida en su capacidad, el receptor de la información y habilitado para asentir es la persona, salvo que no esté en condiciones de comprenderla en cuyo caso deberá recurrirse a los familiares.

c) Marco normativo del “asentimiento” informado por representación

El CCCN y la ley 26.529 de Derechos del Paciente son las principales normas que regulan el Consentimiento Informado y, en particular, aquel emitido por representación. Alguna doctrina denomina a esta forma de consentimiento como "de sustitución", aunque el término no resulta el más adecuado pues, aun en aquellos casos en la persona no puede expresarse, no cabe prescindir de su voluntad¹³.

El art. 6° de ley 26.529 dispone: "En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el CI a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido (...). Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

¹³ TURCOT, André. “El consentimiento informado de las personas con discapacidad otorgado bajo la modalidad de representación”. Cita online: La Ley, AR/DOC/630/2023.

La norma no especifica la modalidad bajo la cual "podrá ser dado" el CI en tales supuestos. Como se sancionó antes de la vigencia del CCCN (época en que no regía la asistencia como regla), la normativa reglamentaria solo hace referencia a la función de representación.

En tal sentido, el art. 5° del decreto 1089/2012 reglamentario de la Ley de Derechos del Paciente, especifica en su parte pertinente que "[h]abrará consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo (...). También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar".

Por su parte, el CCCN en su art. 59 establece: "Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

De la transcripción precedente se vislumbra la coexistencia de regulaciones diferentes, lo que obliga a precisar cuál debe prevalecer.

d) Supuestos que habilitan la representación

Conforme la normativa especial vigente (ley 26.529), se admite el CI por representación en los siguientes supuestos: 1) pacientes con incapacidad (art. 32 últ. párr. CCCN), y 2) personas imposibilitadas de brindar el CI a causa de su estado físico o psíquico (art.6°).

Por su parte, el decreto reglamentario de la LDP ° 1089/2012, establece que la representación tendrá lugar en los casos de: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad (art. 5°, segundo y tercer párrafo del decreto).

En cambio, el art. 59 del CCCN señala que la decisión puede ser solo por representación si el paciente se encuentra "absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad" y no la ha expresado anticipadamente, clara referencia a las directivas anticipadas que prevé el art. 60 *ibídem*.

Como puede advertirse el criterio adoptado por el CCCN armoniza con las prescripciones de las convenciones internacionales que obligan a los Estados a suprimir, o limitar al máximo posible, los sistemas de sustitución en la toma de decisión, ampliando la participación del paciente y limitando la representación para casos verdaderamente excepcionales en concordancia con la CDPD (art. 12).

Además de la "absoluta imposibilidad...", el CCCN incorpora un requisito más para que consentimiento pueda ser brindado por un tercero: que "medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud". Agrega que si no hay personas que puedan dar el consentimiento, el médico puede prescindir de dicha garantía si considera que hay una "urgencia" y su intervención "tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

Es decir que en caso de "absoluta imposibilidad..." la emergencia justifica que el CI sea emitido por terceros y la urgencia habilita al médico a actuar sin CI del paciente ni de terceros.

La aplicación de la solución que brinda el CCCN podría conducir a que la atención médica a una persona absolutamente imposibilitada de interactuar quedara circunscripta solo a situaciones de emergencia (con el consentimiento de su representante) o de urgencia (prescindiendo del CI).

Es entendible que el legislador fonal pretendió evitar que, en casos de absoluta imposibilidad transitoria, se adopten decisiones cuando es posible aguardar la recuperación del paciente y su consulta directa¹⁴. Sin

¹⁴ Ahora bien, hay casos en que, ante la absoluta imposibilidad de prestar consentimiento informado y pese a la ausencia de situación de emergencia, es necesario el control judicial, con intervención del Ministerio Público. Tal fue el caso de una adulta mayor afectada por una severísima discapacidad mental y con absoluta dependencia para todas las actividades de la vida diaria, declarada incapaz (cfr. art. 32 ult. párr. del CCCN). Su hija (curadora definitiva), solicitó judicialmente que se autorizara su sujeción física para evitarle caídas. La Cámara entendió que la Sra. D. no precisaba tales sujeciones, pese a lo drástico de su cuadro, sino simplemente unas prestaciones concretas y adecuadas a su padecimiento (una silla de ruedas y almohadón especiales, que ordenaron se provea a la paciente), precisando que estos implementos -mecánico y material- resultan comprendidos en la noción de "apoyos". CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL,

embargo, en los casos en los que no se verifica ni urgencia ni emergencia, cuando la "absoluta imposibilidad" es permanente o no reversible a corto plazo, la norma se presenta como un obstáculo para la actuación profesional del médico.

En definitiva, cuando la imposibilidad tenga chance de prolongarse indefinidamente, pese a la ausencia de riesgo inminente, consideramos razonable no postergar la decisión si ello reduce las posibilidades de éxito del tratamiento o intervención.

Lo que no puede justificarse con invocación de esta norma (art. 59 último párrafo) es prescindir de la debida intervención judicial con participación del Ministerio Público (art. 103 CCCN), en los supuestos de situaciones totalmente ajenas a todo tipo de emergencia que coloque al paciente en riesgo cierto o inminente de un mal grave para su vida o su salud y en donde no puede entenderse comprendida la delegación legal.

El precepto también dispone la prescindencia del consentimiento, incluso de los parientes o allegados, para el caso de "actuación urgente" que tenga por objeto evitar un mal grave al paciente (art. 59 última oración CCCN). Tal el caso de la intervención quirúrgica donde el cirujano se encuentre con un hallazgo diverso o más grave del diagnosticado, que exija una conducta galénica diferente a la oportunamente informada y que motivó el asentimiento.

Aunque existe noticia de jurisprudencia extranjera¹⁵ que propicia que la conducta debida sería suspender la cirugía, debiendo reanudarse luego de obtenido el consentimiento del paciente o del familiar, entendemos por el contrario que dicha conducta podría generar mayor responsabilidad en el profesional, máxime cuando se tratare de situaciones de riesgo y en donde la futura intervención o reanudación de la suspendida no fuera indicada en el corto plazo.

e) Representantes: ¿Existe un orden legal de prelación?

SALA K, "D. L. B. s/ determinación de la capacidad", 06/10/2022, DFyP 2022 (diciembre), 41 - RDF 2023-II, 20, con nota de Lucas Bellotti; Cita Online: AR/JUR/140693/2022.

¹⁵ Los fallos de la jurisprudencia francesa citados por MAZEAUD, Henri – MAZEAUD, León – TUNC, André, Tratado Teórico Práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Trad. de Luis Alcalá – Zamora y Castillo, Egea, Bs. As., Tomo II, Vol. 1, p. 180. Cit. por TOBIÁS Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo II., Ed. La Ley, Bs. As., 2018, p. 174.

Con anterioridad a la sanción del CCCN se entendía que, cuando el paciente no estaba en condiciones de recibir la información ni expresar su voluntad respecto de la propuesta de tratamiento o práctica médica debido a su estado de salud u otras circunstancias, el asentimiento debía ser otorgado por parientes quienes eran también los destinatarios de la información.

Las divergencias de la doctrina se cernían sobre si debían ser los de grado más próximo por aplicación analógica de las reglas del discernimiento de la tutela, o por razones prácticas prescindir del orden de prelación y acudir a los parientes con deberes de asistencia y alimentos a quienes se les atribuía una representación legal tácita (art. 1870 inc. 4° CC).

En caso de ausencia de parientes se entendía que estaba justificada la intervención profesional si concurrían los presupuestos del estado de necesidad.

En la actualidad, el art. 4° del dec. reg. 1089/2012 dispone que, en los supuestos de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico el CI será conferido según el orden de prelación que establece art. 21 de la ley 24.193. Por su parte, el decreto incorpora —en el último lugar— a quien, sin ser el cónyuge del paciente, convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente.

El orden de prelación se constituye, para la ley especial, de la siguiente manera: a) el cónyuge no divorciado conviviente o la persona que sin ser su cónyuge convive con el paciente en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres [3] años, en forma continua e ininterrumpida; b) cualquiera de los hijos mayores de dieciocho [18] años; c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho [18] años; e) cualquiera de los nietos mayores de dieciocho [18] años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) el representante legal, tutor o curador; j) persona que sin ser el cónyuge del paciente, convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente aunque sin alcanzar los tres [3] años de convivencia, en forma continua e ininterrumpida .

En cambio, el art. 59 del CCyC, no remite al orden fijado por el art. 21 de la ley 24.193 y establece que pueden emitir el CI las siguientes personas: el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente.

La doctrina no es pacífica en torno a si el CCCN conserva un orden de prelación de los legitimados para prestar consentimiento informado.

Lafferriere, Floria y Saux consideran que la enumeración que efectúa el Cód. Civ. y Com. conserva el orden de prelación como sistema, es decir que instaura un orden secuencial¹⁶. Para Tobías y otros autores, en cambio, el texto del art. 59 no plantea un orden de prelación, ni prioriza al que en esos momentos se ocupa del paciente.¹⁷

Compartimos la segunda postura por entender, en concordancia con los autores que se interrogan si debe entenderse mejor capacitado un pariente consanguíneo hasta el cuarto grado (que no tiene contacto familiar habitual con el paciente) para decidir de acuerdo a como lo hubiese hecho el paciente o, por el contrario, estará en mejores condiciones para tomar una decisión de acuerdo a ese parámetro quien convive diariamente con el paciente.

Lo real es que el CCCN no hace mención expresa a un orden de prelación, ello sumado a la inconveniencia práctica que supondría un esquema rígido.

Sin embargo, los apoyos y curadores (designados específicamente para asistir o representar en materia de CI) deben ser considerados especialmente al momento de consentir actos médicos por representación, puesto que sus designaciones han sido producto de un proceso de selección especialmente previsto en beneficio de la persona.

La primera diferencia entre esta norma y la anterior, es que incorpora las figuras del apoyo y del curador.

El apoyo —que por definición debe promover la manifestación de voluntad actual de la persona (art. 43 del CCCN) adquiere, en el supuesto excepcional que prevé el art. 59 in fine, facultades de representación.

Ahora bien, la referencia a los apoyos exige alguna precisión, pues podría interpretarse la inclusión de manera diversa a saber:

¹⁶ LAFERRIÈRE, J. N., “¿Quién decide?: orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina”, *Salud, Bioética y Derecho* n° 1, 2017. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9001>. Fecha de consulta: 29/06/2024.

¹⁷ TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo II.*, Ed. La Ley, Bs. As., 2018, p. 173.

a. Que la norma haga referencia exclusivamente a los apoyos judiciales que, por sentencia dictada en los términos del art. 37 del CCCN, cuentan con autorización para brindar el consentimiento por representación.

b. Que se refiere a aquellos que han sido designados tanto para representar como para asistir a la persona en ocasión de brindar el consentimiento, en función asignada no en virtud de una decisión judicial, sino por imperio legal.

Entendemos que el art. 59 del CCCN no requiere necesariamente que el apoyo sea consecuencia de una decisión judicial sobre el estatus del sujeto, lo que autorizaría a concluir que puede tratarse tanto del apoyo judicial como del extrajudicial (cfr. art. 43 CCCN).

El art. 59 del CCCN, al referirse a representante legal, hace alusión a la figura de curador prevista en los términos del art. 32 in fine del mismo cuerpo normativo y, en segundo lugar, a los progenitores y los tutores.

El representante legal, que en la ley 24.193 ocupa el último lugar de la lista, en el CCCN encabeza la enumeración.

La designación de un curador se establece mediante una sentencia dictada en el marco de un proceso de determinación de capacidad (regulado por el art. 31 y ss.), aunque la normativa habilita también su designación anticipada por aplicación de los arts. 60 y 139 del CCCN.

En el caso de las designaciones efectuadas en los términos del art. 139, deberán ser aprobadas judicialmente. En cambio, la designación efectuada en el marco del art. 60 —que permite la designación de un curador para el exclusivo cometido de brindar CI—no exige dicho recaudo.

En caso de las designaciones en las sentencias que prevé el art. 37 del CCCN, podría decirse que el Código produce una suerte de duplicación. El curador se encuentra facultado a actuar por imperio de la sentencia que lo designó y, a su vez, por las facultades que le asigna el art. 59.

La exigencia relativa a que la "absoluta imposibilidad de expresar la voluntad" se encuentre presente al momento de la atención médica constriñe a los profesionales de la salud a analizar la situación actual del interesado y no al contenido de una sentencia que podría estar desactualizada, pues pese a la revisión trianual (art. 40 del CCCN) la salud del paciente pudo haberse modificado al tiempo del acto médico.

Por lo demás, la previsión que realiza el art. 59 se torna indispensable en los casos en que la designación del curador fuera efectuada en los términos del art. 60 del CCCN.

En ausencia de las personas legitimadas para prestar consentimiento por el incapaz, corresponde al Estado "proporcionar acceso a apoyo para las decisiones relativas a los tratamientos psiquiátricos y otros tratamientos médicos".¹⁸

En estos supuestos, se torna de suma relevancia la función que le corresponde al Ministerio Público de la Defensa que debe intervenir en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales cuando estén comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales (art. 103 in fine del CCCN).

f) Parámetros y pautas para tomar decisiones medicales que le pertenecen a un tercero

Una de las cuestiones sobre las que cabe profundizar es el criterio que debe guiar al tercero que decidirá sobre el derecho personalísimo del paciente que no puede hacerlo por sí mismo.

La ley 26.529 de Derechos del Paciente establece un criterio que se vincula con el principio de beneficencia, ya que preceptúa que se debe decidir "en beneficio del paciente".

Ahora bien, esa actuación puede ser analizada y evaluada conforme a las propias valoraciones subjetivas del tercero decisor, a lo que hipotéticamente el propio paciente habría decidido en caso de poder formular su decisión; o de acuerdo a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente.

La primera opción (decisión del tercero en base a su propio juicio de valor) debe ser descartada, porque claramente es un criterio que no respeta la autonomía de la voluntad del paciente que, pese a su imposibilidad transitoria o definitiva de emitirla, no puede ser ignorada.¹⁹

¹⁸ Observación n° 1 del Comité de DPCD, párr. 41.

¹⁹ TURCOT, Andrés, "El consentimiento informado de las personas con discapacidad otorgado bajo la modalidad de representación". Cita Online AR/DOC/630/2023.

El segundo criterio impone distinguir dos situaciones a saber: a) que el paciente haya expresado su voluntad mediante directivas anticipadas); b) que no las haya dictado.

En el caso que haya existido testimonio de voluntad anticipada en relación con una determinada clase de intervención, cabe respetarla.

En cambio, si el representante atestigua cuál era la voluntad real del paciente estamos frente a la voluntad hipotética, es decir que, ante la ausencia de una declaración previa de voluntad referida a la específica situación en la que debe prestarse el consentimiento, el tercero busca reconstruir cuál habría sido la voluntad del paciente con base en otros datos (como su religión, su filosofía vital, sus valores, su opinión respecto de supuestos similares, etc.)

Este es el criterio que propicia la CDPD al afirmar que en casos en que no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del 'interés superior' debe ser sustituida por la 'mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias'.

No desconocemos la dificultad para verificar si la supuesta voluntad del paciente que expresan sus representantes sea reflejo de sus propios juicios de valor. El criterio del juicio sustitutivo exige que el tercero sea capaz de excluir sus propias opiniones para colocarse en el lugar de la persona a la que sustituye y proponga obrar como lo habría hecho el paciente sustituido en su decisión.

Para escudriñar la voluntad hipotética del paciente, deberán evaluarse parámetros relativos a la mayor cercanía del tercero con el paciente, el número de fuentes probatorias y su fiabilidad como asimismo el número de oportunidades en que aquél hubiera manifestado su voluntad.

El criterio objetivo debe descartarse porque es claramente excluyente del principio bioético de autonomía, centrándose exclusivamente en el de beneficencia, al propiciar la mejor solución que el saber médico estima conveniente desoyendo la voluntad, perfil, proyecto de vida o preferencias del paciente.

Sin perjuicio de que este criterio sea aplicado, en supuestos de ausencia de manifestación de la voluntad específica del paciente e imposibilidad de reconstruir su voluntad hipotética, donde los criterios objetivos médica y socialmente consensuados son los únicos que pueden definir la situación.

El art. 59 in fine CCCN señala que "el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal..." lo que podría ser interpretado en el sentido que instaura el criterio sustitutivo que hemos desaconsejado.

En cambio, el dec. reg. 1089/2012 establece que las personas habilitadas para brindar el consentimiento informado deberán tener en cuenta las "circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal" (art. 5°), lo que permite interpretar que debe respetarse la voluntad hipotética del paciente.

En esa línea, la CDPD ha observado: "Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo."

Participamos de esta línea de pensamiento, la que encuentra aval en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el año 2015 se expidió acerca de una petición de las representantes de un paciente en coma que pretendían la obtención de una autorización judicial para el retiro del soporte vital del paciente que lo mantenía con vida en forma artificial.²⁰

Asimismo, puede mencionarse la sentencia de la C.I.D.H en el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile donde señaló que el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud. Las personas mayores ostentan la titularidad de este derecho, sin embargo, persiste el deber de informar a los parientes o en su caso, cuando proceda, a sus representantes, sobre los procedimientos y condición del paciente²¹.

4. CONCLUSIONES

La libre determinación del paciente es hoy universalmente reconocida como criterio esencial para la elección y ejecución del tratamiento sanitario.

Si bien esa voluntad libre se encuentra en primer plano, la realidad demuestra que existen situaciones particulares en las que resulta dificultoso confrontar la voluntad del paciente con otros principios de igual o similar rango, lo que acontece con el rechazo de tratamientos con alta aptitud para

²⁰ CSJN, "D., M. A. s/ Declaración de Incapacidad", 07/07/2015, 376/13, 49/D/SC1.

²¹ CIDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 08/03/2018.

salvar vidas o con requerimientos de tratamientos considerados inconvenientes por el profesional.

La circunstancia de que el paciente se halle privado de discernimiento no lo priva de su derecho a la autodeterminación porque se trata de garantizar un derecho fundamental de la persona, que, a la vez, pone a resguardo al profesional de eventuales acciones de responsabilidad frente a situaciones inciertas.

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LOS FINES DE LA
INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO Y SU INEFICACIA COMO
EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE QUE EL NIÑO NACIDO SEA
ADOPTADO**

Por Silvana M. Chiapero¹, Zulema Latorre Luco y María Fernanda Palma²

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado constituye una pieza clave de la actual relación entre el médico y el paciente.

2. Frente a un nacimiento con vida ocurrido en un contexto de interrupción legal del embarazo, el consentimiento informado brindado a los fines de la interrupción del embarazo carece de eficacia en orden a la expresión de la decisión de que el niño sea adoptado, en tanto está referido a una situación fáctica radicalmente distinta a aquella tenida en miras al prestarlo (niño/a nacido/a con vida).

3. A los fines de expresar la decisión libre e informada de que el niño se adoptado, en los términos del inc. b. del art. 607 del CCCN, se requiere de parte una específica manifestación de voluntad, posterior al nacimiento.

4. Los operadores jurídicos involucrados deberán adoptar los ajustes procesales pertinentes para un adecuado resguardo de todos los derechos vulnerados; esto es, los de la gestante y los de la persona nacida.

II. FUNDAMENTOS

1. LA RELACIÓN MEDICO-PACIENTE EN LA ACTUALIDAD

¹ Profesora Titular, Cátedra D de la asignatura Derecho Privado I, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Profesoras Ayudantes A por concurso en la asignatura Derecho Privado I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

No caben dudas que estamos ante un nuevo paradigma en la relación médico paciente, donde el criterio no es ya más el paternalismo médico, sino que los pacientes aparecen ahora y ante todo como sujetos plenos de derechos, autónomos y libres en el ejercicio de su voluntad, voluntad que el profesional se ve obligado a respetar.

En esta nueva cosmovisión, se entiende que tanto la medicina, como el derecho, resultan instrumentos que deben servir a su primer y principal protagonista y destinataria: la persona humana. Las actividades propias de la medicina recaen sobre lo más valeroso de la tierra, que es el ser humano. Así, desde la ética antropocentrista se busca revalorizar la relación interpersonal habida entre profesional y paciente por encima de la relación profesional y de mero uso del saber científico y objetivo que entre ellos puede darse³

Es en estos momentos cuando se empieza a hablar de derechos de los pacientes, que no son más que los derechos de los humanos en situación de enfermedad.

Los mismos han sido definidos por el Dr. Andruet (h) como aquellos derechos de la personalidad, que pertenecen a un plano especial, en razón de que son ejercidos por las personas en un momento peculiar de sus vidas, en el que necesitan de algún tipo de tratamiento médico y que deben ser respetados por quienes accionan sobre él⁴.

La aparición y la fuerza que va tomando este nuevo conjunto de derechos, da cuenta del vínculo íntimo entre el modelo de esta relación y los avatares que a nivel científico suceden en el mundo.

Las decisiones de los profesionales en materia de salud ya no son aceptadas de manera sumisa e incuestionada como unilaterales. Se entiende, desde este nuevo andamiaje, la relevancia de concebir a la persona humana como un ser libre, autónomo, consciente y sobre todo, digna, al que es imprescindible informar y escuchar antes de avanzar sobre su cuerpo. Implica un cambio trascendental en la toma de decisiones que conlleva el tratamiento médico, que se concibe como un proceso de diálogo, de

³ CROVI, Luis Daniel; El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-3 Derechos de los pacientes, Santa Fe, Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2011, p. 96.

⁴ ANDRUET, Armando S. (h); *Bioética, Derecho y Sociedad – Conflicto, ciencia y convivencia*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2004, pág. 125.

comunicación abierta y retroalimentación en una relación que busca respetar tanto la libertad como la dignidad de cada uno de los intervinientes.

Es que en el marco de una sociedad democrática y pluralista se entiende como primordial que todos los seres humanos sean respetados como tales, como personas autónomas que pueden tener distintas opiniones y creencias morales, religiosas y culturales, las cuales deben y merecen ser consideradas, estando también comprometidas a respetar las de los demás⁵.

En este modelo se considera emblemático el derecho del paciente de tomar las decisiones que tengan que ver con su propio cuerpo, por lo cual el derecho al acceso a la información sobre su estado de salud ocupa un lugar preferencial. Es así que se comienza a hablar del instituto del consentimiento informado, clave para la realización de tales derechos.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El instituto del consentimiento informado tomó identidad y forma al mismo tiempo en el que se reconoció que el paciente es, ante todo, un ser humano, que como tal no solo merece ser informado acerca de su estado de salud y de las intervenciones que se le practicarán, sino que constituye un derecho inalienable que esto así suceda.

Puede ser conceptualizado como el derecho fundamental de cada persona de aceptar o rechazar aquella intervención o tratamiento médico que le fuere propuesta por los profesionales que lo asistan. Presupone que se le haya brindado, de la forma más completa posible, información acerca de su estado de salud como así también que el paciente conserve lo que se ha dado llamar “competencia biomédica”⁶.

También se lo ha definido como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como

⁵ GHERSI, Carlos (Dir.); Los derechos personalísimos: Problemática moderna relación médico- paciente, Ed. Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1999, pág. 82.

⁶ HOOFT, Pedro Federico – HOOFT, Irene, *Directivas anticipadas o testamentos de salud: hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal* – en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2011, págs. 237/238.

médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención⁷.

Esta nueva concepción reconoce al paciente como persona capaz de tomar decisiones autorreferenciales que se condigan con su mundo de valores y su proyecto de vida, en uso pleno de sus capacidades intelectivas y racionales, que tengan que ver con el ejercicio de un rol más activo y reflexivo en el desenvolvimiento de su proceso curativo. Respetar la autonomía de la persona significa respetar las decisiones que ésta tome para sí misma y por sí misma. En este sentido, el instituto del que se habla se erige como aquel que hace efectivo el disfrute de los derechos fundamentales del ser humano.

El consentimiento informado realmente otorgado implica que con anterioridad se haya ejercido un real acceso a la información por parte del paciente sobre su diagnóstico y pronóstico. Alfredo Kraut, en este sentido, enseña que es necesario arribar a un “asentimiento dialogado⁸”.

Dado que lo que se pone en juego es el ejercicio de su autonomía de la voluntad, en su facultad de autodeterminarse, se trata de que la persona capaz y libre, pueda participar conscientemente en un diálogo abierto y de confianza con el profesional a su cargo, para que la relación pueda desenvolverse en un plano de verdadera horizontalidad. Dicho ámbito es el que propicia un clima adecuado para que el paciente escoja dentro de sus opciones la más respetuosa y acorde con su proyecto vital.

A nivel nacional, el Congreso sancionó la Ley 26.529/2009⁹, titulada “*Derechos del Paciente, historia clínica y consentimiento informado*” que establece reglas claras de conducta dirigidas a los “agentes de salud”¹⁰,

⁷ HIGHTON, Elena – WIERZBA, Sandra; Consentimiento informado, en *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 191.

⁸ Citado por IÑIGUEZ, Marcelo Daniel; Derecho de los pacientes, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derechos de los Pacientes*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 82.

⁹B.O. de fecha 20/11/2009.

¹⁰ Se prefiere hablar de “agentes de salud” pues la ley abarca no solo aquellos profesionales liberales, que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, quienes habían quedado excluidos de la ley de defensa al consumidor, sino que también incluye a los agentes del seguro de salud, es decir, las obras sociales y cualquier otro agente de salud de que se trate. Cfr. MAYO, Jorge A.; Derechos y Deberes del médico en la ley

iluminando en temas cuyo tratamiento hasta entonces sólo era de índole jurisprudencial. El año 2012, por decreto número 1089 se aprobó la reglamentación de este texto normativo, que había recibido ya una modificación en el transcurso de ese año, a través de la Ley 26.742.

El juego del asentimiento, previo otorgamiento de información clara y suficiente está contemplado por el artículo 6 de la ley, que prevé el deber del profesional de informar primero, luego requerir el asentimiento y recién después realizar la práctica médica. La observancia de este derecho resulta obligatoria tanto en los establecimientos públicos como privados de la República Argentina. La reglamentación de la ley dispone que la declaración de la voluntad a la que refiere el texto normativo debe prestarse luego de haber sido considerada por el profesional interviniente la competencia y comprensión de la información suministrada por éste¹¹.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) define el consentimiento informado en el art. 59, establece los diversos aspectos sobre los que debe versar la información previa, clara, precisa y adecuada que debe ser proporcionada al paciente y determina los supuestos en los que el consentimiento puede ser prestado por representación, así como el caso excepcional en el que el médico puede prescindir del mismo.

3. LA MIRADA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

En la resolución dictada en el caso “I.V. VS. Bolivia”¹², la CIDH consideró que el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su

^{26.529} en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de los pacientes*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 33 y ss.. La reglamentación nacional específica que debe considerarse dirigida a los “efectores de salud”, que es aquella persona física o jurídica que brinda prestaciones vinculadas a la salud con fines de promoción, prevención, atención y rehabilitación.

¹¹URBINA, Paola Alejandra; *La reglamentación de la ley 26.529: un paso fundamental en la redefinición de la relación médico- paciente*, MENDEZ COSTA, Maria J. y otros [Directores], en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, Ed. La Ley, Buenos Aires, Septiembre 2012, págs. 168 y ss..

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. Bolivia, Sentencia de fecha 30 de Noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En este marco, hizo referencia a la especial relación entre el médico y el paciente, la cual está caracterizada por la asimetría en el ejercicio del poder que el médico asume en razón de su conocimiento profesional especializado y del control de la información que conserva. Agregó que tal relación de poder se encuentra gobernada por ciertos principios de la ética médica, principalmente los principios de autonomía del paciente, beneficencia, no maleficencia y justicia. Es por ello que la Corte entendió que el principio de autonomía adquiere vital importancia en el ámbito de la salud, como una regla que instaura un balance adecuado entre la actuación médica benéfica y el poder decisorio que retiene el paciente como sujeto moral autónomo, a fin de no incurrir en acciones de corte paternalista en las que el paciente sea instrumentalizado para evitarle un daño en su salud.

El Tribunal señaló los elementos que lo conforman: a) debe ser previo: implica que siempre debe ser otorgado antes de cualquier acto médico; b) libertad de la manifestación del consentimiento: debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. Tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado. A juicio de la CIDH, un consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión, plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea; c) es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento; d) debe ser pleno e informado: debe derivar de un proceso de comunicación, mediante el cual personal calificado presente información clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y oficiosa, es decir, información que otorgue los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa. A su vez, la Corte consideró que, para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo a las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona.

4. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DE CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ACTOS MÉDICOS

Como se expuso, el consentimiento constituye una pieza clave de la relación entre el médico y el paciente. Sin embargo, en ocasiones aquél no tiene cabida en dicha relación¹³.

Los supuestos en los que la propia ley exceptúa al médico de requerir el consentimiento de su paciente, refieren a casos en los que media grave peligro para la salud pública -que debe estar declarado tal por la autoridad sanitaria competente, conforme la reglamentación nacional- o bien 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, en cuyo caso la decisión del profesional debe ser refrendada por el jefe del equipo médico tratante.

En esta línea, la CIDH en el precedente referido, expresó que existen excepciones donde es posible que el personal de salud actúe sin la exigencia del consentimiento, en casos en los que éste no pueda ser brindado por la persona y que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente¹⁴.

5. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

Tal como cualquier práctica de salud, la interrupción del embarazo requiere del consentimiento informado de la persona titular del derecho.

La ley 27.610 establece que, previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, la persona gestante debe expresar su

¹³ Casabona, Carlos Romeo, Consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos, en *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas N.º 5 - (2002) Edita: Fundación Víctor Grífols i Lucas c/. Jesús i Maria, 6 - 08022 Barcelona, pág. 102.

¹⁴ Sin embargo, la CIDH en el caso "I.V. vs. BOLIVIA resaltó que, en relación a la ligadura de las trompas de Falopio, esta intervención quirúrgica, cuyo propósito es prevenir un embarazo futuro, no puede ser caracterizada como un procedimiento de urgencia o emergencia de daño inminente, de modo tal que esta excepción no es aplicable.

consentimiento informado por escrito, de conformidad a lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del CCCN y que nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho (art. 7). El Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo (IVE/ILE)¹⁵ establece que en el documento la persona gestante debe manifestar, luego de recibir la información pertinente, haber decidido en forma autónoma, libre de influencias y presiones de cualquier tipo y conociendo cabalmente posibilidades y riesgos, interrumpir el embarazo que cursa

En relación a las personas menores de edad, prescribe que quienes cuenten con más de 16 años tienen plena capacidad para prestar su consentimiento; en tanto que los menores de esa edad deberán prestarlo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 del CCCN y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

Respecto de las personas con capacidad restringida por sentencia judicial, si la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyos previsto en el artículo 43 del CCCN. Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del CCCN.

La manifestación de voluntad así expresada tiene una finalidad específica: está dirigida a que se concrete una interrupción del embarazo, es decir a que el resultado de la práctica no sea un nacimiento con vida.

6. LOS SUPUESTOS EN QUE LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO SE VE FRUSTRADA EN RAZÓN DE QUE EL NIÑO NACE CON VIDA

¹⁵ Aprobado por Resolución 1063/2023 del Ministerio de Salud de la Nación.

En el ámbito de la primera circunscripción de la Provincia de Córdoba se advierte la judicialización de varios casos de nacimientos ocurridos en el marco de interrupciones del embarazo en los que Juzgados de Niñez intervinieron a los fines de llevar a cabo el control de legalidad de una medida excepcional de tercer nivel dispuesta por SeNaf (art. 56 ley 9944).¹⁶ En todos los casos, el procedimiento de interrupción del embarazo se llevó a cabo en gestaciones avanzadas (de 24 a 35 semanas) sin que resulten –en algunos de los casos- los motivos de tal circunstancia.

Es decir que, si bien los nacimientos ocurrieron en el contexto de un procedimiento que, originariamente, tuvo por finalidad una interrupción del embarazo, lo cierto es que ésta no se produjo.

Corresponde poner énfasis en que la finalidad de toda interrupción del embarazo es –justamente- que no se produzca un nacimiento con vida. Por lo tanto, ocurrido el nacimiento con vida, no puede hablarse de interrupción del embarazo. Con mayor razón, nunca podría hablarse de “nacimiento a causa de IVE/ILE”, pues una situación es –por naturaleza- excluyente de la otra.

Tal circunstancia determina que los principios y reglas que rigen la cuestión ya no están determinados por las prescripciones contenidas en la ley 27.610. En efecto, tuvo lugar el nacimiento de un niño con derechos que deben ser tutelados.

Si bien en la mayoría de los casos referidos las gestantes también lo eran, deben resguardarse los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Al respecto, destacados autores refieren que *“el único límite que impone la edad gestacional en casos de violación o peligro para la salud o la vida es la viabilidad fetal, momento en que ya no se realiza un aborto, sino una inducción al parto, que impone al personal de salud la realización de las maniobras necesarias para favorecer la supervivencia, de acuerdo*

¹⁶ “D, L. –Control de legalidad” (LEY 9944 - ART. 56) (Expte. 11542316); “Z., M. P. – Control de legalidad” (Ley 9944 – art. 56) – Expte. N° 11281874”; “N., O. – Control de legalidad” – Expte. n.º 11078279.

con los principios bioéticos de beneficencia y no maleficencia”¹⁷. Agregan los referidos autores que “el parto inducido (...) no es un aborto voluntario y no garantiza los derechos de las personas gestantes en los supuestos de no punibilidad previstos por el Código Penal” y que “...garantizar los derechos de las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo se vincula con técnicas o procedimientos cuyo resultado final es el nacimiento sin vida (...) aún en el tercer trimestre del embarazo”¹⁸.

En los antecedentes jurisprudenciales relevados, las Magistradas en general expresan su preocupación, con invocación de la perspectiva de género, en evitar la revictimización de la persona que dio a luz y, en función de tal finalidad, otorgaron eficacia jurídica al consentimiento prestado con el objeto de la interrupción del embarazo a los fines de expresar su voluntad de que el niño nacido sea declarado en situación de adoptabilidad. En función de ello, consideraron que no correspondía requerir la expresión de voluntad prevista por el inc. b del art. 607 del CCCN a los fines de la ulterior declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción.

7. EL CONSENTIMIENTO OTORGADO A LOS FINES DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO NO SUPLE LA EXPRESIÓN DE VOLUNTAD PREVISTA POR EL ART. 607 INC. B DEL CCCN

El art. 607 inc. b, CCCN prevé –como uno de los supuestos que dan lugar a la declaración de adoptabilidad- a la decisión libre e informada de los padres de que se su hijo sea adoptado. La norma impone que tal decisión debe ser expresada una vez transcurridos 45 días desde el nacimiento.

Tal decisión debe ser expresada en sede judicial, con asistencia jurídica y en caso de tener una limitación de capacidad o ser menor de edad, con la representación complementaria o principal -en su caso- del Ministerio Público y, en caso de corresponder, con la asistencia técnica de un abogado del niño.

En este punto, consideramos –sin soslayar la complejidad de la realidad fáctica y el difícil proceso que implica la interrupción de un

¹⁷ Marisa Herrera; Andrés Gil Domínguez y Cecilia Hopp, “Acceso a la Interrupción voluntaria del embarazo -Ley 27.610- Atención y cuidado integral de la Salud durante el embarazo y la primera infancia -Ley 27.611”, p.262.

¹⁸ Marisa Herrera; Andrés Gil Domínguez y Cecilia Hopp, “Acceso a la Interrupción voluntaria del embarazo -Ley 27.610- Atención y cuidado integral de la Salud durante el embarazo y la primera infancia -Ley 27.611”, ps. 281-282.

embarazo- que, conforme la legislación vigente, la decisión libre e informada de los progenitores de que el niño nacido sea adoptado que puede ser causa de la declaración de situación de adoptabilidad de un niño, debe ser prestada bajo determinadas condiciones que no pueden obviarse en tanto –además de las normas de orden público involucradas en la materia- deben resguardarse tanto los derechos de la madre como los del niño nacido a consecuencia de la práctica frustrada.

La CIDH con fecha 22/8/2023 se pronunció respecto de un caso con características similares a la situación analizada en la causa “*María y otros vs. Argentina*”¹⁹. El Tribunal consideró que en el caso las acciones, tanto del personal de maternidad como en el ámbito judicial, se encaminaron a un proceso de adoptabilidad, a pesar de que tal proceso no podía iniciarse sin el consentimiento expreso e informado de los progenitores posterior al nacimiento del niño. Puso de resalto que según el derecho interno argentino no es permitida la entrega en guarda de un niño o niña por nacer y que en el caso no se contaba con un consentimiento libre e informado de los progenitores del niño, posterior a su nacimiento, para proceder con su adopción.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció recientemente sobre la temática en autos “*Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P., M. B. S/ medidas precautorias*”²⁰, haciendo lugar al recurso extraordinario federal interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fé. En tal orden de ideas, consideró que “...*la corte local no pudo omitir considerar que en el caso se verificaba que el consentimiento exigido para la declaración de la situación de adoptabilidad del niño no era válido.*”

Ello es así en tanto la recurrente -entonces menor de edad- solamente habría prestado un consentimiento de la entrega del niño en guarda con fines de adopción durante el embarazo, lo que no estaba permitido por la ley entonces vigente (arts. 317 y 325 del Código Civil), ni lo está hoy por el actual art. 607, inc. b), del actual Código Civil y Comercial de la Nación. A ello se agrega el hecho de que el propio tribunal

¹⁹ Caso “*María y otros vs. Argentina*”, Sentencia de fecha 22 de agosto 2023 (Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁰CSJN, Sentencia de fecha 13/08/24.

provincial destacó que ese consentimiento habría sido provisorio, sin que se hubiere ratificado ante el juez en una audiencia convocada a tal efecto dentro de los plazos legales posteriores al nacimiento del niño, máxime cuando los acontecimientos ulteriores —reseñados en el pronunciamiento recurrido— demostraban que tal consentimiento, calificado por el a quo como “supuestamente espontáneo, libre y voluntario”, no fue mantenido más allá de esa etapa inicial”.

En definitiva, consideramos que -en los casos de nacimiento ocurrido en el contexto de una interrupción legal del embarazo— el consentimiento prestado a los fines de la práctica carece de eficacia en orden a expresar la decisión de que el niño sea adoptado. Sostenemos que debe cumplirse con los recaudos previstos en el art. 607 inc. b del CCCN y que, a los fines de no revictimizar a la persona gestante, los operadores jurídicos involucrados, deberán adoptar los ajustes procesales pertinentes para un adecuado resguardo de todos los derechos vulnerados; esto es, los de la gestante y los de la persona nacida.

ASENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por Silvina María Chiapero¹, María Cristina Plovanich², Ana Paula
Fernández³ y Wendi Romina Oroná⁴

I. CONCLUSIONES

1. El derecho del paciente pediátrico a la realización de su plan o proyecto de vida, como agente moral racional, autónomo y digno, deberá conciliarse y evaluarse necesariamente con su evolución madurativa, emocional y cognitiva.

2. En los supuestos del penúltimo y antepenúltimo párrafo del art. 26 del CCCN, además de la edad, se requiere “madurez”, la cual se presume, pero puede ser desvirtuada por prueba en contrario, en cuyo caso habrá ausencia de aptitud para asentir el acto o tratamiento médico.

3. La valoración de la madurez del NNA para tomar una decisión autónoma, según la complejidad de la actuación médica, torna indispensable la intervención de un comité de expertos (Comités de Bioética).

¹ Abogada (UNC). Especialista en D. Registral (U.Notarial de La Plata). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Prof. Titular de “Derecho Privado I” (UNC). Vocal de Cám. Civ.y Com. (Sociedades y Concursos) en el Poder Judicial de la Pcia. de Cba. Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Pcia de Cba. Miembro del Consejo Directivo del Centro de Perfeccionamiento del Poder Judicial “Ricardo C. Núñez”. Miembro del Inst. D. Civil e Inst. de D. de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Directora de la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal de la Facultad de Ciencias Económicas (UNC). Profesora permanente en carreras de post –grado (Derecho procesal concursal y Maestría en Derecho Civil Patrimonial) en: UNC, U. V.María y US21. Profesora invitada en maestrías y carreras de especialidad en diversas Universidades

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UNC. Prof. Consulta. Facultad de Derecho UNC. Investigadora Cat. II. Profesora en cursos de posgrado. Prof. adjunta en D. Privado I-Parte General y D. Privado VII-Daños. Profesora en la UBP. Evaluadora en US21.

³ Abogada (UNC). Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC). Prof. Ayudante “A” de D.Privado I (Facultad de Derecho. UNC.)

⁴. Abogada (UNC). Funcionaria del Poder Judicial de la Pcia. de Cba. Profesora Ayudante “A” de D.Privado I (Fac. de Derecho. UNC.)

4. Las leyes especiales anteriores al CCCN, que exigen la mayoría de edad para ciertos actos médicos vinculados al cuerpo, tales como: la ley de trasplante de órganos e identidad de género, y las directivas médicas anticipadas, prevalecen sobre la mayoría médica anticipada del último párrafo del art. 26 del CCCN.

5. La capacidad progresiva de NNA en el ejercicio del derecho a la salud, se complementa con las funciones de la responsabilidad parental, a través de mecanismos de protección, colaboración, asistencia y acompañamiento para autodeterminarse, pero progresivamente.

6. La novedad radical e irreversible de la medicina actual lo constituye la introducción del sujeto moral, del paciente como agente racional y libre, que debe saber y decidir en la relación terapéutica.

II. FUNDAMENTOS

1. PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

a) Marco normativo convencional-constitucional legal

Es indiscutible que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes -en adelante NNA- tiene en la República Argentina jerarquía constitucional. Nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño -en adelante CDN- elevada a jerarquía constitucional por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN).

El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional impone la adecuación de la legislación interna al derecho supranacional y constitucional. Esta manda se cumple con la sanción de la Ley de Protección Integral de Derechos de NNA n° 26061/2005.

El art. 12 de la CDN establece que los “Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño”.

La ley 26061 garantiza a los NNA el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos (arts.1 y 2), en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Los NNA tienen

derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 24).

En el art. 3 al aludir al interés superior del niño impone respetar, entre otras pautas, "d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales".

Esta ley incorpora a nuestro derecho el estándar del "grado de madurez suficiente" que se complementa con la "capacidad de discernimiento", abriendo interrogantes sin respuestas uniformes en la comunidad jurídica.

El propósito de estas normas es reafirmar la autonomía o capacidad progresiva de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, y el deber del Estado de garantizar esas prerrogativas.

b) Distinción de conceptos: Capacidad, autonomía progresiva y discernimiento

En doctrina se afirma que: "El discernimiento apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora. La capacidad o incapacidad de las personas hace a la aptitud para generar relaciones jurídicas, en tanto que el discernimiento hace a la voluntariedad de los actos de esa persona, la noción de discernimiento como "aptitud de entendimiento o comprensión" tiene en la actualidad una relación más estrecha con la capacidad⁵.

2. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SALUD DE NNA

a) Situación de NNA en el espacio sanitario

En la esfera de los derechos personalísimos puede comprenderse con más facilidad aquello que es parte de la historia de vida, de los afectos, o más aun el dolor y la angustia que provoca una cuestión vinculada a la salud.

En ese proceso, generalmente, habrá acompañamiento, pues afecta al individuo y a su círculo familiar y amical, el sufrimiento repercute en una maduración anticipada.

La democratización y el principio de igualdad en las relaciones familiares, la autonomía personal, la autodeterminación en función a la capacidad progresiva, hace posible el respeto de las opiniones y decisiones de esta franja etaria en el proceso deliberativo relativo a la salud, aunque no

⁵ RIVERA, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil. Parte General". Tomo I. 5ta. Edición. Abeledo Perrot, BsAs, Año 2010, p. 420.

podemos afirmar que lo sea de un modo uniforme y para todos los casos, puesto que no se puede dejar de considerar que se trata de una persona menor de edad, que aún no completó su evolución para alcanzar la plena capacidad.

El postulado de la autonomía progresiva, en materia de deliberación de decisiones médicas, implica reconocer, respetar y potenciar las aptitudes del NNA—en la medida que éstas existan—acompañándolo en su proceso de desarrollo y formación cognitiva y emocional concerniente a su salud o su vida.

Aquél no supone librarlo tempranamente a su suerte, ni privar a sus progenitores o tutores de sus deberes de colaborar en su desarrollo y toma de decisiones, de modo de condenarlo a una inmadurez crónica por haber provocado su “adultización precoz”.⁶

Los principios de autonomía progresiva aptitudinal y de protección (beneficencia) del NNA en el ámbito sanitario no son antagónicos, sino que conviven en armoniosa consonancia para acompañarlo en su desarrollo personal madurativo para la toma de decisiones médicas, compatibilizando, por un lado, los principios de dignidad personal, derecho a ser escuchado, autonomía, y por el otro, como herramienta de ajuste, equilibrando su debilidad jurídica por su especial condición de vulnerabilidad para fortalecer sus derechos.

b) Autonomía personal del paciente pediátrico y adolescente y paternalismo médico

El principio de autonomía personal frente al paternalismo médico, exige una valoración diversa cuando el sujeto de intervención es un NNA.

La doctrina señaló que surgen dos modos muy distintos de enfocar los problemas éticos de la práctica pediátrica, uno que denominaremos paternalista y otro autonomista, bien entendido que con este segundo término no quiere defenderse un autonomismo radical, cosa que siempre resulta injustificable en pediatría, sino evitar algunos excesos en que ha

⁶ La corteza prefrontal es importante en la toma de decisiones y para el control de los impulsos y su maduración va a la zaga del resto de las zonas corticales y que algunos estadios del desarrollo neural de la corteza no maduran hasta la edad adulta. OJEDA RIVERO, Rafael. “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, In Dret, Barcelona, Julio 2015, pág. 9.

caído el modo tradicional de enfocar los problemas éticos de la práctica pediátrica⁷.

Se trata de una cuestión compleja, donde se encuentran involucrados múltiples factores, psíquicos, madurativos, de desarrollo, relacionados con la personalidad del NNA; el contexto del niño, su familia, su entorno próximo, la educación recibida, el propio escenario médico y su situación personal sanitaria.

Cabe ilustrar lo dicho con el caso de un niño de 8 años perteneciente a la comunidad wichí, aquejado de una hemorragia intracerebral parieto-occipital izquierda, en el cual un tribunal salteño hizo lugar a lo solicitado por el Asesor de Incapaces, respetándose la voluntad del niño y de sus progenitores en cuanto al no sometimiento a la intervención quirúrgica propuesta por el equipo médico tratante. Como solución superadora, se dispuso que el niño en forma bimestral sea trasladado a la ciudad de Salta Capital, para el control de la evolución de la patología y que en ese control se renueve el consentimiento del niño y sus progenitores, con un diagnóstico actualizado y sabiendo que pueden cambiar de opinión en cualquier momento, y acceder a los tratamientos disponibles⁸.

Además, es importante señalar que la expansión de la autonomía no reniega de la responsabilidad y autoridad parental, esos deberes están impuestos, precisamente, en razón de la especial vulnerabilidad propia del menor de edad⁹.

No debe descartarse, sin embargo, que, aun así, subsiste más de una respuesta para el tema, los llamados “techos ideológicos múltiples”, esta dificultad es la consecuencia de una sociedad pluralista, compleja y no homogénea como la contemporánea que conduce, en ocasiones, a inevitables opciones ideológicas con respuestas diversas y hasta contrapuestas¹⁰.

⁷ GRACIA, Diego. *Bioética y Bioderecho. “Ética en los confines de la vida”*, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, p. 211/212.

⁸ V., Esteban y otros s. Medida autosatisfactiva de acceso a la información y al consentimiento informado. Juzg. Pers. y Fam. 2º Nom., Orán, Salta; 29/04/2021; Rubinzal Online; RC J 2369/21.

⁹ TOBIAS, José W. *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. La Ley*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2018. p. 467.

¹⁰ TOBIAS, José W. *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo II. La Ley*. C.A.B.A. 2018. p. 38.

3. PRESUPUESTOS INDISPENSABLES PARA UNA EFICAZ INTERVENCIÓN AUTÓNOMA DE NNA

a) *Competencia bioética y asentimiento informado*

El CCCN escogió la terminología “consentimiento informado” que se enuncia en el título del art. 59, de uso generalizado, e incluso empleada por el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biotecnología y la medicina¹¹ y los proyectos argentinos anteriores a su promulgación¹².

Por nuestra parte, entendemos que cabe coincidir con autorizada doctrina autoral que destaca como más correcto aludir a la voluntad jurídica o “asentimiento del paciente”¹³.

Esta precisión terminológica se justifica desde que no se trata de una voluntad convergente entre el paciente y el profesional, “sino de una manifestación de voluntad unilateral del primero, que acepta o rechaza las alternativas propuestas por el segundo.”¹⁴

Podemos conceptualizar al asentimiento informado como la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica o pronóstica, que incluye la competencia (capacidad de comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información (apropiada, adecuada a la capacidad de comprensión del paciente), todo lo cual le permite participar activamente de las decisiones que hacen a su propia salud¹⁵.

¹¹ Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido en el ámbito internacional como Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias. Hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

¹² Proyecto de 1998, art. 112, Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, art. 120.

¹³ Cfr. TOBÍAS, José W. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, La Ley. C.A.B.A. 2018. pág. 157.

¹⁴ BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. 3° Edición Hammurabi, Buenos Aires, p. 159 nota 2; MALICKI Anahí, en Bueres Alberto J (dir) Código Civil, t 1 pág. 152, Highton, Elena- WIERZBA, Sandra, La relación médico paciente: el consentimiento informado, 2° edición Ad Hoc, Buenos Aires pág. 69 y ss, Mosset de Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil del médico, Astrea Buenos Aires, ps 167 y ss, citado por Tobías José W. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, CABA, pág. 156.

¹⁵ HOOFT, Pedro F. y PICARDI, Geraldina, J. “La bioética como herramienta para el abordaje de conflictos en materia de derechos fundamentales de Niñas, Niños y Adolescentes”, en Fernández, Silvia E. (dir) Tratado de Derechos de Niños, Niñas y

En consecuencia, cuanto más serias puedan resultar las posibles consecuencias eventualmente perjudiciales para la salud del paciente, más rigurosa debe ser la evaluación de su capacidad de decisión¹⁶.

Así, la autonomía progresiva de NNA se condice con la noción bioética¹⁷ de competencia.

La competencia biótica está ligada a las nociones de discernimiento, madurez y desarrollo cognitivo y no al término jurídico de capacidad, por lo que no necesariamente coinciden.

Los requisitos establecidos para adquirir la plena capacidad no rigen de modo general para determinar la capacidad del NNA a la hora de tomar decisiones en el ámbito médico o sanitario.

Muchas veces la comprensión de los niños parece depender mucho más de su experiencia que de su edad o habilidad.

A mayor grado de madurez y entendimiento en el asunto concreto que le atañe al niño, mayor es la incidencia que tal opinión tendrá en la decisión final y viceversa.

El principio de autonomía progresiva obliga también a indagar desde donde se gesta y desarrolla la manifestación del NNA, su capacidad de comprensión y evolución psicofísica.

Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales, el nivel de apoyo familiar contribuyen al desarrollo de la aptitud del niño para formarse una opinión en decisiones médicas.

Por lo que la competencia es un concepto dinámico y relativo¹⁸, que deberá considerarse y valorarse en cada situación fáctica, y que se va formando y evolucionando con la adquisición paulatina de la madurez.

Adolescentes. Tomo 1. Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 337.

¹⁶ HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra. “La relación médico paciente: El consentimiento informado” Ed. Abaco, Buenos Aires, 1991 en en Fernández, Silvia E. (dir) Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo 1. Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 337.

¹⁷ “Es el estudio interdisciplinar (transdisciplinar) orientado a la toma de decisiones éticas de los problemas planteados a los diferentes sistemas éticos, por los progresos médicos y biológicos, en el ámbito microsocia y macrosocia y su repercusión en la sociedad y su sistema de valores, tanto en el presente como en el futuro”, Frances Abel Farre, Bioética: orígenes, presente y futuro, Instituto Borja de Bioética. Fundación Mapfre de Medicina, Madrid, 2001, p. 5/6.

¹⁸ SALLES, Arleen L. F., *Introducción. (Toma de decisiones terapéuticas)*, en Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F., *Bioética: investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Sudamericana, Buenos Aires, 1998, ps. 107 y ss.

Un NNA puede ser competente en sentido bioético y prestar su asentimiento informado, aun cuando no goce de plena capacidad desde la perspectiva jurídica clásica, pero sí podrá eventualmente ser competente para posicionarse en intérprete activo en todo proceso deliberativo sobre cuestiones relativas a su salud o su cuerpo, puesto que aquélla se determina a partir del desarrollo de una conciencia libre, reflexiva y comunicativa¹⁹.

El proceso deliberativo y decisonal en el espacio sanitario de pacientes pediátricos y adolescentes, deberá conciliarse y evaluarse necesariamente con su evolución madurativa emocional y cognitiva. Una perspectiva anidada sólo desde la autonomía o autodeterminación a ultranza terminaría afectando su “interés superior”.

b) La información sanitaria adecuada para NNA

La información sanitaria debe ser adecuada a las necesidades, requerimientos e individualidad de NNA, la que determinará si aquél posee aptitud para comprender esa información (edad, estado de ánimo, gravedad, tipo de enfermedad, tratamiento terapéutico).

Esta adecuación se proyecta en la esfera subjetiva, objetiva, cuantitativa, cualitativa y temporal.²⁰

El Comité de Bioética de Cataluña, precisó cuatro aspectos que deberán ponderarse para determinar si el niño es competente para tomar una decisión autónoma: 1. Capacidad de expresar una elección; 2. Capacidad para entender la información relevante en lo referente de la situación en que se encuentra antes de tomar una decisión; 3. Capacidad para evaluar el sentido de la información en lo referente a su situación, especialmente la enfermedad y las consecuencias que cada opción puede tener en su salud y calidad de vida; 4. Capacidad para razonar y desarrollar un proceso lógico

¹⁹ La determinación de la “madurez” para un acto requiere evaluar cuatro funciones cognitivas básicas: “comprender” la información que se le proporciona; “apreciar” con base en ella la situación en que se encuentra y las consecuencias resultantes de su elección; “elaborar” de modo racional los datos que se dispone y “comunicar” su elección. OJEDA RIVERO, Rafael. “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, In Dret, Barcelona, Julio 2015, p. 9.

²⁰ LAMM, Eleonora. Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad en Fernández, Silvia E. (dir) Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo 1. Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 257.

en el cual partiendo de la información recibida, considere la situación desde su realidad y fundamente su decisión, ponderando riesgos y beneficios²¹.

También el Comité señaló que la evaluación de la competencia debe referirse a una situación concreta, una práctica de riesgo, un tratamiento, una intervención quirúrgica y que cuando el niño no consiente de manera explícita una propuesta de intervención que el profesional le formula, no significa que no necesite ayuda y, por lo tanto, hay que valorar si existen alternativas factibles y razonables que se puedan ofrecer.

Por su parte, el Convenio de Oviedo²², el cual hace referencia al grado de participación que el menor de edad tiene respecto a éstas cuando impactan en su persona, pero sin atender a distinciones fundadas en la edad, sobre el mismo se ha señalado que “marca dos líneas de actuación perfectamente definidas: de una parte, con respecto a los que se encuentran en disposición de entender cualquier información referente a su salud y poder expresar su voluntad, la actuación que corresponde es respetar prioritariamente su deseos. De otra, el caso de que no puedan comprender la información que se les dé, ni manifestar su voluntad, lo prioritario es defender su salud e intereses y evitarle riesgos innecesarios”²³.

En nuestro país, la ley 27674 (B.O. 18/07/2022), que crea el Régimen de protección integral del niño, niña y adolescente con cáncer, en su art. 4, establece que los NNA que padecen cáncer y todo niño, niña y adolescente hospitalizado/a en general tienen, entre otros, los siguientes derechos: c) A recibir información sobre su enfermedad y su tratamiento, de una forma que pueda comprenderla con facilidad y pudiendo tomar decisiones, con la asistencia de sus progenitores cuando fuera necesario; d) Al consentimiento informado, conforme a lo establecido en el artículo 26 del CCCN; h) A rechazar medicamentos y tratamientos experimentales.

4. ALGUNAS CUESTIONES A PRECISAR EN TORNO A LA DISPOSICIÓN AUTÓNOMA DEL PROPIO CUERPO POR NNA

a) Autonomía progresiva y mayoría académica anticipada

²¹ Comité de Bioética de Catalunya.

²² Convenio de Oviedo, aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre y abierto a la firma en el año 1997.

²³ KRASNOW, Adriana. “Derecho a la identidad y a la identificación” en Fernández, Silvia E. (dir) Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo 1. Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 530.

Los arts. 26 y 59 del CCCN precisan los alcances de las decisiones que los NNA podrán tomar sobre su salud o cuidado de su cuerpo.

El art. 26 CCCN confiere a los NNA la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud en función de su desarrollo por edad.

Por un lado, la norma hace referencia a la aptitud físico psíquica de los jóvenes, como condición variable, a ser analizada caso a caso por el equipo médico, según circunstancias que permitan apreciar la madurez del paciente para tomar decisiones sobre el tratamiento involucrado.

De otro costado, dispone sobre edades cronológicas de referencia, con base en los conocimientos y la experiencia general. Éstas podrían tener gran importancia para garantizar la atención médica apropiada a jóvenes cuyos progenitores desatiendan sus responsabilidades parentales y a aquellos cuya atención suponga conflictos generacionales insalvables; asimismo, para evitar ciertos conflictos derivados del ejercicio de una medicina defensiva, entre otros²⁴.

Para adolescentes entre 13 y 16 años, disocia dos clases de prácticas o tratamientos médicos: los no invasivos y los invasivos. La necesidad o no de la concurrencia de los representantes legales- o en su caso la decisión judicial- dependerá del carácter invasivo o no, del compromiso a la salud, la integridad o riesgo para la vida; art. 26, 5º párr. CCCN.

La capacidad de ejercicio se presume *iuris tantum*²⁵, lo que supone la posibilidad de prueba en contrario, que resultará de la falta de madurez del adolescente para otorgar el acto o la práctica médica.

Coincidimos con destacada doctrina que sostiene que los supuestos de ampliación de la capacidad del penúltimo y antepenúltimo párrafo del art. 26 CCCN, requieren la edad y la “madurez”, la cual se presume y, en caso de ser desvirtuada por prueba en contrario, habría ausencia de capacidad para el acto o tratamiento médico en cuestión²⁶.

Vallespinos estima que debe considerarse el carácter restrictivo de las excepciones contenidas en el art. 26 del CCCN para el obrar propio de los adolescentes, acudir a la nomenclatura médica y por sobre todas las cosas tener en cuenta que la ley con las autorizaciones dispuestas lo único que

²⁴ WIERZBA, Sandra M., *Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el derecho actual*, Fecha: 2013-11-04. Publicado: RDF 62-73.

²⁵ Señala Wierzba que, a su juicio, la presunción debe ser aplicada con cautela. En “Disposiciones sobre la propia salud en el Código Unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 234.

²⁶ TOBÍAS, José W. *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I*. Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 482.

busca es proteger la salud de las personas por encima de la imposición de la doctrina de la capacidad progresiva²⁷.

Y en relación al último párrafo de dicho artículo (pacientes entre 16 y 18 años de edad), refiere ciertas ambigüedades y pocas especificaciones. ¿Cuándo se es adulto para las decisiones atinentes al cuidado del cuerpo?, ¿cuáles son los cuidados del propio cuerpo?, ¿la sola edad de dieciséis años acarrea la capacidad de ejercicio para esos actos? Por ello estima que será necesaria una interpretación acorde con la materia y con los parámetros señalados anteriormente²⁸.

Tobías señala que la ausencia de referencia a una “presunción” y a la “madurez” permiten afirmar que es la sola edad de 16 años la que acarrea la capacidad de ejercicio para los actos que el párrafo contempla.

Sin embargo, afirma que la mayor ambigüedad parece ubicarse en la expresión “cuidado de su propio cuerpo”. Coincidimos con el autor en que se trata de un margen de actuación de límites difusos, que deberá ser evaluado en el marco de la responsabilidad parental.

A su juicio – en opinión que compartimos -, este último párrafo se refiere a actos relacionados con el cuidado de su propio cuerpo atinentes a su salud (tratamientos preventivos, terapéuticos, o curativos). No abarca por ello algunos tratamientos meramente embellecedores ajenos a la salud (además riesgosos, como la cirugía de inclusión de prótesis mamaria; liposucción de abdomen o blefaroplastia, entre otros), ya que no tienen por finalidad mejorar o restablecer la misma.²⁹

b) Armonización y compatibilización con estatutos especiales

En las XXV JNDC³⁰, propusimos una fórmula legislativa clarificadora del sexto párrafo del art. 26 CCCN, ya que la actual redacción

²⁷ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “Tratado de Derecho a la Salud. Derechos, cargas, deberes y obligaciones de pacientes y médicos.”, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023, p. 20.

²⁸ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “Tratado de Derecho a la Salud. Derechos, cargas, deberes y obligaciones de pacientes y médicos.”, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023, p. 21.

²⁹ TOBIAS, José, W., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Tomo I, La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, págs. 486/487.

³⁰ XXV JNDC, Comisión n° 1, Privado Parte General: “*Capacidad progresiva en niños, niñas y adolescentes*”. CHIAPERO, Silvana M.; FERNÁNDEZ, Ana Paula; ORONÁ, Wendi R. https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Chapero-y-otro_CAPACIDAD.pdf. Consultado: 23/07/2024.

no deja en claro si dicha directiva general y posterior deberá prevalecer sobre las reglas contenidas en leyes especiales anteriores, que exigen la edad de dieciocho años para ciertos actos vinculados al cuerpo, tales como la Ley de trasplante de órganos (art. 15 de la Ley 24193 -hoy art. 22 de la Ley 27447-), Ley de Identidad de género (art. 5 de la Ley 26743), como asimismo lo dispuesto en el art. 60 del CCCN en materia de directivas médicas anticipadas³¹.

La donación de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) puede ser consentida por quien no haya alcanzado la edad de 18 años, previa autorización de su representante legal y si lo vincula al receptor un parentesco como el mencionado en el art. 22 (art. 26 Ley 27447). Por su parte el art. 31 de la misma ley, bajo el acápite "Requisitos para la donación", vuelve a referirse a toda persona mayor de 18 años.

Como esta ley es anterior al CCCN y especial para cierto acto, parece claro que sus disposiciones prevalecen sobre las genéricas del CCCN, por lo que aun cuando el NNA tenga un grado de madurez suficiente no tendría capacidad, por ej., para donar órganos con finalidad de trasplante³².

La ley 26130/2006 que regula el Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, se refiere a las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía", las que se autorizan "para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado" (art. 2).

³¹ Al respecto, Silvia Fernández propone interpretar la legislación vigente en el sentido que si bien prohíbe el dictado de directivas anticipadas en instancias previas, ajenas al atravesamiento de los tramos vitales finales, no cercenaría el otorgamiento de instrucciones en la instancia concreta de desenlace vital, en tanto el equipo de salud verifique que la persona menor de edad cuenta con el grado de competencia suficiente para la comprensión de su instrucción, así como el equipo concluya respecto a la inutilidad de cualquier tratamiento encarnizante y diverso al cuidado paliativo y medidas de confort. FERNANDEZ, Silvia E., "Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad", en GROSMAN, Cecilia P. (Dir.), VIDETTA, Carolina A. (Coord.), Los Derechos Personalísimos de Niñas, Niños y Adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo. Tomo I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2019. p. 173.

³² Luz Pagano considera viable la excepción a la falta de edad, si se encuentran reunidos los recaudos exigidos por la ley especial y a su vez el donante cuenta con 16 años de edad, lo que permite presumir grado de madurez suficiente en el donante, lo une con el eventual receptor determinado lazo familiar y opera el debido contralor jurisdiccional. PAGANO, Luz M., "Trasplante de órganos: Entre la edad legal para la dación y la solidaridad familiar", en GROSMAN, Cecilia P. (Dir.), VIDETTA, Carolina A. (Coord.), Los Derechos Personalísimos de Niñas, Niños y Adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo. Tomo I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2019. p. 273.

La ley 26743/2012 de Identidad de Género, habilita un procedimiento para concretar tal derecho, que en principio debe ser instado por personas mayores de edad. Pero, el principio de capacidad progresiva aparece en su art. 5, que trata la cuestión cuando se relaciona con menores de edad, hipótesis en la cual la solicitud deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con la expresa conformidad del menor (dado el carácter personalísimo del acto), teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a (cfr. CDN y Ley 26061).

El art. 8 de la Ley 26743, prevé que, si se hubiera optado por acceder a la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila, la misma sólo podrá ser modificada nuevamente mediante autorización judicial.

En un reciente caso, en que la parte actora nació con sexo femenino, modificó de acuerdo a su identidad de género su nombre pila a uno masculino a sus 17 años. Ahora, con 20 años de edad, peticiona judicialmente volver a su nombre de pila femenino (art. 69 CCCN), y se hizo lugar a su pretensión, estimando como “justo motivo” haber invocado que su nombre no refleja ni reconoce su identidad de género³³.

Por su parte, el art. 11 de la misma ley, cuando se refiere a los tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas de adecuación del cuerpo a la identidad de género autopercibida, y tratándose de menores de edad, requiere -además de los recaudos del art. 5- que medie autorización judicial, la que será otorgada -o no- teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del NNA.³⁴

El cambio de sexo en personas menores de edad es un tema excepcionalmente delicado, pues algunas decisiones que se toman durante la minoridad son irreversibles y por ello afectan el resto de la vida del individuo.

En Francia se ha dicho que debe obrarse con suma prudencia sobre ello, pero a la vez tal punto de vista ha sido objetado por los colectivos de

³³ C., L. A. s. Autorizaciones. Juzg. CC. Conciliación y Fam. N° 1, Cosquín, Córdoba; 10/05/2024; Rubinzal Online; RC J 5309/24. En igual sentido: R. P. R. M. s. Cambio de nombre. Juzgado de Familia N° 1, Junín, Buenos Aires, 30/07/2024; RC J 7563/24.

³⁴ Se propiciaba la innecesariedad de la autorización judicial por estimarlo contrario a los “derechos de la infancia” (SOLARI, Néstor O., “La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género”, RDFyP 3-10-209). Pero es perceptible que se está en presencia de cirugías de alto riesgo y de consecuencias irreversibles, lo que hace indispensable la intervención judicial (FERNÁNDEZ, Silvia E., “La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización”, en Suplemento especial. Identidad de género. Muerte digna, La Ley, p. 25).

personas trans y otros "progresistas" que ven en este pedido de prudencia un "transphobie camouflée".

En ese país, la cuestión de la identidad de género en menores se ha debatido ampliamente. En la Unión Europea, sólo seis países regulan la autodeterminación de género a partir de los 18 años (Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Malta y Portugal), mientras que otros dos lo permiten a partir de los 16 (Países Bajos y Noruega).

5. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015 significó en el ámbito de los derechos personalísimos la consagración legislativa de postulados nacidos en el seno de la bioética.

Es novedoso el cambio de paradigma que significó la acogida normativa de la competencia bioética de las personas menores de edad, lo que viene a completar el camino iniciado con la CDN y la ley 26.061 en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo y salud y que tardó en consolidarse por una primera resistencia a aceptar los cambios sociales y generacionales que se venían produciendo hace años.

En la concepción tradicional de la legislación civil argentina las personas menores de edad que no habían cumplido catorce años eran consideradas absolutamente incapaces de ejercer por sí solas sus derechos. Esa restricción tenía una finalidad tuitiva que partía desde su falta de madurez o discernimiento hasta su condición de vulnerabilidad y dependencia. Aunque podría sostenerse que esa limitación solo estaba dirigida a las cuestiones patrimoniales, en la práctica era extensible también a los asuntos extrapatrimoniales como la salud u otras decisiones personalísimas.

Era una época en la que la noción de "capacidad civil" no estaba claramente deslindada del concepto de "competencia" y por ello era común sostener que aquellas limitaciones totales en el ejercicio de las prerrogativas debían trasladarse al ámbito de las decisiones en materia sanitaria. Se partía de la idea de que, dado que las personas menores de edad no podían comprender la trascendencia de una decisión que comprometiera a su cuerpo y/o su salud, la mejor solución era depositar todo ello en manos de sus representantes (progenitores, tutores, etc.).

El correr de los años fue despejando ese panorama y distintas voces tanto del circuito jurídico como bioético sentaron las diferencias entre "capacidad" y "competencia".

La autonomía, que se inscribe esencialmente en la idea de un autogobierno de la persona a partir de una adecuada y completa información sobre su salud y el tratamiento médico a llevarse a cabo, más la indefectible ausencia de coacciones internas como externas al momento en que el/la interesado/a adopte una determinación, en particular en el ámbito de las personas menores de edad, no tiene un alcance ilimitado ni tampoco absoluto, pero sí protagónico.

Lo que ha quedado ciertamente atrás es el modelo paternalista de RMP [relación médico-paciente], la autoridad del galeno y la sumisión no ilustrada del paciente. La novedad radical e irreversible de la medicina actual lo constituye la introducción del sujeto moral, del paciente como agente racional y libre, que debe saber y decidir en la relación terapéutica.

El interés superior del NNA y su dignidad requieren que se ordenen y aseguren las medidas suficientes y adecuadas para garantizar el acceso a la información médica para otorgar o no su consentimiento informado y garantizar los derechos a la salud y a la vida.

Si se resguardan todas las garantías para la toma de decisión por parte de NNA, que cuenten con edad y grado de madurez suficientemente determinada, en caso de rechazo al tratamiento o a la intervención quirúrgica, su voluntad debe ser respetada.

Como lo enuncia José A. Mainetti: *"Respetar a un agente autónomo implica, como mínimo, asumir su derecho a tener opiniones propias, elegir y realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales. Este respeto debe ser activo, y no simplemente una actitud. Implica no solo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas sino también la de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma, mitigando los miedos y todas aquellas circunstancias que puedan dificultar o impedir la autonomía del acto. El respeto, desde este punto de vista, supone permitir que las personas actúen autónomamente, mientras que no respetar la autonomía consiste en ignorar, contravenir o disminuir la autonomía de estas."*³⁵

³⁵ MAINETTI, J. A., "Estudios bioéticos", Ed. Quirón, La Plata, 1993, p. 109.

EL CONSENTIMIENTO *POST MORTEM* EN LAS TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN HUMANA ASISTIDA

Luis Daniel Cровi¹

I. CONCLUSIONES

1. El respeto a la dignidad de la persona y a su autodeterminación deben estar presentes en todos los supuestos en que deba acudirse al consentimiento informado.
2. No cabe la posibilidad de invocar un “consentimiento presunto” de quien dispuso sus gametos o realizó una inseminación extracorpórea, para que ese material genético sea usado en una técnica de reproducción humana asistida, luego de su muerte.
3. Para cada nuevo tratamiento de inseminación, en cualquier circunstancia en que se realice, se requiere la renovación del consentimiento informado.
4. No hay un vacío normativo que habilite la remisión al segundo párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos *L., J. L. s/ autorización*, de fecha 21 de agosto de 2024², nos ha motivado a traer a la Comisión de Parte General de estas jornadas un tema que viene siendo analizado por nuestra jurisprudencia y doctrina, a fin de permitir que este máximo evento del Derecho Civil se pronuncie sobre el mismo.

La Corte ha dejado firme el fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil que había establecido que el art. 560 in fine del Cód. Civ. y Com. exige que el consentimiento deba renovarse cada vez que se procede a la

¹ Profesor titular de Derecho Civil- Parte General en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² CSJN, 21/08/2024, *L., J.L. s/ autorización*, TR LALEY AR/JUR/113852/2024.

utilización de gametos o embriones, demostrándose, en cada intento, que continúa vigente el proyecto parental que dio origen a la práctica³.

Si bien el máximo tribunal rechazó el recurso extraordinario por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma, los jueces Rosatti y Lorenzetti se pronunciaron *obiter dictum*, con votos muy relevantes⁴.

El tema no es nuevo, luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, otros pronunciamientos judiciales vienen insistiendo en que el consentimiento informado para estas prácticas deber ser renovado en cada procedimiento médico y que en nuestra legislación no se encuentra regulado el consentimiento *post mortem*⁵. No obstante, existieron fallos aislados que autorizaron estas técnicas aduciendo un consentimiento presunto o que, ante la laguna normativa, cabía acudir al principio que reza que lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN)⁶.

2. LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Hemos dicho hace ya bastante tiempo, que el consentimiento informado no es un tema nuevo para el Derecho, pero ha desplazado, en el discurso doctrinario de los últimos años, el protagonismo que tradicionalmente tuvo la relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso. Durante años sólo nos hemos preocupado por determinar la relación de causalidad entre el daño físico y la actuación

³CNCiv., Sala A, 07/09/2023, *L., J. L. s/ autorización*, TR LALEY AR/JUR/114636/2023.

⁴“El consentimiento necesario para la disposición de un derecho personalísimo — en el caso, una TRHA—, según el derecho positivo, no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable (art. 55 CCCN), por lo cual no cabe presumir un asentimiento realizado post mortem” (del voto del Dr. Lorenzetti).

⁵ En el mismo sentido se han pronunciado la CNCiv., Sala B, sala B, 03/04/2018, *D., M. H. y otros s/ autorización*, LA LEY2018-C, 173, Sala G; Sala I, 27/12/2023, *B., D. B. c. L., M. E. s/ filiación*, TR LALEY AR/JUR/180126/2023;

⁶JFamilia Posadas Nro. 1, 10/09/2021, *P. s/ medida autosatisfactiva*, RDF 2022-II , 183, TR LALEY AR/JUR/210155/2021; JNCiv. 98, 01/02/2022, *E., R. A. s/ autorización*, RDF 2022-IV , 38, LA LEY 30/08/2022 , 9, TR LALEY AR/JUR/51098/2022.

sanitaria negligente. Hoy la mira parece estar puesta en la información previa y la decisión consciente del paciente⁷.

El consentimiento informado es un acto por medio del cual una persona decide autónomamente, y a partir de la información suministrada, cómo desea ser tratado y curado. Hoy es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis ad hoc*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para toda práctica médica”⁸.

Desde la sanción del Código Civil y Comercial, en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) se crea un vínculo filial entre las personas que brindan su consentimiento informado para dichas técnicas, el consentimiento informado tiene una relevancia fundamental pues exterioriza la voluntad procreacional. Ello surge del art. 562 CCyCN que prescribe: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre..., con independencia de quién haya aportado los gametos".

El consentimiento informado no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. Ello surge de forma categórica del artículo 56 CCyCN. Por ello, el artículo 560 requiere que el consentimiento se renueve cada vez que se utilicen los gametos o embriones en la TRHA. Ambos textos legales no dejan lugar a dudas que el legislador nacional ha tratado de preservar los derechos personalísimos involucrados en la reproducción humana asistida.

3. LA FECUNDACION POST MORTEM

El Proyecto del Código Civil y Comercial establecía la posibilidad de la fecundación post mortem cuando: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones

⁷ Covi, Luis Daniel, *Consentimiento informado y autonomía del paciente*, RCyS2010-XII, Tapa.

⁸ CIDH, caso "I.V. vs. Bolivia", sentencia del 30 de noviembre de 2016, párrafo 159.

producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Pero en el transcurso del trámite parlamentario esa norma fue eliminada y hoy no resulta posible expresar el consentimiento informado para ser considerado como una voluntad póstuma, pues la ley requiere la renovación de ese consentimiento en el momento de la realización de cada práctica.

Se ha destacado que la falta de legislación en materia pone a merced de la discrecionalidad de los jueces intervinientes, la decisión sobre un tema trascendente y con variedad de aristas, lo que redundará en una manifiesta inseguridad jurídica⁹.

No obstante, creemos que como lo ha sostenido la Cámara Nacional Civil, “no basta con que no exista una prohibición expresa para considerar que, en todos los casos, serán procedentes los pedidos tendientes a obtener la autorización judicial para realizar tratamientos de fertilización *post mortem*, los gametos se encuentren fuera del comercio, no pueden ser objeto de los contratos porque resultaría contrario “a la dignidad de la persona humana” (cfr. 1004 del Cód. Civ. y Comercial) y tampoco integran la herencia de la persona muerta. De manera que la posibilidad de utilizar y transferir aquellas células queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación (ver arts. 51, 53, 56 y 264 última parte del Cód. Civ. y Comercial)”.

El Dr. Rosatti en el precedente que hemos señalado ha dicho que “no hay ausencia sino existencia normativa que regule el consentimiento de una persona que ha fallecido para la utilización de su material genético con fines reproductivos: el art. 560 CCCN, cuyo contenido es claro e inequívoco, y prescribe el necesario consentimiento de los titulares de los gametos, masculino o femenino, en cada intento de sujeción a la técnica de reproducción humana asistida, por lo que queda invalidada toda pretensión

⁹ Fornari, María Julia, *El consentimiento en la fertilización post mortem*, RCCyC 2022 (junio), 146, TR LALEY AR/DOC/866/2022

que sustente dicha expresión de voluntad en una mera presunción o en una manifestación realizada para una ocasión anterior”.

En otro párrafo de su voto, el actual presidente de la Corte sostiene: “el art. 560 CCCN prohíbe el consentimiento presunto al exigir una afirmación explícita, con los requisitos y formalidades previstos en el art. 561 y ccs del código, en cada procedimiento; también prohíbe el consentimiento anticipado; resultando todo ello conteste con los principios de libertad, dignidad y autonomía de la voluntad, de rango constitucional. No hay un vacío normativo que habilite la remisión al segundo párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional”.

La voluntad procreacional requiere, ineludiblemente, constatar con claridad la voluntad actual de las personas que han dado su consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, y en este sentido, no hay un derecho del gameto o del embrión al implante, pues si se admitiera esta posibilidad, podría darse la situación de que se solicitara judicialmente que se obligue a una mujer a implantarse embriones crioconservados, formados con su material genético, lo que afectaría el derecho a decidir sobre su cuerpo (del voto del juez Lorenzetti).

4. REFLEXIONES FINALES

El consentimiento informado es tema de esta Comisión por ser parte del derecho personalísimo a la integridad física, en donde están comprometidos también el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la autodeterminación del paciente.

En este punto resulta sumamente importante la tutela legal que posibilite su ejercicio efectivo frente a la oposición, el atentado o la amenaza de agresión que pueda provenir de terceros o del Estado¹⁰.

Han pasado casi quince años desde la sanción de la Ley de los Derechos del Paciente y el consentimiento informado es todavía una materia pendiente que generalmente no se cumple o se cumple a medias como una expresión de la “medicina defensiva”.

Ni la ley 26.529 ni el art. 59 del CCyC han modificado la realidad que tenemos en materia de los servicios de salud. El consentimiento

¹⁰ Rivera, Julio C.- Covi, Luis D., *Derecho Civil-Parte General*, 3ra. Edición actualizada, p.398, Abeledo Perrot, 2023.

informado es generalmente un formulario que nadie o muy pocos leen. Hace falta educación, recursos y decisiones políticas que acompañen las intenciones del legislador.

A ese escenario poco alentador en la materia, hay que agregarle que se han sucedido nuevas circunstancias en donde el consentimiento informado se presenta como un requisito ineludible, a modo de ejemplo y sin pretender abarcar todos los supuestos, podemos mencionar la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, el artículo 68 CCyCN sobre investigación médica con personas humanas, la telemedicina, la vulnerabilidad que presentan los adultos mayores, la ley 27.655, cuyo objeto es enfatizar que las personas con discapacidad mental o intelectual tienen derecho a decidir acerca de métodos anticonceptivos que impliquen prácticas quirúrgicas sobre su propio cuerpo. Suponemos que varios de estos temas serán abordados en esta comisión.

Nuestro humilde aporte ha sido traer a la discusión un tema sobre el cual nuestro máximo tribunal se ha encargado de efectuar consideraciones “para causas futuras”.

Cerramos con unas palabras escritas hace muchos años: “el legislador está obligado a proteger los derechos pacientes, los jueces deben hacerlos respetar y los autores tratamos de divulgarlos, intentando delimitar sus contenidos y alcances. La tarea pedagógica en estos casos es sumamente importante”¹¹.

Para esa tarea están estas jornadas.

¹¹ Covi, Luis D., *El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2010-3, p. 93, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

**CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA LUZ DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: UNA
INTERPRETACIÓN PROGRESIVA**

Por María Inés Ferreyra¹

I. CONCLUSIONES

1. El cumplimiento de la obligación de información en el consentimiento informado no sólo la capacidad del paciente para dicho hecho voluntario sino la posibilidad en concreto de realizarlo a cuyo fin corresponde verificar las condiciones físicas y psíquicas externas e internas asequibles por el profesionales en que se encuentra el legitimado activo a partir de las cuales pueda inferirse que cuenta con la competencia para comprender la información recibida y tomar la decisión relativa al tratamiento aconsejado.

2. En virtud de la interpretación progresiva de los tratados de derechos humanos con relación al derecho a la información, se configura un nuevo supuesto de legitimación activa para otorgar el consentimiento informado no previsto en el CCyC ni en la Ley de Pacientes. En las hipótesis de imposibilidad del paciente o ausencia de los legitimados previstos en esos marcos normativos, el consentimiento informado debe ser otorgado por Ente Sanatorial donde se encuentre internado.

3. El consentimiento informado es una obligación compleja en tanto contiene una prestación de revelar datos, riesgos, análisis previos y otra de consejo respecto a la vía más idónea para alcanzar la finalidad de la práctica médica.

4. En cuanto a la primera prestación, la obligación es de resultado con respecto a los contenidos y condiciones relativas a la exactitud, integridad e identidad de la información brindada.

5. En cuanto a la segunda prestación, la obligación de consejo es de medios por cuanto incluye una prestación de diagnóstico y de evaluación que no puede asegurar la adecuada y efectiva comprensión por parte del legitimado activo del acto de comunicación en tanto este

¹ Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesora Auxiliar de Derecho Privado II -Obligaciones- de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Secretaria Letrada de Juzgado Civil y Comercial de Primera Instancia del Poder Judicial de Córdoba.

depende de las condiciones cognitivas, socioculturales y psicofísicas del destinatario. Con relación a la eficacia de la comunicación y el consentimiento dado en base a ella, la obligación es de medios.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Desde siempre, el deber fundamental de todo médico fue, y sigue siendo, el de actuación diligente. Ello significa el empleo en el ejercicio de su profesión de una adecuada técnica, de conocimientos idóneos y actualizados y de pericia suficiente en los gestos quirúrgicos. Pero, en los últimos años dicho deber predominante está compartiendo su protagonismo con la obligación de suministrar la información suficiente al paciente y la de obtener su consentimiento informado a la práctica propuesta. Hoy se acepta sin duda alguna que un médico puede ver comprometida su responsabilidad sin haber actuado en forma imperita, ni negligente, ni imprudente. Simplemente, habiendo omitido solicitar el consentimiento del paciente o habiendo informado a éste en forma parcial o insuficiente sobre la práctica propuesta, el médico puede ver comprometida su responsabilidad. Ello ha sucedido porque el respeto de la voluntad del paciente ha alcanzado alturas que hace años no tenía.

2. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Hoy en día la obligación del médico de informar al paciente constituye un elemento esencial de la *lex artis* y uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta su actuación profesional. Es incuestionable que la información adquiere gran importancia en la relación médico-paciente, manifestándose en dos momentos diferentes de su desarrollo. En primer lugar, a través de la información terapéutica, que es aquella que pone en conocimiento al paciente sobre su estado de salud y que debe ser asentada en la historia clínica y, finalmente, como requisito previo para la obtención y validez del consentimiento informado por parte del paciente². Asimismo, en esta relación la información se constituye como un derecho del paciente. Por ello, no se trata de un simple deber ético sino que

² Calvo Costa, Carlos A.; “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”; TR LALEY AR/DOC/1248/2017.

se ha constituido como una obligación eminentemente contractual susceptible de generar responsabilidad por incumplimiento y donde se encuentra inmerso el consentimiento informado. En este sentido se ha evolucionado hasta llegar a lo que hoy se entiende por consentimiento informado, receptado en diversas normas legales en la actuación médico-sanitaria. Incluso, en la concepción tradicional del Derecho italiano se negaba y desconocía este deber de informar del médico, argumentando que al ser la confianza un elemento esencial del contrato, resultaba innecesario brindar información³.

Por lo tanto, quedó atrás la división que se había provocado hacia la década del 70 del siglo pasado entre quienes negaban el derecho del paciente a ser informado, legitimando la actuación del médico de conformidad con su arbitrio científico (paternalistas) y aquellos que reconocían tal derecho del enfermo y rechazaban que el médico pudiera hacer valer su autoridad científica para imponer un tratamiento determinado al paciente sin su consentimiento (antipaternalistas).

La relación médico-paciente no se agota con el cumplimiento de la obligación de informar, sino que requiere que el paciente, destinatario de la información, tenga una función participativa y de colaboración que le permita comprender, procesar y valorar lo que se le informa y adoptar decisiones racionales que le dicta su interés⁴. Para muchos profesionales de la salud la cuestión del consentimiento se reduce a obtener la firma del paciente en un formulario. Ello importa desconocer que constituye un proceso que involucra una relación de efectiva comunicación entre el médico y el paciente. Es una interacción que se fundamenta en la necesidad de tomar decisiones sobre un tratamiento concreto luego de un proceso⁵.

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como contrapartida de la obligación de informar, se ha reconocido el derecho de toda persona de recibir la información necesaria para formar

³ Sgobbo, Riccardo, "Materiali per lo studio della responsabilità medica", *Diritto e Giurisprudenza*, 1987, pag. 817.

⁴ Kraut, Alfredo Jorge; "Médicos y deber de información: responsabilidad civil en casos de incumplimiento"; en Ameal Oscar J. (dir), Gesualdi, Dora M. (coord.), *Derecho Privado*, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Depalma, Buenos Aires, 2001, pag. 1595.

⁵ Highton, Elena I.-Wierzba, Sandra M.; "La relación médico-paciente: el consentimiento informado"; *AD-Hoc*, Buenos Aires, 2003, pag. 52.

su opinión y asegurar la autonomía de la voluntad o libertad de intimidad en la toma de decisiones que le competen en los términos de los arts. 19, 33 y 75 inc 22) de la Constitución Nacional. Como ya se ha puntualizado, el derecho a la información se encuentra incorporado expresamente en nuestra Carta Magna en el art. 42

Así surge el consentimiento informado que, como se ha expresado precedentemente, exige la previa información del interesado. El mismo consta de dos partes perfectamente diferenciadas. La primera importa que el emisor de la información haga un dictamen claro, fundado y completo. La otra importa que el receptor no sólo reciba la información que se le brinda, sino también que debe comprenderla acabadamente, elaborarla intelectualmente y como consecuencia de ello, emitir su opinión. En consecuencia, para cumplir acabadamente con la obligación de información, el médico debe considerar la capacidad del paciente para comprender y emitir una decisión como consecuencia de ello. Así la jurisprudencia ha determinado que existió consentimiento informado del paciente sobre la intervención quirúrgica a la que fue sometido y sus posibles consecuencias, ya que está reconocido el instrumento en el cual se dejó constancia de que fue informado de modo comprensible sobre la enfermedad, las medidas curativas y los riesgos que esto implicaba, sumado a que en la historia clínica se mencionan las explicaciones que fueron dadas, máxime si no se probó su desinformación⁶.

Se encuentra reglamentado en la ley 26.529 que lo define en su art. 5° de la siguiente manera: “Entiéndase 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; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de

⁶ CNCiv., Sala F, 23/4/07, “A., E. R. c/ O.B.A. S.A. y otro”, LL, On line.

procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.” Luego el artículo 6° establece: “Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”.

Sucede que en realidad lo “informado” no es el consentimiento, sino el paciente que expresa su voluntad y se trata de una manifestación unilateral del paciente que, como acto, es el final de un proceso al que se califica como “consentimiento informado”. De esta manera, como regla general, la licitud de cualquier tratamiento, intervención o práctica médica está supeditada a la voluntad de quien, por la naturaleza de sus intereses en juego (su propia salud o vida), es el único árbitro de la situación. Conviene señalar que el proceso comunicativo del profesional con el paciente es un evento continuo que se desarrolla a todo lo largo del tratamiento y que no se agota con el deber de información inicial. Comprende la evolución del itinerario del tratamiento, su acontecer, su desarrollo y por lo tanto, los inconvenientes y eventos acaecidos⁷.

Una particularidad relevante para determinar si se está en presencia de un consentimiento “libre”, luego de recibir una información clara, precisa y adecuada, se relaciona con las circunstancias, oportunidad y el ambiente en que se producen la información y la declaración del paciente. Un pronunciamiento ilustrativo es lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “I.V. vs. Bolivia” 30/11/2016. La actora, en el marco de una operación cesárea, experimentó la pérdida permanente de su función reproductora. El tribunal consideró que no se trataba de una urgencia o emergencia terapéutica; que la actora, por la envergadura de la intervención que se le estaba practicando, se encontraba en situación de vulnerabilidad y estrés; que la información que se le pudo haber suministrado se realizó en un lugar inadecuado, como es el quirófano, y de

⁷ Tobías, José W.; “El consentimiento informado y sus límites”, La Ley Online, 16/12/2019, TR LALEY AR/DOC/3915/2019.

manera inoportuna (en el acto quirúrgico), sin que la paciente hubiera tenido oportunidad de “*reflexionar y comprender*” las consecuencias la decisión que estaba tomando. Se consideró, en definitiva, que el galeno no había obtenido un consentimiento personal, libre, previo e informado⁸.

Se infiere de todo ello que algunas de las pautas a considerar como algo negativo son la presentación de la información relevante en proximidad del evento, o cuando el paciente ya se encuentra bajo los efectos de 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 un médico de cabecera sobre la oportunidad del tratamiento propuesto.

El precedente apunta a verificar las condiciones físicas y psíquicas exteriorizadas en que se encuentra el paciente a partir de las cuales pueda inferirse la competencia para comprender la información recibida y tomar la decisión relativa al tratamiento aconsejado.

Es importante remarcar que el hecho que el paciente sea, a su vez, un médico, no libera al profesional tratante de su deber de información, aunque se le 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 colega⁹.

4. LOS SUJETOS EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Cuando se trata de personas adultas, ninguna duda cabe de que el paciente es el único titular de la información y quien debe brindar el consentimiento informado, puesto que puede ejercer por sí su derecho a la autodeterminación en cuanto puede conocer sus necesidades, efectuando una libre elección entre las posibilidades que la ciencia médica le ofrece. Ninguna otra persona más allá del paciente puede decidir sobre su cuerpo, luego de conocer los riesgos que ha de asumir y los beneficios esperados con la práctica médica que se le recomienda. Como bien señala al respecto la

⁸ Nota a fallo de Bancoff, Pedro; “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, RRSS, N° 12, ao XX, pag. 45.

⁹ Graziadei, Michele, “Il consenso informato e i suoi limiti”, en Rodotà, Stefano-Zatti Paolo (dirs), Trattato di biodiritto., Giuffrè, 2000, pag. 243

Dra. Highton en su reconocida obra, el consentimiento informado es una declaración de la voluntad que efectúa el paciente luego de brindársele suficiente información, ya que es quién decide prestar su conformidad y someterse al procedimiento o intervención que corresponda. Ahora bien, como consentir no es simplemente aceptar someterse al tratamiento, sino que el paciente debe tomar una verdadera decisión, para que la decisión sea legalmente válida debe estar caracterizada por el entendimiento y la voluntariedad¹⁰.

En cambio, cuando nos encontramos frente a personas incapaces, el consentimiento deberá ser brindado por sus representantes legales. Ante la ausencia de éstos, la decisión deberá adoptarla cualquier pariente con deber alimentario y de asistencia que se ocupe del menor al momento de la asistencia médica, puesto que se estará ante un supuesto de representación tácita autorizada. Así lo regula el art. 59 del CCyC en su parte final y art. 6° ley 26.529.

El citado art. 59 CCyC dispone en su parte final: "Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente". A su vez, el art. 6° de la ley 26.529 de Derechos del Paciente, en su segundo párrafo, dispone respecto de esta cuestión: "En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido". "Dichas personas son, pues, en orden de prelación: a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier

¹⁰ Highton, Elena- Wierzba, Sandra M.; "La relación médico-paciente: el consentimiento informado"; Ad-Hoc, Buenos Aires 2003, pag. 45.

pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador".

El vínculo familiar o de hecho respecto del paciente incapacitado debe ser acreditado por algún medio de prueba idóneo, aunque el decreto reglamentario 1089/2012 dispone que, a falta de otra prueba, dicha acreditación puede llevarse a cabo mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de 48 horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante.

En lo que concierne a los menores, el Código Civil y Comercial ha introducido modificaciones ya que se recepta la teoría de la capacidad progresiva. De esta manera se proclama una diferencia entre menores de 13 a 16 años y los mayores de 16 años. El art. 26 del CCyC dispone: *“La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*.

En el caso de tratarse de una persona que se encuentre privada momentáneamente de la razón –como puede ser en estado de coma – siendo que no es un incapaz con representantes legales, se aconseja que la información sea recibida por parientes más cercanos al enfermo, como ser el familiar encargado de él al momento de la atención médica, priorizando para ello los grados de parentesco y éstos presten el consentimiento para evitar recurrir a una autorización judicial.¹¹ Ahora bien, si bien no se propone que la decisión sea tomada por el médico, si es necesario que en estas situaciones límite haya una mayor predisposición al consejo y asesoramiento del profesional experto en la materia.

¹¹ Calvo Costa, Carlos A.; “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”; TR LALEY AR/DOC/1248/2017.

5. LEGITIMACIÓN DE LA CLÍNICA PARA DAR CONSENTIMIENTO INFORMADO: SUPUESTO NO CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Resulta necesario traer a colación el caso resuelto por ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos "Poblete Vilches y otros c. Chile"¹², donde aparece un nuevo legitimado para otorgar consentimiento informado que no se encuentra previsto en nuestra legislación (ni en el Código Civil y Comercial de la Nación, ni ley N° 26.529). En este caso la Comisión consideró que se había producido la violación del derecho de acceso a la información en materia de salud, conforme lo dispuesto por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los derechos a la vida, integridad personal y salud reconocidos en los arts. 4° y 5° y en perjuicio de Vinicio Antonio Poblete Vilches y sus familiares. Lo importante de este pronunciamiento es que se aborda el consentimiento informado por representación, es decir, el otorgado por persona distinta al paciente. Se motivó en que si bien el estado chileno reconoció la violación del derecho al acceso a la información en relación con los familiares del Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches, no reconoció que ello le genere responsabilidad internacional por la violación de los arts. 7° y 11 de la Convención, todo lo cual determinó que la Corte deba abordar el tratamiento del asunto¹³. En el caso bajo estudio el damnificado se encontraba inconsciente al momento de realizársele un procedimiento invasivo y los familiares no habían sido debidamente informados sobre este.

En relación específica al consentimiento por representación la Corte refirió: "el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación con su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley. Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento. Esta Corte considera que, entre los elementos necesarios para otorgar el consentimiento informado por parte de sus familiares, este también debe de ser previo, libre, pleno e informado, a menos que se trate de una situación

¹² Corte IDH, "Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile", sentencia del 08/03/2018.

¹³ Corte IDH, "Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile", sentencia del 08/03/2018, párr. 159.

de emergencia ...".¹⁴ Por ende se concluyó que "el Estado incumplió con su obligación internacional de obtener, a través de su personal de salud, el consentimiento informado por parte de los familiares del señor Poblete Vilches, para la práctica de los actos médicos realizados durante su primer ingreso en el Hospital Sótero del Río... vulneró el derecho de acceso a la información de los familiares, debido a que no se les otorgó información clara y precisa sobre el alta al paciente y sus cuidados necesarios... se vulneró este derecho debido a que durante el segundo ingreso, no se proporcionó información clara y accesible respecto del diagnóstico y atención médica otorgada al señor Poblete Vilches. Por ende, la Corte considera que se violó el derecho a obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud, de conformidad con los arts. 26, 13, 11 y 7º de la Convención Americana".¹⁵

En conclusión con este pronunciamiento se contempla un sujeto que no está previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación o en la Ley de Derechos del Paciente, ya que ante en ausencia o imposibilidad del paciente el consentimiento informado puede ser otorgado por Ente Sanatorial donde se encuentre internado.

6. COMPRESIBILIDAD, DISPONIBILIDAD DE PAGO

Configurándose el consentimiento informado como un proceso de comunicación, para que sea exitoso es necesario que el receptor de la información lo haya descodificado. Se parte de la base que el pago es un acto jurídico (conforme lo dispone el art. 856 del CCyC) y que es bilateral, es decir que para su configuración exige el encuentro de dos voluntades. Ahora bien, en qué medida es exigible al emisor que el destinatario efectivamente comprenda la información que se le transmite es lo que aquí tenemos que discernir. En este sentido, la disponibilidad del conocimiento se debe analizar contemplando la complejidad de los datos, la profesionalidad o no de su destinatario, la índole de los riesgos implicados. Luego habrá que centrar el análisis en la conducta del deudor y si reveló el conocimiento que posee, o está en condiciones de poseer, de manera adecuada. Es por ello que para una reconocida doctrina la cuestión de la calificación está íntimamente ligada a la calidad de experto del obligado, lo que lleva su obligación al

¹⁴ "Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile", párr. 166.

¹⁵ "Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile", párr. 173.

terreno de las obligaciones de resultado¹⁶. Así se manifiesta en la particular relación médico-paciente. Siguiendo esta línea, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B condenó a un médico por incumplimiento en la obligación de informar respecto de una intervención quirúrgica ocular que derivó en la pérdida de visión en un ojo del paciente. Se expresó que, si *“bien existió un formulario de consentimiento, este solo contenía información genérica más no era un instrumento que refleje a ciencia cierta que aquel quedó debidamente informado de los riesgos y beneficios esperados con la operación, máxime cuando, para que el consentimiento quede acreditado, debe probarse que pudo preguntar y que sus preguntas fueron respondidas por el profesional”*.¹⁷

En lo que refiere a la comprensión por parte del destinatario de la información, se propone recurrir a parámetros objetivos. Ello importa, poner foco en la conducta del obligado y precisar si la información ha sido comunicada de manera adecuada, cuestión que nos coloca en el terreno del objeto obligacional y analizar si en definitiva hay concreción del plan de conducta en virtud de los principios de identidad e integridad de pago analizados precedentemente. Ahora bien, esto no implica desconocer que existe un deber de colaboración por parte del destinatario, ya que debe estar dispuesto a recibir la información. En este sentido se pronunció la doctrina expresando que *“(…) La protección en favor del desinformado se sustenta en una suerte de 'presunción de ignorancia legítima'(…), que de ninguna manera importa un derecho ganado a la pasividad, pues la condición de desinformado no lo legitima a sustraerse del deber de colaboración, caracterizado por su bilateralidad. En efecto, el deber de informar como máximo se detiene y, como mínimo debe armonizarse con el deber de informarse y ello según la aptitud o idoneidad y en el marco de las posibilidades de quien alega la desinformación.”*¹⁸ Puede ocurrir que el acreedor de la información no cumpla debidamente con el deber de colaboración que pesa sobre él, por ejemplo si no presta atención cuando se lo está informando. Esta es una cuestión que escapa a las posibilidades del

¹⁶ Vallespinos Carlos Gustavo – Ossola Federico Alejandro; “La obligación de informar en los contratos”, Hammurabi, Buenos Aires 2010, pag. 240-241-

¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B; “: C., B. N. c. Benisek, Daniel Alberto y otros s/ daños y perjuicios.”, TR LaLey AR/JUR/74777/2014.

¹⁸ STIGLITZ, Rubén S., "Defensa del consumidor – Los servicios bancarios y financieros", publicado en LA LEY, 1998-C, 1035, cita online AR/DOC/2503/2001.

deudor, que no le puede ser exigida. Si bien no habrá técnicamente un pago exacto, el deudor se habrá liberado y el vínculo obligatorio se extinguirá.

Para el camino que proponemos y determinar que conducta es exigible al obligado a informar es necesario recurrir a la regla establecida por el art. 1725 del CCyC¹⁹, norma que nos ilustra cómo debe apreciarse la conducta debida. Por lo tanto, en el caso de la información recibida y efectivamente comprendida, la diligencia exigible variará en cada supuesto de acuerdo con el modelo tenido en cuenta para efectuar la comparación. No es la misma la pericia que se requiera de un médico que presta un consentimiento informado, a una persona común. Cuanto mayor es la diligencia exigible en el agente, mayor es el estándar con el cual se valorará su conducta, lo que sucede en el caso de profesionales de la salud. Ahora bien, también aquí aparece el principio de confianza y las condiciones especiales en el marco de la relación médico-paciente, que también deben ponderarse para así elaborar el parámetro abstracto de comparación que sirve de base al juicio de culpabilidad.

En la relación médico-paciente, consentir no es simplemente aceptar someterse al tratamiento ya que el enfermo debe tomar una verdadera decisión y hay dos aspectos esenciales para que sea válida: el entendimiento o comprensión y la voluntariedad²⁰. Reconocida doctrina expresa que los términos del consentimiento informado pueden referirse tanto al otorgamiento de la información al paciente, como a la comprensión por parte de éste. “(...) *El deber de revelar se cumple simplemente dando la información. Sin embargo, la noción de consentimiento sugiere que debe requerirse que el enfermo entienda lo que se le revela*”.²¹ Cuando el paciente presta su consentimiento informado, se presumirá que lo ha hecho

¹⁹ Art. 1725: Valoración de la conducta. “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.*”

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.”

²⁰ Highton Elena I.; “La relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”; Ah-Hoc, Buenos Aires, 2003, pag. 45.

²¹ Highton Elena I.; “La relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”; Ah-Hoc, Buenos Aires, 2003, pag. 46.

intencionalmente. En el caso que, como consecuencia del acto médico en cuestión, aquél sufre un daño o secuela, aun siendo el propio y natural de tal tipo de tratamiento, y logra probar que ignoraba las características del tratamiento que se le administró por no haber sido informado adecuadamente, faltará el elemento intencional para que el asentimiento sea considerado voluntario y habrá supuesto de responsabilidad profesional. *“En tanto la intención se refiere al acto concreto y al conocimiento del mismo, la incorrecta revelación del médico puede hacer fallar este elemento de la voluntad.”*²²

El consentimiento informado es una obligación compleja en tanto contiene una prestación de revelar datos, riesgos, análisis previos y otra de consejo respecto a la vía más idónea para alcanzar la finalidad de la práctica médica. En cuanto a la primera prestación, la obligación es de resultado con respecto a los contenidos y condiciones relativas a la exactitud, integridad e identidad de la información brindada. En cuanto a la segunda prestación, la obligación de consejo es de medios por cuanto incluye una prestación de diagnóstico y de evaluación que no puede asegurar la adecuada y efectiva comprensión por parte del legitimado activo del acto de comunicación en tanto este depende de las condiciones cognitivas, socioculturales y psicofísicas del destinatario. Con relación a la eficacia de la comunicación y el consentimiento dado en base a ella, la obligación es de medios.

El tema de la distinción de calificación de la obligación repercute de manera directa en las modalidades diferentes en que puede producirse el incumplimiento, o defecto de la diligencia asumida o ausencia del resultado comprometido. En el caso de constituirse como una obligación de resultado, la inejecución se produce por la frustración del resultado perseguido, con abstracción de la diligencia empleada. En el caso de configurarse como obligación de medios se requiere analizar la conducta del deudor, determinar si se configuró una culpa que se plasme en imprudencia, negligencia, error de conducta o un desvío del comportamiento. Asimismo, se ha dicho que existe presunción de culpabilidad en las obligaciones de medios cuando se da un incumplimiento absoluto mientras que la ausencia de diligencia es

²² Highton Elena I.; “La relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”; Ah-Hoc, Buenos Aires, 2003, pag. 47.

parámetro determinante únicamente para el caso de cumplimiento inexacto o defectuoso o parcial²³.

²³ Azar, Aldo Marcelo; “Obligaciones de medios y de resultado”; La Ley, Buenos Aires, 2012, pag. 570-572.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO (ILE E IVE)

Por María Julia Fornari¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata,

1. El consentimiento informado de personas menores de 13 años, para cualquier práctica médica y en mayor medida para una ILE, requiere la participación necesaria de sus progenitores y/o representantes legales. Y de conformidad con su edad y competencia, la niña involucrada debe ser informada de modo accesible y adecuado, para participar en tal decisión.

2. En consonancia con las disposiciones del art. 26 Cód. Civil y Com., la adolescente de 13 a 16 años debe prestar su consentimiento informado para una ILE/IVE con la asistencia de sus progenitores, dado que cualquiera sea el procedimiento abortivo empleado, la IVE/ILE siempre resulta un tratamiento invasivo o que compromete el estado de salud psicofísica y/o pone en riesgo la integridad psicofísica o vida de la madre gestante.

3. En consonancia con las disposiciones del art. 26 Cód. Civil y Com., las personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, las personas allegadas o los referentes afectivos, no pueden sustituir a los progenitores o representantes legales en la asistencia del consentimiento informado del menor, para una práctica de ILE/IVE.

4. El consentimiento en prácticas de ILE en gestaciones avanzadas, debe incluir información relativa a la posibilidad de un nacimiento viable conforme la edad gestacional del feto y que, en hipótesis de sobrevida, proteja la vida del nacido. De modo tal que la gestante al prestar el consentimiento para una ILE/IVE también conozca y consienta las consecuencias derivadas destinadas a preservar la vida del neonato.

De lege ferenda,

¹ Profesora Adjunta de Elementos de Derechos Civil Universidad de Buenos Aires, Profesora de Posgrado en la Pontificia Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral.

5. Para seguridad jurídica de pacientes y médicos intervinientes en una práctica de ILE/IVE, resulta indispensable la reforma del art. 8° la ley 27.610 a fin de que regule en forma unívoca el consentimiento de las personas menores de 16 años, respetando las competencias de niños/adolescentes conforme su capacidad progresiva y autodeterminación, sin excluir a sus progenitores ni dejar a los menores librados a su suerte.

6. Se postula una reforma integral de la ley derechos del paciente, que como norma basal estructure un andamiaje completo, en materia de consentimiento de los menores de edad y consentimiento por representación. Asimismo, tal reforma debería resolver otros aspectos incompletos o no resueltos: lo referido a los diversos consentimientos para las técnicas de reproducción asistida y a la fecundación post mortem; las directivas anticipadas según la competencia del postulante y determine su instrumentación; e incluya a las nuevas tecnologías; entre otras.

II. FUNDAMENTOS

1. REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA PRÁCTICAS MÉDICAS EN GENERAL

El consentimiento informado es un acto personalísimo, cotidiano y esencial, que refleja la dignidad de las personas, derramada en el respeto a su libertad, autonomía y determinación.

Proteger su ejercicio, impone superar el mosaico de disposiciones repetidas, inconexas y antagónicas, desperdigadas por todo el ordenamiento y libradas a la hermenéutica.

La ley 26.529² sobre Derechos del Paciente, Historia clínica y Consentimiento informado, que pretendió erigirse en una norma basal donde pivotara toda la legislación dictada en materia de salud, y remitiera la regulación del instituto, a ella.

Pero este objetivo no fue alcanzado. Su propio decreto reglamentario 1089/2012 en algunos aspectos interpreta sus alcances o completa sus lagunas.

² B.O. 20/11/2009.

El art. 59 del Cód. Civ. y Com. sin modificar la ley 26.529, perfila soluciones diferentes.

En materia de técnicas de reproducción asistida (TRA), el art. 560 y concordantes del Cód. Civ. y Com., así como la Ley 26.862 sobre acceso a las TRA, colocan al consentimiento como eje central de la práctica, atento al emplazamiento filiatorio consecuente. Ambas se limitan a remitir su tratamiento a la mencionada ley 26.529 que resulta insuficiente para normar las particulares aristas que presenta el tema.³

La ley 27.610 sobre interrupción del embarazo, también remite lo relativo al consentimiento informado a la ley sobre derechos de paciente y a diversas normas de diferente jerarquía, lo que complica aún más el escenario.

Además, la prolífica labor legislativa (y ministerial) posterior a su dictado, ha diseminado leyes, decretos y resoluciones⁴, que incorporan una fisonomía propia a cada consentimiento informado según la materia o finalidad sanitaria reglada, rebasando aquel régimen general y desdibujándolo.

En general, se legisla abusando de las remisiones normativas lo que genera un mosaico normativo confuso para médicos y pacientes, en un tema tan trascendente como cotidiano. Todo queda sujeto a la interpretación, dando lugar a peligrosas equivocidades.⁵

Sería saludable una reforma de la ley de derechos del paciente, que diseñe una regulación homogénea y uniforme, armónica con el Cód. Civ. y Com., que defina unívocamente lo relativo al consentimiento de menores de edad; al consentimiento por representación; lo referido a los diversos

³ Atento la especificidad del tema, no será materia del presente trabajo pero se encuentra especialmente abordado por Basset, Úrsula “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial” La ley Tomo 2015 D 25.07.2015; y demás trabajos de la autora. Fornari, María Julia “Algunas reflexiones sobre la ley 26.862, Técnicas de reproducción humana asistida”. LL Anales de Legislación Argentina 26.08.2013 tomo LXXII-D

⁴ <http://www.legisalud.gov.ar/atlas/temas.html>

⁵ López Mesa, Marcelo J “La sanción de la Ley N° 27.675 y la necesaria revisión de un tema relevante: El consentimiento informado” Revista Argentina de Derecho Civil. N°14. Octubre 2022. 29.09.2022 Cita: IJ-MMMDXLVI-194 “...una pieza más al verdadero rompecabezas legislativo que ha dispersado la regulación normativa de esta figura por numerosas leyes desperdigadas por el ordenamiento”

consentimientos para las TRA y a la fecundación post mortem (que fuera incluida en el art. 563 del proyecto y luego retirada del Cód. Civ. y Com.)⁶; que permita las directivas anticipadas según la competencia del postulante y determine su instrumentación; e incluya a las nuevas tecnologías, entre otras.

El presente trabajo se limita a efectuar un análisis de la regulación legal del consentimiento informado en las prácticas de ILE e IVE, admitidas desde el dictado de la Ley 27.610; y está despojado de toda valoración crítica del aborto y de lo relativo a la constitucionalidad de la norma que lo introdujo a nuestro ordenamiento, puesto que excederían el marco de abordaje.

En particular nos adentraremos en la confusa y peligrosa regulación sobre consentimiento de menores de edad y personas con restricciones a la capacidad; y en la ausencia de normas tuitivas para los supuestos de sobrevida del niño luego de una práctica de ILE/IVE realizada en gestaciones avanzadas⁷.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO (ILE E IVE)

La ley 27.610⁸ establece que las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce inclusive, del proceso gestacional (IVE).

Fuera del plazo dispuesto (es decir entre la semana quince y el parto), tendrán derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo (ILE) solo: a) si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente – en los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, no será requerida-; b) si estuviere en peligro la vida o salud integral de la persona gestante.

⁶ Fornari, María Julia “El consentimiento informado en la fecundación post mortem” LL RCCyC Año VIII N° 3 (Junio 2022)

⁷ Fornari, María Julia en “Estudios sobre Capacidad y Derechos personalísimos” Homenaje al Profesor José W. Tobías. Dir. Saux Edgardo y otros La Ley Tomo II Thomson Reuters pág 121

⁸ BO 15.01.2021

El consentimiento informado es una pieza esencial de la práctica, dado que la norma establece que nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

Dedica tres artículos a regularlo: consentimiento de personas mayores (art. 7), de menores de edad (art. 8), y de personas con capacidad restringida personas (art. 9), pero lo hace con error en la técnica legislativa conforme analizaremos en el apartado siguiente.

El art. 7 regula el caso de personas mayores de edad, estableciendo que el consentimiento será prestado por escrito de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el art. 59 del Cód. Civ y Com.

El art. 8 relativo a las personas menores de edad, establece un régimen etario en concordancia con la capacidad progresiva prevista en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., y regula haciendo remisión a numerosas normas de diferente rango (Convención internacional, leyes, decretos, resoluciones ministeriales), y estableciendo un abanico normativo complejo e imprudente en un tema de semejante envergadura. A ello deberemos agregar normativa ministerial (Ministerio de Salud de la Nación: MSAL) que no fue derogada (es decir, vigente) y que completa tan sinuoso marco legal.

Por último el art. 9 regula lo relativo a las personas con capacidad restringida, y refiere que si las restricciones de la sentencia judicial no tuvieran relación con el ejercicio del derecho a practicar la interrupción del embarazo, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni autorización previa alguna y, si lo deseara podrá ser asistido por los sistemas de apoyo designados, con las salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho.

Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de tales derechos o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Cód. Civ. y Com.

3. CONSENTIMIENTO OTORGADO POR MENORES DE EDAD: CAÓTICA NORMATIVA VIGENTE

Analizaremos la enrevesada y peligrosa regulación del consentimiento informado de los menores de edad, para acceder a una decisión tan acuciante y traumática, reglada en el art. 8 de la ley 27.610⁹:

a) Adolescentes, mayores de 16 años: inciso a)

La ley reconoce a los adolescentes mayores de 16 años (menores de 18 años) “*plena capacidad*” para prestar por sí su consentimiento, a fin de decidir la interrupción del embarazo, en consonancia el art. 26 del Cód. Civ. y Com. última parte, que los considera adultos para las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo.

En igual sentido pueden realizar sin asistencia, la solicitud y firma de la declaración jurada requerida para la interrupción de un embarazo producto de una violación.

b) Niños y adolescentes menores de 16 años: confuso mosaico legislativo del inciso b)

En primer lugar, la ley no distingue entre niñas de menos de 13 años y las adolescentes entre 13 y 16 años, es decir que ignora el universo de situaciones fácticas y jurídicas diversas que involucran a este colectivo de menores de 16 años con capacidad de gestar.

Además, para determinar quién otorgará el consentimiento frente a la práctica, remite a media docena de disposiciones diversas que impone un

⁹ Ley 27.60: *Art. 7° Consentimiento informado. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.*

Art. 8°- Personas menores de edad. En el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7° del anexo I del decreto 415/06, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera: a) Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley; b) En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7° del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

farragoso análisis en un tema tan trascendente: 1) la **Convención sobre los Derechos del Niño**; 2) la **ley 26.061 sobre protección de NNyA**; 3) su **decreto reglamentario 415/06** (art. 7 que regula lo relativo al concepto de “familia ampliada”); 4) **el art. 26 del Cód. Civ. y Com.**; 5) la **resolución 65/15 del Ministerio de Salud** de la Nación (MSAL) que aprueba un marco interpretativo de las normas sobre capacidad del art. 25 y 26 del Cód. Civ. y Com. (Documento de acuerdos elaborado en la “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos y Reproductivos”); 6) **el dec. 1.282/03 reglamentario de la ley 25.673** que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, (en lo atinente a la satisfacción del interés superior del niño, a considerarlo beneficiario del más alto nivel de salud y a recibir de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna, manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad).

A tan profusa y variopinta normativa debemos sumar otra Resolución del MSAL (cuyo nombre evoca el caos normativo y pretende marcar un derrotero para los equipos de salud), la **Resolución MSAL N° 1841/2020**¹⁰ dictada con anterioridad a la sanción de la ley 27.610, que se titula **“ATENCIÓN DE NIÑAS Y ADOLESCENTES EMBARAZADAS MENORES DE 15 AÑOS.HOJA DE RUTA. HERRAMIENTAS PARA ORIENTAR EL TRABAJO DE LOS EQUIPOS DE SALUD”**. Si bien la ley de IVE /ILE, no remite a esta resolución, se encuentra vigente y establece que a partir de los 13 años las niñas *pueden consentir de manera autónoma, sin acompañamiento*, la ILE en condiciones seguras y si por estar en riesgo grave la salud o la vida de la niña se requiere algún acompañamiento, *basta el que brinde cualquier adulto de referencia o persona allegada con vínculos afectivos con la niña*.

Para completar el cuadro debemos agregar otra disposición (sí, otra más), dictada en consonancia con la ley 27.610, que profundiza peligrosamente el tratamiento del tema: la **Resolución MSAL 1063/2023**¹¹ que aprueba el **PROTOCOLO PARA LA ATENCION INTEGRAL DE LAS PERSONAS**, que, sin derogar la resolución mencionada en el párrafo anterior, dispone:

¹⁰ BO 12.11.2020

¹¹ Ministerio de Salud de la Nación BO 31.05.2023

a) **Respecto de los menores de 13 años:** pueden brindar su consentimiento con asistencia de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas allegadas o referente afectivos, quienes deben participar en conjunto en la toma de decisiones y deben firmar también el consentimiento informado. Y además que:

a.1). La regla de no sustitución del consentimiento y su aptitud para decidir en base al desarrollo de su autonomía progresiva, debe guiar el accionar del equipo de salud y de las personas que la acompañan. Además, se debe respetar la confidencialidad y privacidad de la niña.

a.2). Si existiera una negativa de personas que tengan el rol de progenitores, tutores o encargados de acompañar la decisión de la niña, podrá tener acompañamiento para brindar su consentimiento por *otro referente afectivo*. Si no existiera esta posibilidad, el conflicto lo resuelve el equipo de salud teniendo en cuenta el interés superior del niño y se consignará en la historia clínica la evaluación sanitaria, el grado de madurez para tomar la decisión y los resguardos tomados para el acompañamiento del equipo.

a.3). Si fuera necesario, el equipo de salud podrá solicitar el apoyo de algún organismo encargado de la protección de derechos de NNyA, si no obstruye el acceso a la atención de su salud, ni impone demoras dañinas a su autonomía, integridad física o mental.

a.4). El consentimiento informado en estos casos se dará por escrito (salvo las excepciones contempladas en la Resolución 65/2015¹²) y tendrá la firma de la niña, y de las personas que la asistieron en la toma de decisiones. La historia clínica debe consignar los recaudos tomados por el equipo de salud para la conformación del consentimiento.

a.5). Todo embarazo de una menor de 13 años se considera fruto de una violación, por lo que da lugar al aborto sin límite de edad gestacional (y sin necesidad de declaración jurada). Todo embarazo de una menor de 15 años se presume que entraña un grave riesgo para la vida o la salud de la

¹² En los casos que por las condiciones de la persona gestante, el consentimiento no pueda emitirse por escrito, se otorgará en un formato que le resulte accesible como braille, digital, audio, entre otros¹².

niña o adolescente gestante, por lo que también habilita el aborto cualquiera sea la edad gestacional.

a.6). Es necesario hacer la denuncia ante el organismo de protección (art.30, ley 26.061) por resultar un delito de acción pública; pero la ejecución del aborto no debe condicionarse ni a la denuncia misma ni a autorización judicial o administrativa alguna.

b) Respecto de adolescentes de entre 13 y 16 años: la resolución MSAL establece que pueden brindar su consentimiento en forma autónoma *cuando no se trate de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida.*

b.1) En caso que para la IVE o ILE deba utilizarse un procedimiento que *implique un riesgo grave para la salud o vida de la persona adolescente*, será necesario que el consentimiento se preste con la asistencia de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, *personas allegadas o referentes afectivos*. Esta asistencia implica acompañar a quien es titular del derecho, es decir, a cada adolescente, para que pueda decidir sobre la interrupción del embarazo.

b.2). En estos casos excepcionales, si existiera una negativa de quien asiste a la persona adolescente a acompañar su decisión, podrá ser asistida para brindar *su consentimiento por otro referente afectivo*. Si no existiera esta posibilidad, el conflicto se resolverá desde el equipo de salud teniendo en cuenta el interés superior de la persona adolescente, la regla de no sustitución del consentimiento y su aptitud para decidir en base al desarrollo de su autonomía progresiva. El equipo de salud debe consignarlo en la historia clínica.

b.3) Si correspondiera declaración jurada, la persona adolescente puede firmar por sí misma.

b.4). Recomienda fomentar que las adolescentes cuenten con compañía y apoyo de una persona de su confianza durante el proceso, pero nunca esta compañía será requisito para el acceso a la práctica.

Es decir que según cómo se califique a la práctica abortiva (es decir invasiva y generadora de riesgos para la integridad, salud o vida de la menor, o no), podría admitirse que las adolescentes de entre 13 y 16 años, consientan autónomamente la ILE/IVE. Recordemos que para definir tal calificación, la Resolución 65/2015 del MSAL (insólitamente interpretativa de la legislación de fondo), establece que el criterio de "invasividad" utilizado por el art. 26 Cód.Civ. y Com., debe entenderse como tratamientos de "gravedad

que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud". Y estrecha la hermenéutica al considerar que la evaluación del profesional interviniente deberá ser realizada sobre evidencia científica que muestre una probabilidad considerablemente alta de tal riesgo con estudios clínicos, estadísticas sanitarias u otras.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN NORMATIVO EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO DE MENORES

Tan profusa normativa (reiteramos: el art. 7 de la ley 27.610 remite al régimen general de consentimiento informado de la ley 26.529 y del art. 59 Cód. Civ y Com.; el art. 8 inc. b) remite a las seis normas referidas, a las que se suman dos resoluciones sobre la materia dictadas por MSAL), hesita el panorama y genera planteos que atraviesan cuestiones ontológicas, de constitucionalidad, de prelación normativa, de tensión (cuando no contradicción) entre normas de diferente rango, que lejos de aportar claridad para médicos, pacientes, progenitores y demás operadores involucrados, genera confusión en un tema de significativa trascendencia.

Nos proponemos conjugarlas para determinar su alcance:

a) Remisión a la Ley 26.529 sobre derechos del paciente, modificada por Ley 26.742

La ley 26.529 es enjuta en disposiciones sobre menores, apenas enuncia en el art. 2 que prioritariamente los NNyA deben ser *asistidos* por profesionales de la salud sin menoscabo y distinción alguna. Y que tienen derecho a *intervenir* en los términos de la ley 26.061 los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos que involucren su vida o salud.

Y aplica el mecanismo de sustitución de la decisión en los casos de: 1) los pacientes con incapacidad (no aclara a qué incapaces incluye, pero es dable suponer que es a todos los del art. 24 del Cód. Civ. y Com.); y 2) aquellas personas imposibilitadas de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico.

Agrega que, 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, conviviente y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

El texto suscitó diferentes inquietudes en la doctrina¹³, por cuanto no precisaba el alcance de la referida *asistencia* de los profesionales médicos, no tenía en cuenta las diferentes etapas madurativas abarcadas por la franja niñez-adolescencia, ni definía el alcance de la *intervención* del propio menor frente a los restantes actores, en la toma de tales decisiones.

Su decreto reglamentario 1089/12 aporta mayor claridad, al establecer que habrá consentimiento por representación respecto de: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad.

Pero admite que cuando los menores puedan comprender el alcance de la práctica a autorizar, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades del paciente menor de edad, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento.

De acuerdo con estas pautas, la decisión del menor deberá ser integrada por el consentimiento de sus progenitores o tutores. No se trata pues de representación ni de sustitución sino más bien de un *consentimiento participado*: es el menor el que presta el consentimiento asistido por sus responsables parentales. La validez del acto estará supeditada a ello.

Además este decreto reglamentario incorpora un aporte efectivo de solución, para los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un *conflicto con los representantes legales*, o entre éstos, el profesional deberá elevar el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061.

¹³ Fernández Silvia “Derechos de NNyA y final de la vida” en Tratado sobre Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. Dir. Grosman, Rubinzal Culzoni 2019 Tomo I pág141.

Por su parte la ley 26.742¹⁴ que reforma la ley 26.529 se concreta en dos líneas: a) explicita la potestad de los representantes legales de tomar decisiones sobre el final de la vida rechazando el encarnizamiento terapéutico; b) precisa los requisitos y el orden de prelación en la toma de decisiones, de la ley 24.193 de ablación e implante de órganos¹⁵.

Por su parte el art. 59 Cód. Civ. y Com. en materia de sustitución del consentimiento, se descalza de lo antedicho, al referir que solo por excepción, cuando la persona está absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud, podrán otorgarlo los representantes legales, apoyos, cónyuges, convivientes, parientes o allegados.

b) Régimen etario del art. 26 Cód. Civ. y Com.

i) Los menores de 13 años: El art. 26 del Cod. Civ. y Com. al que remite la ley 27.610 no regula cuestiones referidas al ejercicio de derechos vinculados a la salud de los menores de 13 años, ello en concordancia con lo dispuesto en el art. 261 que reputa involuntarios por falta de discernimiento para los actos lícitos de las personas que no han cumplido esa edad.

¹⁴ Ley 26.742 BO 24.12.12 que reforma art. 6 de la ley sobre derechos del paciente e incorpora los derechos sobre la llamada “muerte digna”.

¹⁵ Ley 24.193 art. 6: “*Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario*”. El art. 21 la ley 24.193 de ablación e implante de órganos establece el siguiente orden de prelación: “*a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de 3 años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de 18 años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años; e) Cualquiera de los nietos mayores de 18 años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador*”.

Es decir que para prestar consentimiento sobre cualquier práctica médica, y obviamente una ILE, será requisito ineludible la participación de los progenitores, representantes legales necesarios. Y de conformidad con su edad y competencia, la niña involucrada deberá ser informada de modo accesible y adecuado, para participar en tal decisión.¹⁶

No puede admitirse que una resolución ministerial, en este caso la Resolución MSAL 1063/2023 dictada en consonancia con la ley 27.610, establezca mecanismos que autoricen a brindar el consentimiento con asistencia de sujetos distintos de sus progenitores/representantes legales, como serían aquellas personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas allegadas o referente afectivos. Tampoco puede admitirse que en caso de negativa de sus progenitores a consentir la práctica, la niña solo pueda ser acompañada en la decisión por cualquier otro *referente afectivo*.

ii) Los adolescentes entre 13 y 16 años: la solución se zanja en el mismo artículo del derecho de fondo (con algunas discrepancias en doctrina sobre la hermenéutica de la terminología usada)¹⁷, con la calificación de invasivo o no invasivo que tuviera el tratamiento/práctica médica a efectuarse y las posibles consecuencias/riesgos que trajera aparejados en la salud y/o integridad y/o vida del menor.

Entendemos que cualquiera sea el procedimiento abortivo empleado, la IVE/ILE siempre resultará un tratamiento invasivo o que compromete el estado de salud psicofísica o pone en riesgo la integridad o vida de la madre gestante.

En el caso de un legrado instrumental o por aspiración, estamos frente a una práctica que irrefutablemente se caracteriza por su invasividad y trae aparejados riesgos vinculados a sangrados, infecciones, uso de anestias, esterilidad consecuente, entre otros.

Y en el caso de un aborto medicamentoso, que es aquél que requiere de la ingesta y/o la colocación intravaginal de comprimidos (prostaglandinas) es decir una práctica no invasiva, los mismos riesgos y

¹⁶ En igual sentido lo dispone el art. 4 del dec. 1.282/2003 que reglamenta la ley 25.673 de Programa nacional de salud sexual y procreación responsable.

¹⁷ Maluf Martínez, Melina “El Derecho a la salud de niños y adolescentes: su tratamiento en el Código Civil y Comercial Argentino” 30.04.2021. Microiuris Cita: MJ-DOC-15885-AR | MJD15885

otros también se presentan: sangrado continuo, tejido del embarazo que no salga completamente del cuerpo y exija una cirugía posterior, rotura uterina provocada por las contracciones en casos de cicatrices previas (cesáreas u otros abortos anteriores), esterilidad consecuente, infecciones, entre otras.

Además, resultan indubitadas las consecuencias psicológicas de un aborto en una madre niña/adolescente¹⁸, quizá equiparables a aquellas derivadas de un embarazo no deseado, pero no por ello desdeñables.

Por lo expuesto, consideramos que en esta franja etaria también será requisito ineludible la participación de los progenitores que deberán asistir el consentimiento prestado por la adolescente gestante.

c) Sujetos que asisten el consentimiento informado para una ILE/IVE

El andamiaje legal construido por la ley 27.610, con sus remisiones y concordancias (en especial la Resolución MSAL N° 65/2015¹⁹, además de las Resoluciones citadas N° 1841/2020, y N° 1063/2023 vigentes), pretende que la intervención y el asentimiento de los progenitores/tutores pueda ser sustituido por el de otras personas, lo que no está previsto en la legislación de fondo.

Lo mismo ocurre respecto de las personas restringidas en su capacidad o declaradas incapaces (conforme refiere el art. 9 *in fine*).

Con ello -y a partir de la remisión al Decreto 415/2006 referido en el acápite siguiente- intenta elongar la interpretación del término “progenitores” del art. 26, a las “personas allegadas” mencionadas por el art. 59 pero para supuestos distintos y de excepción²⁰, y con ello admitir que las

¹⁸<https://psicologiacientifica.com/terapia-duelo-aborto-adolescentes/>
<https://revia.areandina.edu.co/index.php/Nn/article/view/1319>

¹⁹ Resolución Ministerio de Salud de la Nación 65/2015. Documentos de acuerdo 2.2. *in fine*

²⁰ Art. 59 *in fine* “...Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

NyA puedan brindar su consentimiento con la asistencia de quienes ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, *personas allegadas o referentes afectivos*.²¹

Si pensamos que los embarazos de niñas y adolescentes tienen en la mayoría de los casos origen en abusos intrafamiliares o de entornos cercanos (convivientes de la madre de la gestante, hermanos, medios hermanos, parientes, vecinos) admitir que se sustituya la asistencia de los progenitores para prestar el consentimiento de una ILE con la de un *allegado afectivo*, podría significar que fuera el agresor quién asista para dar el consentimiento, colocando a la gestante en una situación de mayor vulnerabilidad aún.

a. Remisión al Decreto 415/06 reglamentario de la ley 26.061 sobre protección de NNyA.

Reiteramos que el art. 8 de la ley 27.610 también remite a este decreto al regular el consentimiento para la práctica, al referir que se procederá “...conforme el artículo 7° del anexo I del decreto reglamentario 415/06...”, que dispone “*Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para NNyA, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección*”.

Como adelantamos *supra*, en esta remisión la ley 27.610 nuevamente acomete en lo relativo a involucrar a sujetos distintos de los progenitores, en el consentimiento de una ILE.

²¹ La ambigüedad del término “allegado” puede generar problemas fácticos e interpretativos. La inclusión del “allegado que acompaña al paciente” del art. 59 CCC resulta de relevancia para los casos de emergencia y parece hecha para dar una solución práctica a situaciones en las que la persona pudo haber sufrido un accidente o una situación inesperada sin que haya familiares cerca. Saux, Edgardo I., Código Civil y Comercial Comentado, T. I, Lorenzetti, Ricardo (Director), Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 309.

Pero no puede soslayarse que este decreto reglamenta la *Ley de protección de NNyA*, que como lo indica su propia titulación, tiene una finalidad tuitiva del interés superior del niño.

Y en esa tésis, la norma define qué se entenderá por familia ampliada “*además de los progenitores*” a aquellas “*otras personas vinculadas a los NNyA, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o asimilarse al concepto de familia ampliada a quienes mantengan vínculos significativos y afectivos con ellos*”.

Es decir “suma” personas al entorno infantil, pero en modo alguno sustituye la representación legal necesaria de los arts. 100 y 101 del Cód. Civ. y Com. para actos de tal trascendencia.

b. *Última remisión de la ley 27.610: al dec. 1.282/2003 reglamentario de la ley N° 25.673 que crea Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*

El art. 4 de este decreto²², refiere quiénes deben recibir la información sobre salud sexual y reproductiva al expresar “que los menores de 14 años podrán recibir información y serle prescriptos métodos anticonceptivos y de protección de enfermedades con la asistencia de sus padres o un adulto de referencia”.

No podemos considerar asimilable el acompañamiento de “un adulto de referencia/adulto responsable” para recibir información o prescripción de métodos de anticoncepción, con la asistencia de los progenitores para prestar el consentimiento para la práctica de una ILE.

²² Dec.1282/2003 regl. ley 25.673 art. 4: “*A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario...en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas ...procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de catorce años. Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. En todos los casos ... se prescribirán...métodos de barrera, ...a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual... En casos excepcionales, podrá prescribir otros métodos debiendo asistir las personas menores de 14 años, con sus padres o un adulto responsable*”.

d) El artículo 644 Cód. Civ. y Com.: consentimiento de progenitores adolescentes

No podemos olvidar dentro del análisis del marco normativo, las disposiciones del art. 644 que exige integrar el consentimiento de los progenitores adolescentes con el de sus padres (abuelos), cuando se trate de actos trascendentes para la vida o los derechos del niño: “Los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. *El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.* En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto la ley local”.

Es difícil imaginar qué acto puede ser más trascendente o lesionar más gravemente los derechos del niño, que interrumpir su gestación.

Aparece indispensable una legislación que estructure un andamiaje de protección armónico e inequívoco, que respete las competencias de NyA conforme su capacidad progresiva y autodeterminación en un tema trascendente, sin excluir a sus progenitores ni dejarlos librados a su suerte.

5. CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA PRACTICAR ILE EN GESTACIONES AVANZADAS

A la luz de recientes fallos²³, se plantea una nueva arista del multifacético consentimiento informado, al considerar algunos magistrados que el consentimiento prestado para una ILE, pueda ser considerado también

²³JFamilia, Paso de los Libres, “N. M. R. s/situación de N. N. A.” 27/03/2019 AR/JUR/27374/2019; Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y Genero de Córdoba “Z.M.P.s/control de legalidad”16.12.2022: MJ-JU-M-142725-AR|MJJ142725; Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Córdoba N° 4 “D. L. s/control de legalidad” 12.06.2023 MJ-JU-M-145447-AR|MJJ145447|MJJ145447

“la pieza que otorgue consistencia jurídica a la voluntad de la gestante”, a fin de dictar la declaración judicial de adoptabilidad del nacido como consecuencia de la práctica.

No está previsto en la ley 27.610 qué ocurriría frente al nacimiento de un niño, en oportunidad de la práctica de interrupción de un embarazo avanzado. Tampoco está regulado en art. 607 Cód. Civ. y Com. tal supuesto, como habilitante a la declaración judicial de adoptabilidad (que además requiere que la decisión libre e informada de los progenitores sea tomada luego de 45 días de producido el nacimiento).

Ni está prevista en nuestra legislación, la posibilidad de que no aparezca el dato biológico de la gestación y parto de que quién decidió un aborto al que sobrevivió el niño.²⁴

Al respecto, hay dos tendencias en el establecimiento de la maternidad, la de los países que optan por el principio de *mater semper certa est* (como el nuestro conforme el art. 565 Cód. Civ. y Com) y aquellos que permiten la maternidad anónima, subordinándola a la voluntad de la mujer, ya sea mediante el reconocimiento expreso o tácito o permitiendo el desconocimiento de la maternidad registrada (Italia, Francia y Luxemburgo).²⁵

Estamos entonces frente a una laguna de derecho, que muchas legislaciones han resuelto en defensa de los derechos del nacido.²⁶

²⁴ El Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género 5º nominación de Córdoba declaró en septiembre 2022 inaplicable el art.565 del Cod.Civ. y Com en cuanto determina que la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, y dispuso anular el dato biológico de la gestación y el parto con la finalidad de disociarlo de la filiación.

²⁵ Francia, representa el ejemplo paradigmático del parto anónimo, en razón de hacer depender la determinación de la maternidad no matrimonial de la voluntad de la madre y consecuentemente permitir que no quede registro de la identidad de la mujer en el hospital donde dio a luz. Italia: reconoce el anonimato –con mayor amplitud que la francesa- y la posibilidad que la mujer parturienta se acoja al anonimato sobre su maternidad. En ese país, la maternidad –no matrimonial– requiere de un reconocimiento voluntario para su inscripción, brindando la posibilidad que la mujer dé a luz en el completo anonimato, sin que su identidad conste en el parte médico de asistencia al parto.

²⁶ En Italia la ley dispone que cuando existe la posibilidad de vida autónoma del feto, el médico interviniente en el aborto tiene el deber de adoptar todas las medidas idóneas para salvaguardar la vida del feto (art. 7 ley 194). En 2002, Estados Unidos, sancionó la ley de protección de recién nacidos vivos (Born-Alive Infant Protection Act - BAIPA) que

Los paradigmas sobre los que se sustentó la ley de aborto en nuestro país, se desvanecen en el caso porque no hay dos derechos en colisión que ameriten privilegiar a la gestante, sino por el contrario preservar la vida del neonato.

En nuestro país, la Ley 25.929, sobre prestaciones de las obras sociales relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, refiere los derechos del neonato vinculados al respeto de su vida y dignidad.²⁷

El tema desata una cantidad de hipótesis vinculadas, tales como: la posibilidad de la gestante de revocar el consentimiento brindado para la ILE cuando se le informa la sobrevida de su hijo; la alternativa de entregarlo en adopción y en tal caso, la necesidad de citar al juicio a la gestante para que ratifique o rectifique su decisión de entregarlo en adopción, o por el contrario no hacerlo, para respetar su autodeterminación registrada en el consentimiento para la ILE (y evitar comparencias innecesarias conforme lo establece la Reglas 69 de las 100 Reglas de Brasilia²⁸); la inconveniencia de entregar el cuidado del recién nacido a quien prestó su conformidad para terminar con su vida, por considerar que ello constituye una causal de privación de la responsabilidad parental; entre otros.

modificó el US Code en la sec. 8 de su título 1º, libro 1º para establecer que los términos "persona", "ser humano", "niño" o "individuo" incluyen un niño nacido vivo en cualquier etapa de su desarrollo", cita Laferriere, Jorge Nicolás "El nacimiento con vida luego de un aborto: análisis jurídico" 05.04.2021 www.centrodebioetica.org Id SAIJ: DACF210089

²⁷ **ARTICULO 3º 25.929.** Toda persona recién nacida tiene derecho:

- a) A ser tratada en forma respetuosa y digna.
- b) A su inequívoca identificación.
- c) A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación o docencia, salvo consentimiento, manifestado por escrito de sus representantes legales, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética.
- d) A la internación conjunta con su madre en sala, y a que la misma sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquélla.
- e) A que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo, así como de su plan de vacunación.

²⁸ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por Asamblea Plenaria XIV Edición Cumbre Judicial Iberoamericana. CSJN adhirió mediante Acordada N° 5/2009.

Como vemos, luce necesario que el consentimiento en prácticas ILE en gestaciones avanzadas, al menos incluya información relativa a la posibilidad de un nacimiento viable conforme la edad gestacional del feto y que, en hipótesis de sobrevida, la gestante conoce y acepta las consecuencias derivadas para preservar la vida del nacido.

La situación requiere cuidadosa valoración y aquilatada solución en un escenario altamente sensible, signado por las coordenadas de instituciones de género (derecho de la mujer a interrumpir el embarazo) y de niñez (protección de los derechos de quien nace a partir de la práctica abortiva). Y si la gestante es menor, también de la madre-niña.

**LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN
(TICS) EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: SU IMPACTO EN EL
CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Por María Julia Fornari¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata,

1. El consentimiento informado brindado en el marco de la telemedicina, además de importar el ejercicio de derechos personalísimos relativos a la integridad personal, libertad y autodeterminación sobre el propio cuerpo, involucra aspectos del derecho a la intimidad y a la privacidad de los datos en él incluidos.

2. El consentimiento informado electrónico no se acota a la aceptación del acto médico suficientemente informado, sino que ha de incluir la aceptación relativa a la modalidad telemática utilizada y a la confidencialidad de la información brindada y/o almacenada, vinculada a la autodeterminación informativa.

3. El consentimiento informado electrónico otorgado por sustitución, debe ser regulado conforme las pautas generales, con independencia de lo previsto por la ley 25.326 sobre legitimación para la acción de protección de datos personales.

De lege ferenda,

4. Se postula la reforma del art. 8 in fine de la ley 27.706 que crea el Programa Federal Único de Informatización y digitalización de Historias Clínicas de la República Argentina, para que en casos de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información contenida en la historia clínica electrónica, a causa de la menor edad, o del estado físico o psíquico, ésta sea brindada a los representantes legales, de conformidad con las disposiciones del Cód. Civ. y Com. y concordantes.

5. Se postula una reforma integral de la ley derechos del paciente, que como norma basal structure un andamiaje completo, en materia de

¹ Profesora Adjunta de Elementos de Derechos Civil Universidad de Buenos Aires, Profesora de Posgrado en la Pontificia Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral.

consentimiento informado incluyendo las tecnologías (y con ellas la regulación del consentimiento informado electrónico); lo relativo al consentimiento de menores y por sustitución. Asimismo, tal reforma debería resolver otros aspectos incompletos o no resueltos: lo referido a los diversos consentimientos para las técnicas de reproducción asistida y a la fecundación post mortem; las directivas anticipadas según la competencia del postulante y determine su instrumentación; entre otras

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos son vertiginosos e impactan en todas las órbitas de la vida cotidiana, cada vez más permeable ellos: la comunicación, la educación, los vínculos interpersonales, la identificación individual, las firmas electrónicas o digitales de documentos, el comercio, la seguridad, y también la medicina.

Los derechos personalísimos no son ajenos a estos cambios y advertimos que presentan una dimensión digital merecedora de tutela (la identidad digital, el derecho al olvido, la intimidad en las redes, entre tantos). En ese derrotero nos proponemos analizar algunos aspectos de la nueva configuración del consentimiento informado, en tales entornos.

Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron por unanimidad que las nuevas tecnologías imponen una mirada aperturista de la noción de derechos personalísimos, con inclusión de nuevas categorías acordes a los desarrollos de la ciencia y de la técnica, e inspiradas en una visión humanista.²

2. LOS NUEVOS HORIZONTES DE LA MEDICINA INFORMÁTICA.

La telemedicina ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud como *“la prestación de servicios de atención de salud, cuando la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de la salud que utilizan tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para el*

² XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (JNDC) 2022 Mendoza: Comisión
1 Parte general “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías”
<https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/institucional>

*intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación, y para la educación continua de proveedores de atención de salud, todo ello para la promoción de la salud de los individuos y sus comunidades”.*³

Es decir que estamos frente un modo más de ejercer la medicina, que se justifica en situaciones en las que el médico no puede estar presente físicamente en un tiempo seguro y aceptable; en la gestión de enfermedades crónicas; o en el seguimiento de otras después de un tratamiento personal inicial cuando se haya probado que es segura y eficaz; entre otras situaciones particulares. Vimos su utilidad y conveniencia durante el aislamiento social provocado por la pandemia de Covid 19.

Dejando a salvo los beneficios que trae aparejada esta modalidad de prestación de atenciones de salud, la telemedicina siempre constituye un suplemento, no un sustituto del necesario encuentro directo, cara a cara entre médico y paciente, que se priorizará especialmente en supuestos de sujetos vulnerables (por ejemplo en el caso de atención de adultos mayores⁴).

Es decir que siempre ha de prevalecer la relación personal desarrollada de manera presencial, basada en un examen personal directo y en el conocimiento suficiente del historial médico del paciente, en la comunicación eficaz que permita el establecimiento de confianza y el aporte de información necesaria. Y el profesional solo optará por la telemedicina, cuando considere que, en las circunstancias del caso, es la mejor opción a su alcance.⁵

³ Fornari, María Julia en “Estudios sobre Capacidad y Derechos personalísimos” Homenaje al Profesor José W. Tobías. Dir. Saux Edgardo y otros La Ley Tomo II Thomson Reuters pág 135

⁴ JNDC Conclusión 11: En el caso de actos jurídicos a materializarse por medios tecnológicos, debe ofrecerse a los adultos mayores la opción de celebrarlos por medios tradicionales. Aprobada por unanimidad.

⁵ En tal sentido, la Asociación Médica Mundial modifica su versión anterior y dispone en su Código Internacional de Ética Médica: punto 26) “...que al prestar consulta médica o tratamiento de manera remota el médico debe asegurarse de que esta forma de comunicación sea médicamente justificable y de que se proporcione la atención médica necesaria. El médico también debe informar al paciente sobre los beneficios y límites de recibir consulta médica y tratamiento de forma remota, obtener el consentimiento del paciente y garantizar que se respete la confidencialidad del paciente. Siempre que sea médicamente apropiado, el médico debe tratar de prestar consultas y tratamientos médicos al paciente a través del contacto personal directo”. Adoptado por la 3ª Asamblea General

Por su parte la *E-salud* constituye un concepto más amplio, que abarca la telemedicina e implica todo aquello que utiliza las TICs para mejorar las acciones de salud en los ámbitos de prevención, diagnóstico, tratamiento, monitoreo y gestión, incluyendo: registros médicos electrónicos, distintos tipos de servicios de telemedicina, portales de salud y sistemas de gestión hospitalaria.

Resulta claro que la posibilidad técnica actual de combinar y cruzar los datos presentes en diversas bases (*data-mining*), modifica el valor de tales datos, que aislados, carecían de relevancia. Ello permite construir perfiles de individuos al margen de su consentimiento, generando una nueva forma de violación de la intimidad y comercialización de la información, que no se encuentra suficientemente regulada.

Entonces el consentimiento informado en la telemedicina, además de importar el ejercicio de los derechos personalísimos relativos a la integridad personal, libertad y autodeterminación sobre el propio cuerpo, involucra aspectos del derecho a la intimidad y a la privacidad de los datos en él incluidos.

3. ELONGACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ENTORNOS DIGITALES.

Es decir que el campo de la informática sanitaria impone la elongación del consentimiento informado en su faz tradicional: además de nutrirse con la información relativa a la práctica médica en sí misma, deberá integrar lo relativo a la privacidad de la información contenida, la creación con ella de bases de datos, su almacenamiento y los accesos múltiples a tal información.

La protección de la privacidad del paciente, que remite a su autonomía, a su libertad de elección y decisión sobre tratamientos médicos, también requerirá que el consentimiento sea prestado para cada uso de la información personal relativa ellos, contenida en base de datos o en los registros médicos electrónicos consecuentes.

Es decir que deja de encontrarse acotado a la relación médico-paciente y a la realización de una práctica determinada, para desplegarse hacia otros confines. Si bien el uso primordial de la información del paciente

de la AMM, Londres, Inglaterra, octubre 1949 Enmendado por la 73ª Asamblea General de la AMM, Berlín, Alemania, octubre 2022.

es para los cuidados de su propia salud, también lo es mediatamente para aportar beneficios a la salud pública, por ejemplo cuando la información ingresa anónimamente a bases de datos epidemiológicas⁶, con fines preventivos de la salud comunitaria, o para fines de investigación sanitaria.

Aquí entran en tensión el ejercicio el derecho individual (a la autodeterminación informativa del paciente) con la promoción del bienestar general de la comunidad, que solo podrán amalgamarse con una regulación que garantice a la persona la protección de la información sensible vinculada a sus antecedentes médicos y a sus decisiones autónomas.⁷

4. CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO ELECTRÓNICO.

Entendemos entonces que el “consentimiento informado electrónico” tiene requisitos añadidos, ya que no se acota a la aceptación del acto médico suficientemente informado, sino que ha de incluir la aceptación relativa a la modalidad telemática y a la confidencialidad de la información brindada y/o almacenada, vinculada a la autodeterminación informativa.

Es decir que el profesional que actúe en esta modalidad, deberá recorrer previamente este particular itinerario para arribar al asentimiento de la práctica, y para ello habrá de:

- a) informar de forma completa sobre el uso de la herramienta telemática respectiva, el proceso informático y las implicaciones que su utilización conlleve para la salud del paciente,
- b) informar sobre las razones profesionales que lo llevan a utilizar estos medios, en detrimento de otros medios convencionales,

⁶ Schulkin Julieta Infobae 11.04.2020 reportaje a un integrante del Hospital Italiano de Buenos Aires ”Informática en salud, una especialidad que deberá crecer: cómo se usan los datos “...todo esto va a un único repositorio de datos clínicos que luego se utiliza tanto para la investigación como para el monitoreo epidemiológico ya no a nivel de una persona, sino de las poblaciones. Este tablero de procesamiento de datos es muy útil en el caso de la pandemia porque permite entender el panorama global de la población” <https://www.infobae.com/america/tecno/2020/04/11/informatica-en-salud-una-especialidad-que-debera-crecer-como-se-usan-los-datos/>

⁷Ley 25.326 de Protección de los datos personales. art. 10 regula el deber de confidencialidad, admitiendo que el obligado pueda ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública.

c) cerciorarse de las aptitudes del paciente y/o sus familiares para manejar los dispositivos a usarse, y la competencia para autenticar, obtener, cifrar, transmitir, recibir, documentar e interpretar la información que envían y reciben a través del sistema de telecomunicación,

d) garantizar la identificación veraz del profesional y del paciente. Es esencial que el médico y el paciente acrediten su identidad suficientemente (con credenciales y documentos) y que se mencione en la historia clínica cuál es el método de identificación utilizado,

e) brindar la información relativa a los aspectos de privacidad, el manejo de los datos que se consignarán en la historia clínica, la posibilidad de fallas tecnológicas, incluidas violaciones de la confidencialidad, protocolos de contacto durante las consultas virtuales, políticas de prescripción de fármacos y coordinación de atención con otros profesionales de la salud de manera clara y comprensible, sin influenciar la decisión del paciente,

f) advertir que su información podrá ser conocida por las personas que colaboran con el médico o que son consultadas por él (por ejemplo en teleconsultas de segunda opinión), y deberá consentir en que así se haga,

g) informar al paciente que tanto médicos y enfermeras, auxiliares, ingenieros y técnicos especialistas en informática, gestores de las redes de telecomunicación ente otros, están obligados a respetar la confidencialidad de la información que manejan relativa al paciente.⁸

⁸Gonzalo Herranz “Aspectos éticos de la telemedicina” Departamento de Humanidades Biomédicas, Universidad de Navarra. Ponencia VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid.21.10.2000. De Lorenzo Aparici Ofelia “Telemedicina: ética y responsabilidad” 08.02.2021 <https://dx.doi.org/10.4321/s0376-78922020000500002>

Valerio Monge, Carlos. J. 2021. “Telemedicina. Una mirada a las buenas prácticas éticas y jurídicas internacionales. En particular, la confidencialidad y el consentimiento informado en la legislación latinoamericana”. Centro de estudios de Bioderecho, Ética y Salud Universidad de Murcia

Bioderecho.es 1-21. <https://doi.org/10.6018/bioderecho.510241>

Advertimos que resulta imprescindible precisar legalmente los alcances del consentimiento informado en las prácticas telemédicas, con este contenido y alcance.⁹

5. REGULACIÓN LEGAL DE LA TELEMEDICINA: AUSENCIA DE NORMAS SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO ELECTRÓNICO.

En nuestro país existen diversas normas que regulan de un modo desordenado e incompleto el tema: el Protocolo con Directrices de Organización y Funcionamiento para la teleconsulta implementado por la resolución ministerial 3316/2023¹⁰; la ley 27.553 sobre recetas electrónicas y digitales que habilitó la teleasistencia para el ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración, así como la psicología; y la ley 27.706¹¹ que crea el Programa Federal Único de Informatización y digitalización de Historias Clínicas de la República Argentina.

Ninguno de estos instrumentos legales contiene regulación específica relativa al consentimiento informado electrónico. En general solo se limitan a referenciar la necesidad de contar con él, y formulan una remisión al cumplimiento de las normas de la ley 26.529 sobre derechos del paciente y/o a la ley 25.326 de protección de los datos personales y sus modificatorias, pero ninguna de estas normas incluye las particularidades que reseñamos precedentemente.

La ley 27.706 que crea el Programa Federal Único de Informatización y digitalización de Historias Clínicas de la República Argentina, en su artículo 8º refiere el contenido y titularidad de la historia

⁹ Así lo han entendido las Conclusiones (Nº 24 aprobada por unanimidad) en las JNDC.

¹⁰ Resolución 3316/2023 Ministerio de Salud 02.11.2023 Directrices de organización y funcionamiento para la teleconsulta refiere en ap. 3: “El equipo de comunicación a utilizar (audio y video) debe implementar el uso de sistemas informáticos con cifrado y encriptado, vigentes, actualizados y auditables, que aseguren la calidad, seguridad y protección de los datos personales, conforme a lo establecido por la Ley Nº 25.326 Protección de Datos Personales y la Ley Nº 26.529 Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado”.

¹¹ Ley 27.706. BO 26.03.2023. Palacio José María, “Registros médicos: implicancia legal y su transición a las nuevas tecnologías ¿por qué documentar en salud?” Universidad Católica de Córdoba.

clínica electrónica y allí aparece integrándola, el consentimiento informado: *“El paciente es titular de los datos y tiene en todo momento derecho a conocer la información en la Historia Clínica Electrónica que es el documento digital, obligatorio, con marca temporal, individualizada y completa, en el que constan todas las actuaciones de asistencia a la salud efectuadas por profesionales y auxiliares de la salud a cada paciente, refrendadas con la firma digital del responsable.... Forman parte los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas y/o profesionales, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, certificados de vacunación, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas.*

En caso de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma debe ser brindada a su representante legal o derecho habientes, conforme lo establecido por la ley 25.326 de protección de los datos personales y sus modificatorias”.

Esta última remisión para definir quiénes recibirán la información por sustitución, se presenta inconexa, porque el artículo 34 de la ley 25.326 solo define quiénes tendrán legitimación activa para la acción de protección de datos personales o hábeas data, disponiendo que serán el afectado, sus tutores o curadores (es decir sus representantes legales) y los sucesores de las personas en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

No resulta claro si esta sustitución se dará cuando la *incapacidad del paciente o su imposibilidad por el estado físico o psíquico* le impida comprender la información del acto médico que integrará el consentimiento informado electrónico; o la información referida al contenido *in totum* de la historia clínica electrónica que lo incluye, o ambos.

Por su parte debemos mencionar el proyecto de ley sobre protección de datos personales, en sintonía con la más avanzada regulación de protección de datos en el mundo¹², que refiere en su art. 1: *“La presente ley*

¹² La Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) tomó como aporte conceptual los más recientes estándares, recomendaciones y lecciones de nuestra región y el mundo: Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales (RGPD); el Convenio 108 y su versión modernizada; las Recomendaciones de Ética de Inteligencia Artificial de la UNESCO; los avances a nivel regional como los “Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos” de la Red Iberoamericana de Protección de

tiene por objeto garantizar el ejercicio del derecho fundamental de las personas humanas a la protección de sus datos personales y su privacidad, y establece las reglas para el debido tratamiento de los datos personales y la autodeterminación informativa, así como los derechos de las personas humanas y los deberes de quienes realizan su tratamiento”.

Por su parte el art. 14 regula el consentimiento en general y establece que *“si la base legal para el tratamiento de datos es el consentimiento del titular, se requiere que éste sea expreso, previo, libre, específico, informado e inequívoco para una o varias finalidades determinadas, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa. Se entiende por: a) previo, si se solicita el consentimiento antes de la recolección de los datos; b) expreso: si el Titular exterioriza su voluntad con una clara acción afirmativa. c) libre, si se encuentra exento de vicios; el Titular de los datos debe tener la opción de negarse a otorgar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno; d) específico, que, si el tratamiento de datos tiene varios fines, el Titular otorgue el consentimiento para cada uno de ellos; e) informado, de modo que el Titular cuente con la información establecida en el artículo 16; f) inequívoco, de manera que no presente dudas sobre el alcance de la autorización otorgada por el titular”.*

Tobías ha advertido acerca de la magnitud de los riesgos derivados de la implementación de los avances científicos y las nuevas tecnologías para los derechos personalísimos, exponiendo al respecto que *“un antídoto relevante —además de la información y la educación (que también debería formar parte de una legislación educativa, abarcativa de una tecnología con formación obligatoria comprensiva de los riesgos y la manera de contrarrestarlos)— le incumbe al Derecho con el centro en la reafirmación de los valores humanos y, sobre todo, en el resguardo de los derechos personalísimos”.*¹³

Datos (RIPD); las legislaciones de Brasil y Ecuador; los proyectos de ley de Chile, Paraguay y Costa Rica. En cuanto a los antecedentes de nuestro país se contemplaron tanto el proyecto de actualización de la Ley de Protección de Datos Personales presentado en 2018, como también, los proyectos de reforma parciales de la Ley N° 25.326 presentados que han perdido estado parlamentario.

¹³ Tobías José W. “Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías”, pub. En EBOOK-TR 2021, cita TR LALEY AR/DOC/3474/2020.

Las últimas Jornadas referidas, recomiendan el dictado de una legislación específica e integral sobre telemedicina y la inclusión de esta forma prestacional en el Plan Médico Obligatorio.

Conforme lo analizado concluimos que, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales para la protección de los derechos personalísimos, debe legislarse sobre las nuevas órbitas digitales de los institutos tradicionales.¹⁴

¹⁴JNDC conforme Conclusión 7: se aprueba por mayoría con una abstención.

EL CONSENTIMIENTO EN LA FERTILIZACIÓN POST MORTEM

Por María Julia Fornari¹

I. CONCLUSIONES

1. La realización de prácticas de FPM solo debería ser admitida excepcionalmente y en su caso, exigirse el consentimiento expreso del fallecido para continuar el proyecto parental en una TRHA después de su muerte.

2. La crioconservación de gametos no constituye un indicio de la voluntad procreacional, ni significa presunción del consentimiento para la práctica de una TRHA del participante fallecido.

3. La valoración del consentimiento informado para el uso de gametos post mortem debe ser más rigurosa que en las TRHA por actos entre vivos. Y su interpretación restrictiva a fin de acreditar que el consentimiento del fallecido se haya manifestado en forma clara, libre y deliberada en pos de continuar la TRHA después de su muerte.

4. Solo debe admitirse el “consentimiento presunto” para la transferencia de embriones crioconservados, como culminación de un proceso de procreación asistida, por respeto a su dignidad humana y en protección del derecho a la vida.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en general, y la fertilización *post mortem* (FPM) en particular, nos enfrentan a planteos éticos que cuestionan el límite del desarrollo de la ciencia y su razonabilidad, frente a los derechos humanos de los involucrados en ellas.

¹ María Julia Fornari, Profesora Adjunta de Elementos de Derechos Civil Universidad de Buenos Aires, Profesora de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad Austral.

Determinar en qué casos se debe admitir el legítimo deseo de los potenciales progenitores, y en cuáles limitar los planteos cuya procedencia implicaría afectar a otras personas o intereses dignos de protección implicados en el asunto, es un dilema que se debe resolver con un enfoque multidisciplinario y una visión abarcadora.

¿Acaso todo lo científicamente posible es ética y jurídicamente viable? ¿Cuáles son los intereses y derechos en juego en la FPM? Responder estas inquietudes es básico a los fines de alcanzar una regulación equilibrada y respetuosa de los derechos humanos comprometidos.²

La falta de legislación en materia de FPM, pone a merced de la discrecionalidad de los jueces intervinientes, la decisión sobre un tema trascendente y con variedad de aristas, lo que redundará en una manifiesta inseguridad jurídica.³

Por ello nos proponemos en este trabajo, analizar la importancia del consentimiento informado en las TRHA y en particular en la FPM, frente al silencio legislativo y las distintas voces de nuestra jurisprudencia.

2. CONCEPTO DE FERTILIZACIÓN *POST MORTEM* (FPM).

Las TRHA son el conjunto de técnicas o métodos biomédicos que facilitan o pueden sustituir a los procesos naturales de fecundación.⁴

La FPM constituye un supuesto especial de TRHA, cuya característica central radica en que la práctica se lleva a cabo después de la muerte de uno de los miembros de la pareja.

Puede suceder que la maniobra se realice para generar *post mortem* un embrión -con material criopreservado del fallecido u obtenido a través de su extracción cadavérica⁵-; o para la transferencia de un embrión crioconservado por la pareja, generado durante la vida de ambos.

²HERRERA, Marisa “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas” InDret, Revista para el Análisis del Derecho N°4 21.1.2017.

³ Fornari, María Julia “El consentimiento en la fertilización *post mortem*” Revista del Código Civil y Comercial VIII N° 3 Junio 2022.

⁴ En nuestro país se encuentran reguladas por la Ley 26.862 del 26.06.2013 y su decreto reglamentario 956/2013 del 18.07.2013

⁵ En general la extracción cadavérica es de semen, no así de ovocitos, por la complejidad en la producción, extracción y conservación de este material.

Y se utiliza el término *fertilización* en lugar de *filiación*, porque la filiación póstuma puede acaecer con prescindencia de las TRHA. El propio Código velezano regulaba la filiación póstuma en los artículos 240, 243 y concordantes, que preveían la presunción de filiación matrimonial en casos en que el marido hubiese fallecido con anterioridad al nacimiento; y el artículo 254 y subsiguientes del mismo régimen derogado, que daban lugar a la acción de reclamación de estado incluso después del deceso del supuesto padre.

En el actual Código Civil y Comercial (CCyC), los artículos 566 y 568 disponen con similar alcance la determinación de la filiación matrimonial, y los artículos 580 y 582 refieren las acciones de reclamación de filiación y prueba genética *post mortem*, en supuestos de fallecimiento previo del pretense progenitor.

La FPM puede presentarse en los siguientes casos:

a) La mujer se insemina artificialmente o fecunda sus ovocitos, con material genético del cónyuge/conviviente fallecido;

b) La mujer se implanta un embrión crioconservado generado por la pareja mediante las TRHA, luego del deceso;

c) La mujer solicita la extracción de material genético del cónyuge/conviviente fallecido a efectos de utilizar sus gametos para una posterior TRHA;

d) El hombre, decide continuar su proyecto parental luego de fallecer la mujer cónyuge/conviviente, y accede a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético de la fallecida, o con embriones a generarse con sus gametos;

e) Parejas homosexuales compuestas por mujeres donde fallece una de ellas (mediante embriones generados con material genético de la fallecida y un donante); o compuestas por hombres donde fallece uno de ellos (mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético del fallecido y una donante)⁶.

Si bien solo han llegado a la justicia argentina planteos referidos a supuestos de FPM frente a la premoriencia del hombre

⁶Perez, Agustina "Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mortem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?" Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Familia I, Rubinzal-Culzoni, 2016, página 181

(marido/conviviente), pueden producirse los restantes casos descriptos, u otros.⁷ Y en estos últimos, su análisis obliga a abordar lo relativo a la gestación por sustitución, instituto estrechamente vinculado al tema de la FPM, pero que excede el comentario del presente fallo.

3. REGULACIÓN DE LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM* EN EL DERECHO EXTRANJERO.

Existen distintos sistemas regulatorios de la FPM que pendularmente recorren las distintas alternativas: legislaciones que establecen su prohibición expresa⁸, legislaciones que la permiten y determinan las condiciones de realización y sus efectos jurídicos⁹; y aquéllas que como la argentina, optan por el silencio.¹⁰

En general los ordenamientos que la admiten, regulan el instituto sobre la base de dos ejes centrales:

- a) **el consentimiento previo e informado de la persona fallecida**, como expresión de la autonomía de su voluntad, a fin de asegurar las condiciones de ejercicio de la voluntad procreacional y la

⁷En Reino Unido en 2015 se dio el caso de una madre que pretendía implantarse gametos de su hija fallecida, que se encontraban crioconservados en EEUU "*Judgment in proceedings challenging the decision by the HFEA to refuse permission to allow export and use of female gametes after death of the donor. Issues of consent, correct use of powers and engagement of Article 8*", *Family Law Week*. <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed145462>

⁸Por ejemplo las legislaciones de Alemania, Francia, Italia y Suecia.

⁹ Por ejemplo las legislaciones de España (art. 9 ley 14/2006), Portugal (art. 22 ley 32/2006), Países Bajos, Bélgica, Israel, Grecia, Canadá. En Inglaterra: en 2003 se incorporó la posibilidad de que un hombre pueda quedar registrado como padre del niño póstumo, siempre que hubiese exteriorizado su consentimiento tanto para el uso de su material genético como para ser registrado como padre del niño nacido mediante esta FPM. En 2008 incorporó la extensión de efectos a la pareja/ cónyuge de la mujer a quien se le transfiere el embrión constituido por donación de semen de un tercero. En este caso, también se exige el doble consentimiento. Artículo 39, *Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm, HFEA, 2008*). En EE.UU.: algunos Estados como Alabama, Delaware, Illinois, Maine, New México, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington y Wyoming han promulgado localmente la Uniform Parentage Act -Ley de Parentesco Unificado. Otros Estados incluso contemplan la vocación hereditaria del futuro niño: como por ejemplo California, Luisiana, Virginia y Florida. También Australia; y en nuestra región: Uruguay (Ley 19167/ 2013) y Brasil

¹⁰ Por ejemplo en las legislaciones de México, Venezuela, Perú, Chile y la República Argentina.

continuación del proyecto parental. En procura del respeto de los derechos personalísimos de la persona fallecida;¹¹

- b) **el tiempo**, estableciendo un límite máximo para la realización de la práctica, a fin de garantizar la seguridad jurídica de todas las partes involucradas: mujer gestante, los herederos y el niño que pudiera nacer de ella.¹²

Y tales ordenamientos diseñan diferentes regímenes según haya presencia o ausencia de consentimiento del causante expresado en vida para realizar la FPM¹³; la eficacia del consentimiento tras el fallecimiento del sujeto; y posibilidad de transferir sólo embriones crioconservados, o también gametos.

4. AUSENCIA DE REGULACIÓN EN NUESTRO PAÍS: EL PROYECTADO ARTÍCULO 563 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL SILENCIO EN LA LEY 28.862.

El proyecto de nuestro CCyC contemplaba la FPM en el artículo 563 (texto derogado en el CCyC vigente).

Admitía la práctica y establecía como regla general la falta de filiación en los casos de FPM, salvo existencia de consentimiento expreso para la transferencia de embriones, e imponiendo una limitación temporal para la realización de la práctica.

Su texto rezaba: *“Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida: En caso de muerte del o la cónyuge o*

¹¹ Como lo requería el proyectado artículo 563 del CCyC, no vigente. Y lo recoge la jurisprudencia *in re* “C.E. s/ autorización” Expediente 14133/2018 JuzNac Civil Nº 7, 06.02.2020 http://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/28022020FA0003.pdf

¹² Aunque, respecto del plazo en el cual se puede ejercer el derecho a la FPM es posible distinguir entre: i) existencia de un plazo, ii) inexistencia de un plazo (donde cabe diferenciar entre inexistencia de plazo sin efectos hereditarios o con efectos hereditarios) y iii) combinación de existencia de plazo e inexistencia de plazo (el primero con efectos hereditarios y una vez transcurrido el mismo sin efectos hereditarios). Nuestra jurisprudencia en el fallo 'N. O. C. P. s/Autorización', Juzgado Nacional en lo Civil, Nº 87, 05.05.2016 admitió el uso de gametos después de 5 años.

¹³Ley 14/2006, 26.05.2006 sobre TRHA <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/com> en su Art. 9º que requiere del consentimiento expreso para el uso de gametos, pero admite el consentimiento presunto para la transferencia embrionaria.

conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

El debate parlamentario eliminó la regulación de la FPM¹⁴ y el texto del CCyC vigente desdobló parte del originario del artículo 563, de manera que el primer párrafo conforma el actual artículo 562 sobre “Voluntad procreacional”, y el segundo párrafo quedó como el actual artículo 563 sobre “Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida”.¹⁵

Es importante resaltar que el artículo proyectado solo permitía a través de dicha práctica, la utilización de embriones, dejando de lado la utilización de gametos, como así también su extracción cadavérica.¹⁶

Brindaba alguna certeza en cuanto a los derechos filiatorios y sucesorios del niño a engendrarse, y resguardaba los derechos del difunto, quien debía haber prestado consentimiento expreso para llevar adelante la práctica después de su muerte. También suscitaba dudas acerca de si podría

¹⁴ El dictamen final de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 20/11/ 2013 daba por eliminada la FPM. (Ver al respecto Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013, orden del día n° 892.

¹⁵ Merlo Leandro M. “El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial en materia de derecho de familia tras la media sanción del Senado” 9.12. 2013. Microjuris, cita online: MJ-DOC6536-AR

¹⁶ En el fallo “S.,M.C. s/medida autosatisfactiva”, resuelto por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 07/08/2014. RC J 6303/14 se revierte fallo de primera instancia y se autoriza la TRHA con semen extraído cadavéricamente. Sobre la falta de consentimiento del difunto, se sostuvo que existía una autorización judicial firme que dispuso previamente la extracción de esperma y que tal práctica se efectuó con anterioridad a publicación del Decreto 956/2013, reglamentario ley 26.862, por lo que la necesidad de consentimiento previo no era aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. En igual sentido lo autorizó el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 87, “N.O.C.P. s/autorización”, 05/05/2016. La Ley 2016-D 219. AR/JUR/32492/2016

practicarse una FPM pese al incumplimiento de los requisitos legales, que solo serían necesarios para la determinación de la filiación.¹⁷

Esta regulación sobre la FPM se conjugaba con el artículo 2279 del CCyC (hoy vigente) sobre la transmisión de derechos por causa de muerte y que expresa: “*Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561 (es decir lo relativo a la forma del consentimiento informado); d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento*”.¹⁸

El inciso c) del artículo transcrito, otorga capacidad de heredar a la persona que naciera como consecuencia de una FPM, siempre que existiere voluntad procreacional del causante, plasmada en un consentimiento informado expresado en los términos y con los requisitos impuestos por el CCyC.

Es decir que la normativa sucesoria resultaría restrictiva respecto de los efectos de la FPM: el fracaso de la TRHA en la primera oportunidad, y el fallecimiento de uno de sus participantes antes del siguiente intento, impediría que se otorgue un consentimiento informado que conjugue los presupuestos requeridos para otorgar capacidad de suceder al niño engendrado después del deceso.

Algunos autores concluyen que dicha previsión ha quedado en el texto del artículo 2279 por error en la técnica legislativa, es decir, por la omisión de quitarla como se hizo con el artículo 563 proyectado.¹⁹

¹⁷ Geri, Leonardo “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina” Universidad de Barcelona Revista Bioética y Derecho N° 46 1.10.2019

¹⁸ Es dable mencionar que en el proyecto originario decía “*Pueden suceder al causante...c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos **previstos en el art. 563***”. La remisión al artículo 563 nos conducía a la técnica de filiación *post mortem* y a las condiciones de su aplicación, y además al comienzo de existencia de la persona humana según el artículo 19, que también fue modificado.

¹⁹ Herrera, Marisa “Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo- progresistas” InDret, Revista para el Análisis del Derecho N° 4 21.1.2017

Resta aclarar que esta regulación sucesoria, no distingue entre las TRHA llevadas a cabo con embriones o gametos, a diferencia del artículo 563 suprimido que solo admitía la transferencia *post mortem* de embriones.

La Ley 28.862 y su Decreto Reglamentario 956/2013, sobre acceso integral a las TRHA, tampoco regulan esta materia.²⁰

5. IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO EN LAS TRHA Y SU IMPLICANCIA EN LA FPM.

La regulación proyectada en el artículo 563, al igual que todos los antecedentes jurisprudenciales en materia de FPM (con independencia de autorizar la práctica o denegarla)²¹, han considerado eje medular del instituto al consentimiento informado, como expresión de la voluntad procreacional, y sobre él han pivotado soluciones tendientes a sortear la exigencia legal de su renovación, impedida por la muerte de uno de sus participantes.

Ello en orden a la trascendencia del consentimiento informado en las TRHA, conforme analizaremos en el próximo apartado.

²⁰Fornari, María Julia “Algunas reflexiones sobre la Ley 26.862. Técnicas de reproducción humana asistida” Anales de Legislación Argentina Año LXXIII N° 22 26.08.2013 Tomo LXXIII-D La Ley

²¹ Tribunal de Familia de Morón N° 3, 21.11.2011, “G.,A.P. s/ autorización”, AP/JUR/289/2011. Juzgado Nacional Civil N° 3, 3.11.2014, “K.,J.V. c/ Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo”, AR/JUR/53958/2014. Cámara Nacional Civil, Sala H, 17/4/2015, “K.,J.V. c/ I.D.E.G.yF. y otros s/ amparo”, AP/DOC/715/2015. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, 7.8.2014: “S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva”, RC J 6303/14. Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30.12.2015: “A.,C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE / amparo”, inédito. Juzgado Nacional Civil N° 87, 5.5.2016: “N,O.C. P. s/autorización”. Juzgado Distrito Familia Casilda Santa Fe, 25.11.2016: “C.,M.S. s/autorización judicial”. Cámara Nacional Civil, Sala B 03.04.2018: “D., M. H. y otros s/ Autorización”, LA LEY 29/05/2018 Cita Online: AR/JUR/12809/2018. Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, 05/02/20: “C., E. s/ autorización”. Tribunal Superior de Rio Negro 27.02.2018 “M., J.A. s/autorización judicial” Juzgado de Familia N° 1 de Posadas, Misiones el pasado 10.09.2021” P. s/medida

Autosatisfactiva” Cita on line: TR LALEY AR/JUR/147297/2021 “L.,J.L. s/ autorización” CNacCivil Sala A 7.7.2023 MJ-JU-M-146217-AR|MJJ146217|MJJ146217

6. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS TRHA²²

El consentimiento informado es la declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.²³

Requiere para su configuración: la información adecuada²⁴, la comprensión de esa información, la libertad en el sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de tales decisiones.²⁵

Está regulado en el artículo 59 del CCyC, que replica lo dispuesto en la Ley de 25.529²⁶ sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y enuncia los principales aspectos

²²Fornari, María Julia “Avances en la protección de los embriones no implantados: la actividad pretoriana ante el vacío legal” Jurisprudencia Argentina 2021-III fascículo 7 Abeledo Perrot 11.08.2021

²³Highton, Elena- Wierzba, Sandra M., “Consentimiento informado”, en Garay, Oscar E. -coordinador-, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, Hammurabi. Buenos Aires, 2000, página 191

²⁴ La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos y el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hablan de información “adecuada”

²⁵Pelayo González.P Torre, Ángel, “El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado, Comares, Granada, 2009, página 79 y ss.; Kraut, Alfredo, “Ausencia de consentimiento médico: La decisión por otro”, JA, 1997-I-745;

²⁶ Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. 21/10/2009. Artículo 5º: *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.*

que debe reunir el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.

Si bien en materia de TRHA, el consentimiento adquiere singular envergadura al resultar configurativo de la voluntad procreacional, nueva fuente de filiación de nuestro ordenamiento jurídico conforme lo disponen el artículo 558 CCyC y subsiguientes, no se imponen requisitos diferentes al consentimiento informado de cualquier práctica médica.

El artículo 561 CCyC solo exige que su instrumentación contenga los requisitos previstos en la ley especial, o sea en la Ley 26.862 sobre acceso a la TRHA, que carece de una regulación específica y remite a las disposiciones contenidas en la referida Ley 26.529, dado que las TRHA presentan cierta analogía con cualquier otro acto médico. Pero no estamos en presencia de cualquier acto médico y la remisión legal no resulta suficiente.

La norma solo exige la posterior protocolización ante escribano o certificación ante autoridad sanitaria, para su oportuna inscripción filiatoria en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme lo prescribe el artículo 562 *in fine*.

El acto volitivo contenido en el consentimiento informado prestado por los interesados, es el origen de la filiación por TRHA; a diferencia de la filiación por naturaleza que reconoce su origen en el acto sexual y por ende, en el elemento genético/biológico; o de la filiación por adopción que si bien también reconoce su origen en un acto voluntario, esa voluntad no actúa como causa de la existencia de la persona adoptada.²⁷

Por ello se exige que el consentimiento en las TRHA sea *actual*, requisito común a toda práctica médica, pero que cobra relevancia en ellas en cuanto a las consecuencias derivadas: la necesidad de *renovación* frente a cada procedimiento y la posibilidad de revocación antes de la concepción o implantación del embrión.

a) *Renovación del consentimiento*

²⁷ Lamm, Eleonora, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil”, Suplemento especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil, JA, 2012-II, página 68

En general los tratamientos con TRHA no se agotan instantáneamente en un único acto, sino que configuran un proceso dilatado en el tiempo. De allí que el artículo 560 *in fine* exige que el consentimiento deba renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, demostrándose en cada intento que continúa vigente el proyecto parental que dio origen a la práctica.²⁸

Es decir que será indispensable prestar consentimiento para iniciar el proceso procreativo, y renovarlo al momento de la utilización de gametos de terceros, de la fecundación o de la implantación de embriones, si tales procedimientos no fueran contemporáneos, lo que supone invariablemente declaraciones de voluntad diferentes en cada práctica médica comprendida dentro del mismo tratamiento.

Estrictamente existen dos (o tres) consentimientos diferentes, “porque el primero, tiene un objeto diverso del prestado en la renovación, con lo cual, pese a la designación equívoca, dos objetos diversos generan dos actos jurídicos diversos. El primero, destinado a dar inicio a un proceso procreativo, el segundo destinado a habilitar la utilización de los embriones”.²⁹

Otros autores consideran que si bien se trata de consentimientos diversos, con objetos diversos, están enlazados en una sola causa-motivo, que es la de engendrar un hijo. Cabría calificar los contratos conformados por dichos consentimientos como contratos conexos. Sin embargo, más bien parecería *que se trata de un solo y único contrato, cuya causa motivo es única también, y que se desenvuelve progresivamente por imposición legal*.³⁰

b) Imposibilidad de renovación del consentimiento por muerte de un participante.

²⁸ Herrera, Marisa- Lamm, Eleonora, Comentario al art.561 en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa- Lloveras, Nora -directores-, Tratado de derecho de familia, t. I, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2014, t. II, página 472

²⁹ Alterini, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", Tº III, páginas 456/472, edición 2015, Editorial La Ley

³⁰ Basset, Ursula “ El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil

y Comercial” TOMO LA LEY 2015-D 14.07.2015

De una interpretación exegética del artículo 560 CCyC referido, con la muerte de la persona habría imposibilidad de renovar el consentimiento, y se vedaría la facultad de realizar una FPM.³¹

Por su parte el artículo 55 CCyC sobre disposición de los derechos personalísimos (y tal sería el relativo a la decisión de procrear un hijo) establece que tal consentimiento no se presume y es de carácter restrictivo.

Al no existir norma alguna en nuestro derecho objetivo que admita la práctica y que supere estos escollos legales, se impone la necesidad de contar con una decisión judicial en cada oportunidad que se pretenda acceder a una FPM, a fin de brindar certezas a todos los implicados (el paciente que se somete a la TRHA, el centro médico, los herederos, entre otros).

Si bien algún fallo razonablemente planteó que "...si el principio de la voluntad procreacional, manifestado en el consentimiento previo, libre e informado, ha sido incorporado a la legislación argentina como la base sobre la cual se estructura la filiación derivada de las TRHA se hace imperativo resguardarlo, con miras a la seguridad jurídica de quienes recurren a ese sistema, evitando interpretaciones laxas sobre su existencia, como sería consagrar voluntades presuntas para después de la muerte o consentimientos por representación..."³². Más no fue ésta, la interpretación mayoritaria adoptada en los restantes decisorios existentes en la materia.

Nuestra jurisprudencia ha acogido en general, favorablemente las solicitudes de realización de las FPM, y ha sorteado la exigencia legal del consentimiento actual, a través de la construcción de un *consentimiento presunto*,³³ a veces sustentado en las manifestaciones del propio accionante,

³¹ Algunos autores incluso refieren de alguna manera, la muerte es un hecho jurídico que produce la revocación del consentimiento del consentimiento otorgado: Lafferriere, Jorge N "La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial" LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018, 6 - LA LEY 2018-C, 599 - DFyP 2018 05/09/2018

³² "D., M.H. y otros s/ Autorización" Cám.N Civil, Sala B 03.04.2018. LA LEY 29/05/2018 Cita Online: AR/JUR/12809/2018. 18" C., E. s/ autorización": Juzgado Nacional en lo Civil N° 7; 05/02/20. Si bien el caso se refería al supuesto de uso de gametos de un joven fallecido, cuyo padre había depositado para su crioconservación en un centro médico, invocando una representación inexistente: ver comentarios al fallo de Lafferriere, Jorge N. citado en nota precedente.

³³ P. s/ medida Autosatisfactiva" Juzgado de Familia N° 1 de Posadas, Misiones el pasado 10.09.2021

a veces forzando la interpretación de las cláusulas de los formularios suscriptos por el fallecido en el centro de salud³⁴, y en la mayoría de los casos, apoyado en declaraciones testimoniales de familiares y allegados.³⁵

En otros casos ha rechaza las peticiones al respecto, fundadas en la ausencia de consentimiento expreso del fallecido para el uso de su material genético para después de su muerte y en la falta contemporaneidad entre el consentimiento brindado en una etapa del TRHA, el fallecimiento y petición solicitada por la cónyuge supérstite.³⁶

En otros casos, se ha considerado irrelevante el consentimiento, por entender que no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico, que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de otras personas.³⁷

7. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

¿Debe entenderse que la mera crioconservación de gametos importa el consentimiento para la práctica de una TRHA? y más aún, ¿puede convertirse ello en un indicio de la voluntad procreacional del participante fallecido? Entendemos que no.

Sin duda, la preservación de material genético evidencia la intención de procrear en un futuro mediante TRHA, pero no supone que se comparta un proyecto parental con otra persona, ni es prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte. A veces

Cita on line: TR LALEY AR/JUR/147297/2021 con comentario Fornari María Julia.

³⁴ “K., J. V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo” 03/11/14. La Ley. AR/JUR/53958/2014

³⁵ En el fallo “ N. O. C. P. s/Autorización”,

³⁶L. J. L. s/ autorización”C.NCivil Sala A 7.9.2023

Cita: MJ-JU-M-146217-AR|MJJ146217|MJJ146217

³⁷ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, 7.8.2014: “S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva”, RC J 6303/14 (en considerando II del fallo)

la crioconservación de gametos ni siquiera es accesoria a una TRHA.³⁸ Así lo entendió la jurisprudencia en “C., E. s/autorización”.³⁹

Distinto es el caso de la crioconservación de embriones, no sólo por razones deontológicas y de necesaria protección de su dignidad, sino por entender que el disponer del propio material genético y luego consentir la formación de un embrión, revela la existencia de un proyecto parental con el otro progenitor, que también ha otorgado su consentimiento para llevarla a cabo.

Así lo explica Farnós Amorós en relación a la legislación española⁴⁰, que admite el consentimiento presunto para las transferencias embrionarias *post mortem*: “...A diferencia de lo que ocurre con los gametos, el inicio del proceso de FIVTE con preembriones creados antes de la muerte del hombre, se considera suficiente para presumir su consentimiento, por lo que la mujer puede solicitar la implantación de los preembriones dentro de los plazos legales. En estas circunstancias, la determinación de la filiación se basa en la presunción de que si el hombre no revocó el consentimiento otorgado en vida, al morir mantenía la voluntad de continuar el proyecto parental iniciado con su pareja”.⁴¹

Por ello entendemos que solo debería admitirse el consentimiento presunto para la transferencia *post mortem* de embriones crioconservados al tiempo de la muerte de uno de los participantes, como culminación de un proceso procreativo ya iniciado y consentido. Así lo resolvió la

³⁸ Rodríguez Guitián Alma M. "Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem", *Oñati Socio-Legal Series* 7:1 (2017) 179-204

³⁹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 7 05/02/2020. Cita on line: AR/JUR/158/2020. En igual sentido Geri, Leonardo “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina” *Universidad de Barcelona Revista Bioética y Derecho* N° 46 1.10.2019

⁴⁰ Ley 14/2006 referida que en su 9º.2 establece como regla general que no se podrá determinar legalmente la filiación ni reconocérsele efecto legal a la relación entre el nacido por aplicación de las TRHA, si el material genético no se hallase en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del hombre. Pero el marido podrá prestar su consentimiento para que su material reproductor sea utilizado dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento.

⁴¹ ARNÓS AMORÓS, Esther “Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones”, *Atelier Barcelona*, 2011, página 249.

jurisprudencia en autos “A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempre s/amparo” y “C.,M.S. s/autorización judicial”.⁴²

No admitirlo produciría consecuencias altamente disvaliosas para el embrión: que siga criopreservado, o que eventualmente se peticione su eliminación, o su destino a la investigación, ello al no estar regulada en nuestra legislación la adopción prenatal.

En cuanto a las demás variantes de FPM sólo debería admitirse excepcionalmente su realización y exigirse el consentimiento expreso del fallecido, para continuar con el proyecto parental en una TRHA después de su muerte.

Porque reiteramos, autorizar la fertilización con dicho material, involucra derechos personalísimos del difunto, inherentes a su persona y dignidad y que son, por naturaleza, intrasmisibles.

La valoración del consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado *post mortem*, debe ser más rigurosa que en las TRHA por actos entre vivos. Su interpretación debe ser restrictiva y deben extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento del fallecido se haya manifestado en forma clara, libre y deliberada en pos de continuar la TRHA después de la muerte.⁴³

Incluso existen voces en el notariado, que postulan abandonar los contratos de adhesión utilizados por los centros de salud, en el marco de los

⁴²Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30.12.2015 “A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social - Sempre s/Amparo” confirmado por Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016 y por el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia.

⁴³ La *European Society of Human Reproduction and Embryology*, y las legislaciones favorables a las prácticas de FPM, avalan la utilización *post mortem* de gametos y de embriones siempre que el fallecido lo haya consentido por escrito. La misma opinión sostiene el *Ethics Committee de la American Society for Reproductive Medicine*. Pennings G, “ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction”, *Human Reproduction* 21:12 (2006) 3050-3053. Conforme cita de Geri, Leonardo “Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina” *Universidad de Barcelona Revista Bioética y Derecho* N° 46 1.10.2019. En igual sentido el proyecto de CCyC preveía que el consentimiento estuviese documentado con ciertas formalidades y previera la posibilidad de proseguir con el plan parental (en el caso transferencia embrionaria) en caso de fallecimiento.

cuales se suscriben habitualmente los consentimientos informados, y realizarlos ante un escribano, lo que permitiría contar con el debido asesoramiento jurídico, y sobre todo en el caso de supuestos de FPM, proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública, en pos de la seguridad jurídica preventiva.⁴⁴

Rodríguez Guitián, sostiene: "... el uso del material genético del difunto, con fines de reproducción tras su muerte, requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho de autodeterminación y la integridad física: en caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que puede permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas...pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando, con la figura de las donaciones de órganos. Primero porque no es indiscutible que el material genético pueda equipararse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en éste ámbito se caracteriza por ser anónimo)..."⁴⁵

8. FRENTE AL SILENCIO LEGAL, LAS VOCES DE LA JURISPRUDENCIA.

⁴⁴ Monteros, Luciana Pasquini, Donatella "El consentimiento previo, informado y libre en las TRHA otorgado por escritura pública y su inscripción" XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2020/XXXI-Encuentro-Nacional-del-Notariado-Novel/trabajos-tema-1/TRABAJO_06.pdf

⁴⁵ Rodríguez Guitián, Alma M. "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem" publicado en www.colectivoderecho.com. Cám Nac Civil, Sala B : "D., M.H s/autorización" 04.2018. Fallo Inédito citado en "C.E. s/autorización"

En igual sentido Krasnow, Adriana "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercia de la Nación", en LL DFyP, 07710713 página 18 considera que: "...sólo nacerá el vínculo filial si el causante en vida manifestara su voluntad de que los embriones fecundados con sus gametos sean transferidos a su pareja después de su muerte"

La ausencia de una normativa que regule la FPM, motivó los diferentes planteos judiciales y las consecuentes resoluciones que fueron analizados a lo largo del presente trabajo.

Advertimos que frente a la obligación de los jueces de resolver los asuntos que les son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del CCyC), la jurisprudencia construyó un andamiaje jurídico a partir del principio de legalidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que reza que “...*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*” para colegir que la práctica no está prohibida, y por ende no existe impedimento alguno para realizarla.

Los pronunciamientos se apoyan en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *in re* “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”⁴⁶ que reconoce el derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TRHA, como derivación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar. Y en tal sentido señalan que la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercerla.

Doctrina que, sentada en base al artículo 29 b) de la Convención Americana, determina el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivados de sus artículos 11.2 y 17.2 que extienden el derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, para el ejercicio de la autonomía reproductiva y el consecuente derecho a la paternidad/maternidad al formar una familia.

Y fundamentalmente invocan la regulación local de las TRHA, cuyo objetivo es ampliar los derechos en la materia y garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (artículo 1º Ley 26.862).

La mayoría de los fallos citados, con excepción del dictado por el Tribunal mendocino⁴⁷, omiten consideraciones relativas a los eventuales

⁴⁶ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁴⁷ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, 7.8.2014: “S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva”, RC J

derechos filiales y sucesorios de los niños eventualmente engendrados, argumentando la falta de regulación, lo que exigiría una nueva declaración judicial al respecto.

El principio de realidad impone la inminente necesidad de regular con precisión una práctica excepcional como es la FPM, que se ha extendido a partir de la entrada en vigencia de la Ley 26.862, al permitir el acceso integral a las TRHA y su obligatoria cobertura por parte de los efectores de salud.

En caso contrario, serán los jueces quienes seguirán construyendo un mosaico de soluciones diversas para resolver los conflictos generados en torno a ella, en desmedro de la seguridad jurídica de todos los involucrados.

6303/14 negó vocación sucesoria en virtud de que la herencia se defiere al momento de muerte del causante.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Por Rodolfo González Zavala¹

CONCLUSIONES

1. La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado presupone daño, incumplimiento, nexo causal y factor de atribución. Por eso, incumplir con el art. 59 CCC no genera automáticamente el deber de resarcir.

2. Es una responsabilidad (i) obligacional, (ii) por omisión; (iii) objetiva (la culpa resulta irrelevante).

3. La falta o la insuficiencia de información pueden responsabilizar al médico y también al establecimiento público o privado.

4. Al igual que en cualquier responsabilidad por no desplegar una conducta debida, el decisor debe retroceder al momento de los hechos y reconstruir *qué habría sucedido si el médico hubiera hecho lo que no hizo*.

5. Pueden configurarse diversas hipótesis: (i) actos médicos sin ni siquiera asentimiento simple (*battery*: ataque a la persona); (ii) paciente que no adopta cuidados pre o postquirúrgicos por falta de información; (iii) paciente al que no se le hacen saber las contraindicaciones del medicamento prescripto; (iv) paciente no advertido de los riesgos de rechazar el tratamiento; (v); paciente que se liga las trompas de Falopio y que no es informada de que puede producirse una fistula o una recanalización espontánea; (vi) paciente no informada de que la prótesis mamaria es demasiado grande para su cuerpo; (vii) paciente que, por no saber que el postoperatorio tendrá esa extensión, no puede programar sus actividades; (viii) paciente que reclama por haber podido prepararse psicológicamente para algo tan doloroso.

6. Pero el caso más frecuente y debatido es el siguiente: a) el paciente aceptó el acto médico; b) el profesional realizó bien el acto; c) se presenta una complicación asociada, descrita en la bibliografía; d) ese “efecto adverso previsible” (art. 59 inc. e CCC) no fue específicamente advertido; e) se demanda por esa consecuencia negativa para su salud.

¹ Profesor UNC.

7. La responsabilidad por efectos adversos no informados requiere indagar el *consentimiento hipotético*: qué habría decidido el paciente en caso de haber sido informado. Esto implica un juicio retrospectivo y contra fáctico de *inclusión mental hipotética*. Debe reconstruirse qué habría elegido el damnificado, en el contexto concreto.

8. El juicio sobre el consentimiento hipotético puede conducir a tres resultados: (i) responsabilidad *total* del médico, si la conclusión es que con información completa el acto médico no habría existido; (ii) *ninguna responsabilidad*, si la conclusión es que el paciente igual se habría sometido al acto médico aún si hubiera recibido la advertencia omitida; (iii) *responsabilidad parcial*, si no se puede llegar a ninguna de esas dos afirmaciones tajantes.

9. Por ende, ante efectos adversos no informados, carece de sustento la tesis simplista consistente en afirmar: “riesgo no informado al paciente = riesgo asumido por el médico”.

10. Al igual que otras herramientas jurídicas, la doctrina sobre el consentimiento hipotético no brinda soluciones exactas sino plausibles. Pero es preferible un mecanismo conceptual aproximativo que exige transparentar los fundamentos, que la pura e incontrolable discrecionalidad.

11. Lo expuesto no descarta que el paciente pueda razonablemente postular que el solo hecho de no haber sido suficientemente informado es en sí mismo un ataque a la dignidad, apto para generar un daño moral diferenciado (sin ingresar en la discusión sobre si había verdaderamente alguna posibilidad alternativa).

CONSENTIMIENTO INFORMADO. BANCO DESCRIPTIVO DE LAS CONSECUENCIAS DE UN ACTO QUIRÚRGICO O ESTUDIO

Por María Alejandra Grimaldi¹

I. CONCLUSIONES

1. Las personas siempre en menor o mayor medida han sabido qué desean, aun cuando por determinadas circunstancias no lo han podido implementar.

2. El Consentimiento Informado que nos asiste en estos tiempos de tecnología e Inteligencia Artificial está rezagado es por ello que propongo un cambio en lo que conocemos como tal. A través del Ministerio de Salud o de los Centros de Salud, Públicos o Privados creen un "Banco Descriptivo de las Consecuencias que traen aparejadas las Intervenciones Quirúrgicas y /o Estudios", según cada Patología o Prognosis. Por otro lado, cada Centro Hospitalario crear una "Oficina de Asistencia al Paciente", la que estará encargada precisamente de Asistir al Paciente ante tales hechos médicos. Dicho Banco según de donde surja, si fuera el caso del Ministerio de Salud en su página de tal modo que cualquier ciudadano lo consulte;

3. Si surge de los Centros Hospitalarios Públicos o Privados en sus Portales con idéntico fin, mencionado en el párrafo ut-supra; por su parte la Oficina de Asistencia al Paciente, dentro de las cuarenta y ocho horas a efectuarse el estudio y/o intervención quirúrgica se lo convoque y le consulte si:

- a. Leyó el Banco Descriptivo (lo que le permitirá al paciente tener una mayor claridad sobre que preguntar o consultarle al médico interviniente).
- b. Si fue asistido por la citada oficina.
- c. Si se ha de realizar la intervención y/o estudio, remarcando que hasta el mismísimo momento de los mismos, arrepentirse de llevarlos a cabo. Quedando registrado en una grabación con la aclaración de que se está llevando a cabo la misma (tal como lo escuchamos cuando nos comunicamos con compañías u

¹ Abogada. Docente. Facultad Regional Buenos Aires – UTN – Facultad de Derecho – UBA – En ambas Instituciones con el Cargo: Adjunta Interina. – UBA - Cátedra: Dr. Alejandro Borda. Quien presta su Aval.

organismos que expresan esta conversación está siendo gravada...), claro está que ello conllevaría la Reforma o Derogación de la Ley N° 26.529.

4. La "Inteligencia Artificial", ha invadido nuestras vidas y vendida como la panacea de todos los tiempos, ya se practica en el Consentimiento Informado, ante esta circunstancia debemos adelantarnos consecuentemente repensar y renovar el clásico Consentimiento Informado, pues seguramente surgirán interrogantes, por eso debemos estar un paso adelante.

II. FUNDAMENTOS. EL CONSETIMIENTO INFORMADO QUE SE IMPLEMENTA EN LA ACTUALIDAD

1. INTRODUCCIÓN

He de comenzar esta ponencia con el desglose y el significado de las palabras que conforman la expresión *Consentimiento Informado*, así: Consentimiento, deriva de Consentir, es decir que consiento algo o respecto de alguien; que sucede con la palabra Informado, deviene de informe, entendiéndose que se elabora un conjunto de expresiones informando acerca de lo solicitado por alguien, lo dicho no pretendo que resulte una logomaquia.

Por su parte que dice la Real Academia Española en relación a estas palabras: Consentimiento: Acción y efecto de Consentir – Informe: Descripción oral o escrita de las características y circunstancias de un suceso o asunto².

Aclarado sus significados y uniendo los conceptos debo concluir que el *Consentimiento Informado* implica Consentir a una descripción escrita con las particularidades que presenta un hecho.

2. ORÍGENES – BREVE HISTORIA

La doctrina moral y legal del consentimiento informado nace en el siglo XX con los grandes cambios de la atención de la salud que se vivieron,

² <https://dle.rae.es/consentimiento>

nuevos medicamentos, técnicas terapéuticas, nuevas tecnologías, con una medicina cada vez más compleja, burocrática e impersonal, junto al aumento del conocimiento de la salud y la enfermedad por parte de la población que ocasionaron una disminución de la confianza mutua entre médicos y pacientes. Inicialmente nacido en los EE UU, fue adoptado y adaptado a condiciones locales como parte del marco ético-legal que rige la práctica médica y la investigación biomédica en casi todo el mundo, incluida Latinoamérica. El derecho de decidir sólo puede hacerse efectivo si el paciente posee la información suficiente para hacer una elección razonada. En la actualidad el consentimiento informado ha sido incorporado en documentos internacionales, en la legislación y en los códigos de ética de muchas regiones y países, reflejando el amplio grado de aceptación, y que debería cumplirse tanto en la práctica diaria como en la investigación biomédica.³ Desde al menos una centuria antes, en los Estados Unidos, ya se había ido formando toda una doctrina al respecto conocida con el nombre de «informed consent». Aunque el término «informed consent» no aparece por primera vez de forma expresa hasta 1957 en el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* 3, el origen del cuerpo jurisprudencial denominado «informed consent» extiende sus raíces hasta el nacimiento del Estado norteamericano. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso de más de dos siglos de evolución. De hecho si bien es cierto que la expresión “consentimiento informado” surge conforme a lo ut-supra referido, no significa que no haya existido desde la antigüedad regulaciones entre la relación médico – paciente.⁴

3. DESARROLLO

El Consentimiento Informado, como tal implica que la persona que lo ha de brindar, en primer término, debe ser *Capaz*: ¿Qué significa Ser Capaz? La Capacidad es la aptitud reconocida a las personas para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su

³ Fuente: “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos.- F. Luna-A. Salles: Cap. IV: El manejo de la Información Médica: El consentimiento informado y la confidencialidad.- 165-196- Pedro Pablo Altamirano Comisión de Bioética.

⁴ La Doctrina del Consentimiento Informado en el Ordenamiento Jurídico Norteamericano - Es cierto que anteriormente ya habían existido otras normas que habían regulado el comportamiento médico en su relación con el enfermo: el Juramento Hipocrático, los Consejos de Esculapio, la Plegaria del Médico o el Juramento de Maimónides, son ejemplos de algunas de ellas. Sin embargo, en estos casos, nos.

constitución⁵. Esto implica comprender el significado del acto que ha de realizarse con lo cual se entiende que el sujeto ha de actuar voluntariamente;⁶ por lo tanto ha de obrar con discernimiento, intención y libertad. También requiere que esa comprensión vaya acompañada de una diáfana explicación, con un sencillo lenguaje por parte del médico interviniente en el proceso quirúrgico o práctica que vaya a efectuar. He aquí otro tópico a desentrañar y cito: ***Thaddeus Mason Pope***.⁷

No menos cierto es que también se dice que los pacientes también tienen derecho a rechazar el tratamiento. Aunque los profesionales de salud están obligados por razones éticas a proporcionar información suficiente y a fomentar decisiones consideradas como el mejor interés para el paciente, los pacientes tienen el derecho de negarse al tratamiento. El rechazo de un paciente al tratamiento no se considera un intento de suicidio ni tampoco es evidencia en sí misma de deterioro de la capacidad; la conformidad de la atención sanitaria del médico con la negativa del paciente tampoco es considerada, desde el punto de vista legal, suicidio asistido por el médico. En cambio, la muerte ulterior se considera, legalmente, como una consecuencia natural del propio proceso de la enfermedad. El rechazo de la atención, si bien es desconcertante, debería inducir al médico a iniciar un análisis ulterior. Si la capacidad del paciente parece cuestionable, dicha capacidad debe ser evaluada, pero el examen no solo debe realizarse o solicitarse porque el paciente se niega al tratamiento. Si ese rechazo al tratamiento pudiera causar daño a otras personas, como un menor de edad u otros dependientes, debe buscarse una consulta ética y legal.

4. CASO

Un campesino de 72 años de edad, con tres hijos, ha venido padeciendo de cáncer de colon. Describe su enfermedad como una “masa en el intestino”, pero no tiene claro la clase de tratamiento que podría recibir. Con posterioridad a la operación, el médico asistente en el servicio visitó al paciente como parte de los reconocimientos de rutina y para tratar la herida

5 <https://dpej.rae.es/lema/capacidad-juridica>

6 Artículo 260 – Ley 26.994.

7 Por ***Thaddeus Mason Pope***, JD, PhD, Mitchell Hamline School of Law Revisado/Modificado oct 2023.

quirúrgica. El paciente, que esperaba ver una herida cerrada, se asustó cuando vio la abertura de la colostomía que se le realizó. Por este motivo, el paciente le preguntó al médico acerca del “orificio en su abdomen”. El médico, de una forma seria le contestó: “El extremo del intestino que se operó se suturó a la pared de su abdomen. Usted debe defecar ahora a través de este orificio y dentro de esta bolsa que le voy a colocar.” Sorprendido y enojado por la respuesta recibida, el paciente preguntó: “¿A quién le preguntaron antes de abrir este orificio?”. El médico respondió que habían informado a su hijo acerca de este procedimiento. Entonces, el paciente dijo en tono irritado: “¿Quién iba a operarse y quién tiene este orificio en el abdomen?, ¿Soy yo o mi hijo?, ¿Cómo se atreven ustedes a hacer esto sin preguntarme?, ¡les voy a demandar a todos!”. El médico, que no se encontraba preparado para esta reacción, comenzó a explicarle detenidamente la razón por la cual se realizó la colostomía e hizo referencia a la malignidad de la enfermedad del paciente. Después de dicha explicación, el paciente replicó: “Si usted me hubiera dicho esto antes, no le hubiera levantado la voz, no soy tan obtuso, habría entendido.”⁸

5. LEY 26.529

Artículo 5°

Definición. Entiéndase 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;

⁸ <https://www.unrc.edu.ar/unrc/coedi/docs/salud/consentimientoinformado.pdf>.

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)⁹

6. INTELIGENCIA ARTIFICIAL – CONSENTIMIENTO INFORMADO¹⁰

La obtención del consentimiento informado es un componente esencial en la atención sanitaria. Concebido para otorgar a los pacientes el poder de decisión sobre sus tratamientos y procedimientos médicos, en la práctica los consentimientos informados son en muchos casos difíciles de comprender, debido a su complejidad y terminología técnica, lo que puede comprometer su finalidad, esto es, la capacidad del paciente para tomar decisiones informadas.

A lo largo de los últimos años, varios estudios han evaluado la legibilidad de los consentimientos informados, encontrando que muchos de ellos alcanzan niveles de legibilidad bajos, puntuando como ‘algo difíciles’ o ‘difíciles’, según los estándares establecidos. Algunos incluso apuntan a que solo el 3,5% alcanzan un nivel aceptable de Subtítulo legibilidad.¹¹ **Una solución para mejorar la legibilidad del consentimiento informado**

⁹ Ley N° 26.529.

¹⁰ <https://www.linkedin.com/in/josemcepeda/>

¹¹ La legibilidad de los documentos de consentimiento informado en los hospitales de Asturias. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112004000200012

podría ser el uso de modelos de lenguaje grandes (LLM) como ChatGPT. Estos modelos de inteligencia artificial tienen la capacidad de ayudar a simplificar y clarificar el lenguaje técnico y complejo utilizado en estos documentos, lo que los hace más accesibles para un sector de la población más amplio.

La clave de todo ello estaría en conseguir un consentimiento informado reescrito en un lenguaje más claro y comprensible, pero sin comprometer la precisión de legibilidad. **Una solución para mejorar la legibilidad del consentimiento informado podría ser el uso de modelos de lenguaje grandes (LLM) como ChatGPT.** Estos modelos de inteligencia artificial tienen la capacidad de ayudar a simplificar y clarificar el lenguaje técnico y complejo utilizado en estos documentos, lo que los hace más accesibles para un sector de la población más amplio. La clave de todo ello estaría en conseguir un consentimiento informado reescrito en un lenguaje más claro y comprensible, pero sin comprometer la precisión de la información proporcionada.

Las Personas serán Libres cuando se construya un puente de Información, Conocimiento y Educación.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO MÉDICO OTORGADO POR MENORES DE ENTRE 16 Y 18 AÑOS

Por Lucía Irigo y Facundo Cañas Morsino¹

I. CONCLUSIONES

1. La ambigüedad de la redacción actual lleva a conflictos que los operadores jurídicos vemos en la práctica, que no siempre son resueltos de manera uniforme.

2. La falta de claridad de la norma (art. 26 CCCN) y la relevancia de la determinación de la capacidad para el otorgamiento de consentimiento informado para actos médicos, justifican la necesidad de una mayor precisión en su redacción que permita la fijación del alcance de la habilitación que tienen los menores comprendidos en este rango (16 a 18 años).

3. Sin perder de vista la recepción del principio de la capacidad progresiva en el CCCN, compartimos la postura que sostiene que los principios “no constituyen una especie de derecho libre o recurso mágico”², motivo por el cual en aquellos supuestos de colisión entre normas especiales y el art. 26 del CCCN, deben prevalecer aquellas.

4. En los demás casos, sin perjuicio de las dudas planteadas respecto al término “cuidado del propio cuerpo”, entendemos que debe prevalecer la autonomía de la voluntad del menor para tomar decisiones, debidamente informadas, sobre procedimientos o tratamientos médicos.

¹ Ab. Lucía Irigo (Profesora Adjunta de Derecho Privado IV – Contratos, Derecho Privado VIII – Daños- UCC). Ab. Not. Facundo N. Cañas Morsino (Profesor adjunto de Derecho de Daños y Profesor asociado de Personas Jurídicas Civiles y Comerciales - UCCuyo San Luis)

² RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Bs. As., T I, p.215

II. FUNDAMENTOS

1. ABSTRACT

Analizamos el contenido del art. 26 del CCCN en cuanto establece diferentes grados de autonomía para el consentimiento informado para prácticas o tratamientos médicos, haciendo especial hincapié en la situación del menor -entre 16 y 18- años, que a nuestro juicio, presenta algunas situaciones conflictivas.

2. PROBLEMA

La presente ponencia tiene por objeto analizar un tema que, si bien ha tenido tratamiento en las Jornadas del año 2015³, sigue generando interrogantes entre los operadores.

El art. 26 del CCCN es el que determina el modo de ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.

En el caso particular del consentimiento informado para actos médicos (art. 59 CCCN), los diferentes niveles establecidos por el art. 26, son relevantes.

En el caso de menores de edad, la norma hace una distinción:

- Menores de 13 años
- Menores entre 13 y 16 años
- Menores entre 16 y 18 años

³ XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR, 2015. En la Comisión N° 1 – Parte General: Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana, se emitieron los siguientes despachos: 13. Despacho A (mayoría): La equiparación al adulto de la capacidad del adolescente que cuente con más de dieciséis años de edad ha de ser limitada a los casos en que involucre el cuidado de su cuerpo. (Ossola, Covi, Saux, Palmero, Plovovich, Balmaceda, Giavarino, Lafferriere, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montalto, Mazzinghi, Jorge, Escudero, Zerdán, Ibáñez, González, Cossio Hess, Izuaiza, Louge Emiliozzi, Borda, Arnolfo Rappoport, Arnolfo Rappoport, Peralta Mariscal, Peralta, Palacios, Moia.); Despacho B (minoría): La equiparación al adulto de la capacidad del adolescente que cuente con más de dieciséis años para decidir sobre su propio cuerpo no ha de ser limitada al cuidado de su cuerpo. Wallace, Reyna.

Pues bien, para estas categorías, se establecen diferentes niveles de “permisos” para la realización de tratamientos médicos y por ende, para el otorgamiento del consentimiento informado, diferenciando el grado de acceso individual a las diferentes prácticas y tratamientos de conformidad con la edad del menor y el grado de madurez suficiente.

En particular, nos preguntamos por la situación de los menores entre 16 y 18 años dado que, de conformidad con la norma, a partir de esta edad el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26 sexto párrafo CCCN).

La consideración de una capacidad plena o limitada, y el alcance de esa limitación, tiene importancias prácticas de relevancia.

3. FUNDAMENTOS

El tema vinculado a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, ha generado desde hace bastante tiempo interés en la doctrina. Cabe recordar que fue tratado en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2001, donde entre otras cuestiones vinculadas al mismo, se abordó lo concerniente a su marcada tendencia en orden a ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad.⁴

El Código Civil y Comercial se hizo eco de este tema, regulándolo en la norma que analizamos, sin perjuicio de omitirse las referencias a las fuentes concretas sobre las que se edificaron las normas⁵.

Es evidente que uno de los ejes del consentimiento informado es que constituya una manifestación personal e individual, representativa del derecho del paciente de poder decidir libremente sobre las decisiones médicas en torno a su persona. En ese contexto, es necesario que el paciente-

⁴ Despacho de la Comisión N° 1 – Parte General: Actos de disposición del propio cuerpo: “*Se advierte una manifiesta tendencia expansiva a un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las situaciones conflictivas, relativas a disposición del propio cuerpo, lo que provoca un mayor dinamismo en materia de interpretación de intereses personalísimos.*”

⁵ Se lee en los fundamentos: “*El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciando la de la capacidad civil tradicional.*”

persona cuente con capacidad para poder dar el consentimiento de esta manera, es decir, personalmente.

En el caso de menores de edad, el art. 26 del CCCN refleja los principios de autonomía progresiva y de autodeterminación, con base constitucional.

En este sentido, la norma hace una distinción:

a) Menores de 13 años: quedan comprendidos dentro de la regla general respecto de la cual sólo ejercen sus derechos por medio de sus representantes.

b) Menores entre 13 y 16 años: se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí, respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. (art. 26 cuarto y quinto párrafo CCCN)

En este sentido, aún no existe claridad respecto de la clasificación de tratamientos invasivos o no invasivos, lo que también genera inconvenientes.

c) Menores entre 16 y 18 años: A partir de esta edad el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. (art. 26, sexto párrafo CCCN).

Esta última precisión “cuidado de su propio cuerpo” genera diferentes interpretaciones en relación a la clasificación de las prácticas o procedimientos médicos para los que se encontrarían habilitados. Ello sin perjuicio de destacar que, conforme ha sido señalado con precisión, resulta poco entendible por qué razón el CCCN introduce el término “adulto” para referirse a menores que han cumplido 16 años, careciendo de sentido jurídico asimilarlos a personas adultas cuando todavía no lo son.

Cabe preguntarse si en relación a la autonomía de la voluntad del mayor de 16 años la expresión normativa “cuidado de su cuerpo” abarca a cualquier tipo de decisiones médicas o existen límites y, en su caso, cuáles.

Si el sentido del legislador ha sido darle plena capacidad, sin distinción del carácter invasivo o no de los tratamientos, ni de la posibilidad de compromiso de su estado de salud, o de la provocación de riesgo grave en su vida o integridad física (como sí se distingue para los menores entre 13 y 16 años), entonces no se justifica la referencia a la locución “cuidado de su propio cuerpo”. Es que esa mención genera dudas en relación a la amplitud de la capacidad del menor (comprendido en este rango etario) para tomar todas las decisiones concernientes a su estado de salud o solo aquellas que lo beneficien, entendiendo el “cuidado” como la búsqueda de una mejora o un progreso⁶.

Nos preguntamos, asimismo, si la habilitación comprende la posibilidad de manifestar la voluntad de estos menores de negarse a recibir

⁶ “ (...) pero ¿qué pasará con los casos de los menores de más de dieciséis años? Esto es una laguna del derecho, porque si bien la ley permite dar una solución teniendo al sujeto como un mayor con plenitud de ejercicio, habla de los tratamientos “para el cuidado de su cuerpo”, por lo que los desafíos morales, bioéticos y sociales que abre el último párrafo del art. 26 CCyCN son, por lo pronto, sumamente amplios.” (ZALAZAR, Caudia y CARRANZA, Gonzalo Gabriel en “Consentimiento informado, autonomía del paciente y menores de edad: un acercamiento a los nuevos dilemas que presenta el Código Civil y Comercial de la República Argentina”, <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/12/1140081/bol-saude-v-25-n2-consentimiento.pdf>)

Así también, TOBIAS sostiene que la capacidad consagrada en el último párrafo del artículo 26 del CCCN no abarca a tratamientos embellecedores ajenos a la salud, entre los que ejemplifica a la inclusión de prótesis mamarias; liposucción de abdomen o la blefaroplastia (TOBIAS, José en ALTERINI, Jorge H. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tratado exegético*, Ed. TR La Ley, Bs. As., 3ª Ed., T. I, p. 286). RIVERA Y MEDINA, por su parte, sostienen que la persona que ha cumplido los 16 años de edad, presta exclusivamente su consentimiento sin que sea requerida la asistencia de sus progenitores. (RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho Civil: Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., p. 384.)

O, sobre la referencia al carácter invasivo o no de los procedimientos del cuarto y quinto párrafo del art. 26: “De cualquier manera, sigue existiendo el debate sobre los términos e implicancias de la interpretación de qué son procedimientos invasivos. Podríamos preguntarnos si la vasectomía es un procedimiento invasivo o no. Por la implicancia que ese procedimiento tiene, consideramos que se trata de un procedimiento invasivo y el menor debiera hacerlo con el consentimiento de sus padres. De igual manera la colocación de prótesis mamarias, que pueden comprometer gravemente la salud del menor” (JUNYENT BAS, Beatriz María y SANDOVAL JUNYENT, Sebastián en “Consentimiento informado para actos médicos”, publicado en *Estudios del Centro*, volumen 1 número 2, año 2023.

determinados tratamientos (alternativa que no se discute en caso de mayores de edad, de conformidad con la previsión expresa del art. 59 del CCCN).

En adición, las dudas se profundizan al advertir la falta de armonía entre las disposiciones contenidas en ciertas leyes especiales que establecen como requisito la mayoría de edad. Por ejemplo, los arts. 1 y 2 de la Ley 26.130 exigen la mayoría de edad para acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud. Asimismo, la Ley 26.529, en su art. 11 y el art. 60 del CCCN, exigen la mayoría de edad para disponer directivas anticipadas sobre su salud. La Ley 26.743, fija como requisito la mayoría de edad para acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad. Por su parte, la Ley 27.447 solo permite la libre ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante "sobre una persona capaz mayor de 18 años".

4. COLOFÓN

En la práctica, se observa que la capacidad de los menores de 16 a 18 años para tomar decisiones informadas sobre su salud no siempre se aborda de manera coherente.

La ambigüedad del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la importancia de determinar la capacidad para el consentimiento informado en actos médicos, subrayan la necesidad de una mayor claridad en la redacción de la norma. Esto permitiría definir con precisión el alcance de la autonomía de los menores en este rango etario, sin perder de vista el principio de capacidad progresiva establecido en el Código.

En caso de conflicto entre normas especiales y el artículo 26 del CCN, deberían prevalecer las primeras. En los restantes casos, se debe respetar la autonomía del menor para tomar decisiones informadas sobre procedimientos o tratamientos médicos.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL ADOLESCENTE ENTRE 16 Y 18 AÑOS

Por María Inés Italiani¹

I. CONCLUSIONES

1. La autonomía progresiva del adolescente en la toma de decisiones relativas a su salud, plantea un escenario complejo en donde se integra la necesidad de alinear la paulatina adquisición de experiencia y comprensión, conforme a su evolución y madurez, con los reaseguros para garantizar la adecuada comprensión de la naturaleza y consecuencias de sus decisiones.

2. Más allá de tratarse de un término ajeno a la regulación jurídica, se opta por que el concepto “ser considerado como un adulto”, se interprete según la idea de dar al adolescente cierto nivel de responsabilidad y autonomía, sin hacerlo perder los derechos de protección que el ordenamiento reconoce a favor de la infancia y adolescencia.

3. En relación al “cuidado del propio cuerpo”, se prefiere una interpretación en sintonía con la idea de preservar y mantener la salud, por sobre la que postula que se refiere a todo tratamiento médico. Se considera que el adolescente a partir de los 16 años, está habilitado a decidir de la forma en que ya estaba autorizado a hacerlo desde los 13 años y, adicionalmente, puede decidir en forma autónoma respecto a aquellos actos médicos circunscriptos a la protección del cuerpo y la prevención de enfermedades.

4. Se entiende necesario replantear los términos de Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales (PAE) -Ley 27.364-, para permitir la administración personal de la asignación económica por parte del adolescente entre 16 y 18 años, sin que importe una mayoría de edad anticipada que descuide el acompañamiento necesario en otros ámbitos de su vida trascendentales

¹ Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires con Diploma de Honor. Egresada de la Diplomatura en Derecho Procesal Civil y Litigación Oral de la Universidad Austral. Maestranda en Derecho Civil de la Universidad Austral. Docente de la Diplomatura en Derecho Sanitario de la Universidad Austral. Defensora Pública Curadora de la Defensoría General de la Nación. Ponencia avalada por el Dr. Ignacio E. Alterini.

para su desarrollo integral y sostenido. Esto puede lograrse a través de la figura de la tutela u otra análoga, con énfasis en potenciar su autonomía mientras se brinda la asistencia necesaria que su particular situación requiere.

5. En relación con la interacción de las disposiciones del art. 26 CCC con las leyes aplicables en la materia, se observa en general una prevalencia de las normas específicas debido a su especialidad, por sobre el criterio de temporalidad; dado que la trascendencia de las cuestiones involucradas requiere estándares reforzados de protección de derechos.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 26 CCC presenta dos regímenes que contemplan distintos grados de autonomía para la toma de decisiones en el ámbito de la salud.

El primero de ellos, incumbe a los adolescentes de entre 13 y 16 años, introduciendo una distinción basada en la invasividad o no de los tratamientos propuestos y el nivel de riesgo asociado. El restante, aborda las decisiones sobre el cuidado del cuerpo de aquellos entre 16 y 18 años, con un enfoque diferenciado del anterior.

Seguidamente nos referiremos a este último grupo, al impacto del programa creado por Ley 27.364 y a la interacción entre el art. 26 y las leyes especiales.

2. ADOLESCENTES ENTRE 16 Y 18 AÑOS

El último párrafo del art. 26 proporciona el régimen aplicable para los adolescentes mayores de 16 años, señalando que "...es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

Llamativamente, opta por otra forma de regulación a la elegida para el grupo de 13 a 16 años: deja de lado la mención de tratamientos y el foco en su naturaleza e impacto, para proponer dos nociones singulares: "ser considerado como un adulto", y "cuidado del propio cuerpo".

Por un lado, cabe destacar que adulto es un término ajeno al sistema de capacidad del Código, y si bien es usado en otros artículos,² no tiene un alcance definido en el ámbito jurídico.

“Ser considerado como un adulto”, da la idea que se otorga al individuo cierto nivel de responsabilidad y autonomía propios de un adulto –como las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo-, pero aún puede haber limitaciones o restricciones en otros ámbitos de su vida, como los aspectos patrimoniales, que suscitan otro orden de complejidades frente a la habilitación del art. 26 CCC.

Por otro lado, el alcance del concepto “cuidado del propio cuerpo” no es uniforme.

Preliminarmente, cabe llamar la atención sobre la noción y efectos de lo que se entiende por “cuerpo”. Coincidimos con la afirmación de Ignacio Alterini en cuanto a que el cuerpo no es algo distinto de la persona misma, y que la persona humana es cuerpo y espíritu³.

En relación al fundamento de la facultad de disponer, el autor concuerda con la postura de Tobías, quien sostiene que se vincula el ejercicio del derecho a la libertad o a la autodeterminación, y que puede implicar actos “positivos” que conlleven la disposición en la esfera corporal, y actos “negativos” que se manifiesten en la oposición a determinada intervención de un tercero. De allí que concluye que la tutela de la integridad física es un límite al derecho de disposición, que se relaciona con el art. 56 CCC y se proyecta a la interpretación de los alcances del art. 26 CCC⁴.

Ahora bien, en relación al concepto de “cuidado”, se han generado distintos criterios en cuanto a su significado y extensión. Algunos autores entienden que habilita decisiones de envergadura que importan gran

² Arts. 111, 667 y 2642 CCC.

³ ALTERINI, Ignacio E.; “Límites a la facultad de disposición del propio cuerpo”, en *Estudios sobre la persona humana en homenaje al académico Guillermo A. Borda*, Tobías, José Washington y Sambrizzi, Eduardo Antonio directores, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2024. Libro digital, PDF, pp. 439/41.

⁴ ALTERINI, Ignacio E.; “Límites a la facultad de disposición del propio cuerpo”, cit., pp. 447/8.

flexibilidad en orden a los actos de disposición,⁵ en contraposición con un criterio menos arriesgado, que lo interpreta en sintonía con la idea de preservar, mantener la salud, en otras palabras, ligado a acciones y comportamientos circunscriptos a la protección del cuerpo y la prevención de enfermedades.

Más allá de este contrapunto, por una cuestión de coherencia, entendemos que a partir de los 16 años los adolescentes están habilitados para todo aquello que ya se hallaban autorizados a consentir a partir de los 13 años. Como asimismo, que la norma apunta a los cuidados referidos a la salud, es decir a todos los tratamientos médicos respecto de los que normas especiales no prevean requisitos más exigentes⁶.

Resulta un desafío de encontrar un equilibrio entre la protección de las personas menores de edad de los riesgos de su inmadurez, con el reconocimiento en forma progresiva de la evolución de sus capacidades⁷.

Marisa Herrera presenta una perspectiva relevante al hacer referencia al concepto de paternalismo justificado, que busca equilibrar la autonomía progresiva y la subsistencia de los derechos de protección que el ordenamiento reconoce a favor de los niños y adolescentes. Alude a que no permitir que los adolescentes, que tienen la edad y madurez necesarias, tomen ciertas decisiones, resulta tan perjudicial como permitirles tomar decisiones para las que aún no están preparados. La autonomía progresiva aparece como la válvula de escape para evitar posturas extremas: excesiva libertad o extrema sustitución.

Menciona la problemática de los adolescentes mayores de 16 años testigos de Jehová quienes, en función de sus creencias, no admiten transfusiones de sangre. Sostiene que permitir la autonomía en el acto de mayor gravedad que lo llevará a la muerte –lo que se identifica con el “no-cuidado del propio cuerpo”–, plantea el interrogante acerca de la diferencia

⁵ Como la propuesta plasmada en el cuadro presentado por Fernandez, Herrera y Lamm, en “El ejercicio de autonomía progresiva en el campo de la salud”, AR/DOC/2904/2017.

⁶ ALTERINI, Ignacio E.; “Límites a la facultad de disposición del propio cuerpo” cit., p. 454.

⁷ MUÑOZ, Carlos “Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial unificado”, Limodio Gabriel editor, Ed. El Derecho, 2018, p. 481.

y la consecuente especialidad de las personas menores de edad con relación a los adultos.⁸

Otro sector de la doctrina ha advertido que la equiparación del adolescente con el adulto conllevaría una pérdida total de la condición de niñez debido a la reducción de los derechos de protección, lo que no pareciera identificarse con la intención del Poder Legislativo al aprobar el Código Civil y Comercial, especialmente si se consideran otras normas relacionadas con el mismo tema. Aparece como poco probable que se haya decidido integrar a los niños al mundo adulto a edades más tempranas, dado el extenso y riguroso marco normativo internacional que lo prohíbe.⁹

3. ¿ADOLESCENTES MAYORES DE EDAD?

Ley 27364¹⁰ creó el Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales (PAE),¹¹ que tiene por objeto garantizar la plena inclusión social y el máximo desarrollo personal y social de los jóvenes que egresan del sistema de cuidados alternativos, y se compone de acompañamiento personal y asignación económica mensual. Admite la inscripción de adolescentes de 13 años hasta jóvenes de 21 años de edad. En el art. 26 establece que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República Argentina.

En el tercer párrafo del art. 2do. consigna que: “Las/los adolescentes entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad incluidos en el presente programa adquieren la mayoría de edad de manera anticipada.” El Decreto 723/23 reglamentario, nada aclara al respecto.

⁸ HERRERA, Marisa; “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”. TR LALEY ART/DOC/1803/2019.

⁹ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano, TERRAGNI, Martiniano; “Una sensata cantidad de liberacionismo: el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad”, TR LALEY AR/DOC/2985/2018.

¹⁰ BO 26/06/2017

¹¹ El art. 2do, primer párrafo, define: “Se entiende por adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales aquellas/os que se hallen separadas/os de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios y residan en dispositivos de cuidado formal en virtud de una medida de protección de derechos dictada de conformidad con los artículos 33 y siguientes de la ley 26.061 o de la normativa aplicable en el ámbito local”.

Asimismo, en el art. 4to. dispone que el ingreso al PAE es voluntario, requiere que el adolescente preste su consentimiento informado y que puede finalizarse en cualquier momento, para lo que sólo se requiere la expresión de voluntad de modo fehaciente. A su vez, se prevé que pueda solicitarlo nuevamente en cualquier momento mientras se encuentre en el rango etario previsto.

La norma es contundente, mas su alcance es confuso. En el régimen del Código, por contraposición a la definición de persona menor de edad del art. 25 CCC, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. No obstante, la ley está habilitando una categoría de adolescentes mayores de edad, que no pareciera estar alcanzada por la figura de la emancipación.

En efecto, derogada por Ley 26.579 la habilitación de edad, subsiste la emancipación por matrimonio a partir de los 16 años (art. 27 CCC), que importa la extinción de la responsabilidad parental y la adquisición de la plena capacidad de ejercicio, pero con las limitaciones que la ley dispone en protección del adolescente (arts. 28 y 29 CCC).

En tales supuestos para el acceso a la plena capacidad de obrar por edad y por matrimonio, existen acontecimientos, el cumpleaños en un caso, la celebración de las nupcias por otro, que lo dotan de fecha cierta, circunstancia no menor a la luz del régimen de las ineficacias.

Ahora bien, en el sistema de la Ley 27.364 no se llega a advertir en qué momento los adolescentes adquieren la mayoría de edad. ¿Será a partir de la fecha del consentimiento informado o de su admisión al programa? ¿O tal vez de su egreso del dispositivo de cuidado alternativo? ¿Y si el adolescente decide renunciar al PAE, se revocaría la mayoría de edad adquirida? En caso afirmativo, ¿se readquiriría si volviera a solicitar su admisión?

También cabría preguntarse si adquieren la mayoría de edad para todos los actos que intenten realizar o se aplica el régimen de la emancipación, con actos que requieren de autorización judicial y otros actos prohibidos¹². Existen más interrogantes que certezas.

En un fallo recaído en un expediente del Juzgado de Familia N° 1 de Esquel, la Juez tuvo oportunidad de pronunciarse en relación a la situación

¹² VIDETTA, Carolina A., “La mayoría de edad anticipada en la ley de egreso asistido: entre la especialidad y la 'niñología'” RC D 808/2021.

de tres hermanos, entre ellas una adolescente de 16 años, que ingresó al Programa de Acompañamiento para el Egreso del dispositivo en el que estaba residiendo, a tenor de las medidas excepcionales de protección de derechos que la autoridad administrativa de Gobernador Costa había adoptado para su resguardo.

En lo que aquí interesa, en la parte resolutive declaró agotadas las medidas de protección de derechos y dispuso privar a la madre del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de sus tres hijos, a la par que declaró la mayoría de edad de la joven de 16 años, en los términos de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 27.364.

En este caso particular, la magistrada zanjó la cuestión dotando de fecha cierta a la adquisición de la mayoría de edad anticipada. Es una solución posible, pero la norma no contempla que la declaración judicial sea un requisito exigible a tal efecto.

La Juez advirtió la tensión entre el régimen que habilita la mayoría de edad y los objetivos del PAE, por lo que sostuvo que no podía ser aplicado automáticamente. Ante ese panorama, dispuso ajustar la situación de la adolescente, confiriéndole la plena capacidad de ejercicio de sus derechos, aunque manteniendo el deber de requerir autorización judicial para los supuestos previstos en el art. 645 CCC; a la par que la obligación del organismo administrativo de dar continuidad a su acompañamiento con independencia de esta declaración, hasta el límite máximo fijado por la Ley de Egreso (21 años), y la continuidad de la asistencia del abogado del niño hasta los 18 años.

Fundamentó su decisión en que habilitar sin más la mayoría de edad, se contrapone con "...la finalidad del sistema instituido, en tanto importaría una desprotección absoluta de una persona respecto de cuya atención por su condición de mayor vulnerabilidad, el mismo Estado pretende ocuparse especialmente. La tésis que interpreto como adecuada es disponer esa mayoría de edad antedatada con los ajustes necesarios para cada supuesto; es decir, para cada adolescente y según su propio caso."¹³

Adicionalmente, la ley prevé una instancia de acompañamiento personal que lleva adelante un referente designado por el organismo de

¹³ "Servicio de protección de derechos de Gobernador Costa s. Medida de protección de derechos de F. F., C. y R. y H. F., L. J., Juzg. Fam. N° 1, Esquel, Chubut; 01/10/2021, 00078/2019". Consultado en jurispru@juschubut.gov.ar

protección de la jurisdicción en cada jurisdicción o propuesto por el adolescente, que tiene por función acompañarlo en el fortalecimiento de su autonomía, y entre las dimensiones incluidas se encuentran mencionadas la salud, la salud sexual, procreación responsable y planificación familiar.¹⁴

No obstante, tampoco se precisa el alcance de dicho acompañamiento, si importa o no la asistencia para la toma de decisiones y qué ocurriría en caso de conflicto o si el referente advirtiera que la decisión que pretende adoptar el adolescente lo coloca en situación de riesgo.

Resulta oportuno recordar que el régimen legal específico para las personas menores de edad se establece en su beneficio, y la autonomía en el ejercicio de los derechos se confiere de forma progresiva, en el entendimiento que la madurez se va adquiriendo paulatinamente, y aún precisan un marco definido de protección. Paradójicamente, los adolescentes del PAE, que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, se ven forzados a una mayoría de edad anticipada por el mismo Estado que reconoce la necesidad de brindarles asistencia y acompañamiento a través de un programa diferenciado¹⁵ en un marco legal que adolece de enormes imprecisiones.

4. INTERACCIÓN DEL ART. 26 CCC CON LEYES ESPECIALES

En el ámbito del derecho, existen principios que ayudan a resolver conflictos entre normas jurídicas, fundamentales para garantizar la coherencia y la aplicación correcta de las leyes. Entre ellos, el principio de “Ley posterior deroga ley anterior” (*Lex Posterior Derogat Legi Priori*) y el de “Ley especial prevalece sobre ley general” (*Lex Specialis Derogat Legi Generali*), pueden entrar en tensión cuando se trata de leyes especiales anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

a) *Ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica*

En su primer artículo esta ley reconoce a las personas mayores de edad el derecho a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de

¹⁴ Arts. 6, 8 y 11 inc. a Ley 27.364.

¹⁵ VIDETTA, Carolina A., “La mayoría de edad anticipada en la ley de egreso asistido: entre la especialidad y la 'niñología'”, cit.

trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud. En el artículo siguiente reitera que dichas prácticas están autorizadas para toda persona mayor de edad que las requiera bajo ciertos recaudos.

Hay coincidencia en la doctrina en cuanto a que, pese a tratarse de una ley anterior al CCC¹⁶, se aplican sus disposiciones, en tanto las prácticas que contempla son de gravedad y exceden el cuidado del propio cuerpo.¹⁷ Tratándose de métodos de anticoncepción de carácter irreversible, resulta razonable excluir su acceso en la adolescencia, toda vez que es una etapa de desarrollo en la que las personas están formando su identidad, su vida está en constante evolución, y lo que parece una decisión elegida en su contexto actual podría no serlo a medida que crecen y cambian sus aspiraciones, relaciones y circunstancias. Además, la disponibilidad de anticonceptivos reversibles, eficaces y seguros, ofrece a los adolescentes las herramientas necesarias, sin exponerlos a medidas irreversibles.

Ahora bien, la mayoría de edad anticipada prevista para los adolescentes a partir de 16 años incluidos en el PAE, plantea el contrasentido de habilitarles el acceso a estas prácticas, cuando no sólo se vislumbran los inconvenientes detallados precedentemente en relación al impacto de la irreversibilidad atendiendo a las características propias de cualquier adolescente, sino con mayor énfasis por hallarse en una agravada condición de vulnerabilidad por la ausencia de redes familiares. El acompañamiento que se les encomienda a los referentes, no suple estas prevenciones, que debieran ser abordadas con seriedad.

b) Ley 26.529 sobre Derechos del paciente en sus relaciones con los profesionales e instituciones de salud

¹⁶ Publicada en el B.O. el 29 de agosto de 2006.

¹⁷ FERNÁNDEZ, Silvia, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "El principio de autonomía progresiva...", AR/DOC/2904/2017 y LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina, Revista de Derecho (UCUDAL), 2da. Época, año 13 N° 16 (dic. 2017), ISSN 1510-3714, ISSN *on line* 2393-6193.

La ley 26.529 reformada por ley 26.742, mantiene la obligatoriedad del previo consentimiento informado del paciente para toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario (art. 6).

A tal efecto, reconoce el derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada con su salud (art. 2 inc. f), que es definida por la propia norma como "...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." (art. 3).

De allí que para que se configure un consentimiento "informado", no alcanza que se transmita la información de forma clara, sino que se exige un parámetro subjetivo: que sea suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión de ese paciente en particular, por lo que debe atender a sus características personales, tales como la edad, grado de madurez, contexto sociocultural, acceso a la educación, etc.

En lo que respecta a la situación de niños y adolescentes, el art. 2do establece que tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. De esta forma armoniza la participación de los niños y adolescentes, sin desplazar a los representantes legales.

A la par, en referencia al derecho a la salud, impone a los organismos del Estado la obligación de garantizar el acceso a servicios de salud de aquéllos, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad (art. 14).

A su vez, el art. 5 del Decreto 1089/2012, reglamentario de la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742, precisa cuándo hay consentimiento por representación, y entre las hipótesis enumeradas, enuncia cuando se trata de pacientes menores de edad, que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar.

Ahora bien, en el supuesto de que puedan comprender tales alcances, prevé que se escuche su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Agrega que para ese consentimiento debe tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando

su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento.

Dado que la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742 no ha sido derogada y aborda específicamente lo regulado de manera general por el artículo 26 CCC, surge la posibilidad de aplicar e interpretar alternativamente ambas disposiciones o de realizar una interpretación integrativa de las mismas¹⁸.

c) Ley 26.743 de Identidad de género

La ley 26.743 define identidad de género como “...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2).

Precisa la edad de 18 años para acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa, para lo que se solicitará únicamente el consentimiento informado de la persona (art. 11).

Por debajo de esa edad, remite al art. 5°, previendo la intervención de los representantes legales con expresa conformidad de la persona menor de edad, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño. Adicionalmente establece que la persona menor de edad debe contar con la asistencia del abogado del niño.¹⁹

¹⁸ LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina, cit.

¹⁹ La Ley dispone la intervención del abogado del niño como un deber, y no como una facultad. Esto acarrea algunos interrogantes, como qué pasaría si el niño no desee o incluso se niegue a la asistencia letrada. Creemos que no es posible imponerla, porque el abogado está llamado a canalizar jurídicamente la voz del niño, no tiene una actuación autónoma o de representación. Así también, pese a que la norma no lo dice, no sería viable su participación como letrado de un niño que no esté en condiciones de expresar su opinión o brindar directivas por idénticas razones. En tal caso, eventualmente, podría contar con la actuación de un tutor *ad-litem*.

En este caso, la norma precisa la intervención judicial por vía sumarísima para los casos de disenso o cuando sea imposible obtener el consentimiento de alguno de los representantes legales. De allí, se deduce sin mayor esfuerzo que para prestar el consentimiento se requiere la intervención de ambos progenitores, u otros representantes legales en caso de pluralidad, pues la venia judicial supletoria se habilita ante la ausencia de uno de ellos.

Así también, establece que respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se debe contar además con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien debe expedirse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la solicitud de conformidad (art. 11).

No obstante la expresa enunciación normativa, la Resolución 65/15 de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud descarta cualquier tipo de intervención judicial y asistencia letrada –abogado del niño- en el proceso de consentimiento para las prácticas. A su vez, pese a que la ley especial no hace distinciones, propone que se equipare al adolescente a partir de 16 años con un mayor de edad, y por debajo de esa edad, sólo para las intervenciones quirúrgicas, que se cuente con la asistencia, no ya de ambos progenitores, sino de personas que ejerzan roles de cuidado formal o informalmente.

A pesar de que se trata de prácticas de enorme trascendencia, no solo por cómo afectan la salud psicofísica sino también por su carácter irreversible en muchos casos, la Resolución permite que un referente –quien no está sujeto a los deberes y responsabilidades inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental– sea quien asista o co-decida con el adolescente. Además, sugiere que se realice sin habilitar la intervención judicial, lo que privaría al adolescente de garantías adicionales de protección de derechos que brindan el defensor o asesor de menores, conforme al art. 103 CCC.

En este caso, se advierte nuevamente un choque entre las reglas de aplicación de preferencia de las normas, atendiendo a que la Ley 26.743 tiene carácter especial pero es anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.²⁰ Con similares argumentos que incluyen la invocación del interés superior del niño y los principios *pro-personae* y *pro-minoris*,

²⁰ BO, 24 de mayo de 2012.

diversos sectores de la doctrina sostienen la prevalencia de uno u otro régimen.²¹

Frente a tal escenario, advertimos que la trascendencia y seriedad de los tratamientos involucrados parecieran inclinar la balanza hacia estándares más altos de protección, como ser la intervención judicial con representación complementaria conforme art. 103 CCC, lo que no aparece reñido con la exigencia de celeridad, respeto por la confidencialidad e intimidad del adolescente, y escucha activa desde una perspectiva interdisciplinaria.

Respecto de los adolescentes incluidos en el PAE, la mayoría de edad anticipada aparece como un escollo para brindar un marco de protección en igualdad de condiciones con los demás adolescentes, y más aún, por encontrarse sin cuidados parentales. Sería oportuno que por las vías adecuadas, se habilitaran estos estándares de protección de acuerdo a las edades previstas en la norma especial. Consecuentemente, atento la naturaleza de estas prácticas, se estima oportuno que se requiera que cuenten efectivamente con la edad de 18 años, mas allá de la mayoría de edad anticipada, y por debajo de la misma, exigir se cumplan los recaudos legales con asistencia del referente y del abogado del niño.

d) Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida

La ley 26.862²² tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, que consisten en aquellos procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, incluidas los de baja y alta complejidad, con o sin donación de gametos y/o embriones (arts. 1 y 2).

²¹ Por ejemplo, Lafferrière sostiene la preeminencia de la ley especial y Fernández, Herrera y Lamm, la del art. 26 CCC con las pautas interpretativas de la Res. 65/15. Ver LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina, cit. y FERNÁNDEZ, Silvia, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “El principio de autonomía progresiva...”, cit.

²² BO, 26 de junio de 2013.

Se prevé la mayoría de edad para acceder a dichos procedimientos y técnicas (art. 7), lo que debe prevalecer por sobre las disposiciones del art. 26, último párrafo CCC, atento que son cuestiones que claramente exceden el cuidado del propio cuerpo.

A la par, habilita la guarda de gametos o tejidos reproductivos para aquellas personas, incluso menores de 18 años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro. (art. 8).

Dado que la norma no prevé un mecanismo de toma de decisión para los adolescentes que se encuentren en esta última situación, parece razonable que a tal efecto rija el régimen del art. 26 CCC.²³

Teniendo en cuenta la entidad y consecuencias de las situaciones previstas en esta norma, se propicia que los adolescentes incluidos en el PAE sean asimilados en estándares de protección al resto de las personas de su edad.

e) Ley 27. 447 de Trasplante de órganos, tejidos y células

Esta norma permite la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante, sobre personas capaces mayores de 18 años, con el requisito de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien mantiene una unión convivencial, y dictamen favorable de los profesionales a cargo de la realización del trasplante. (art. 22).

En cuanto a la donación de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH), habilita a las personas menores de 18 años –con autorización de su representante legal-, cuando las vincule con el receptor el parentesco mencionado precedentemente -extremo que no se requiere para los mayores de esa edad en relación a esta práctica en particular-, (art. 26).

En lo atinente a los actos de disposición de órganos y/o tejidos a los fines de la donación, la ablación puede realizarse sobre toda persona capaz mayor de 18 años, que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos

²³ LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina, cit.

(art. 33). En cuanto a las personas menores de edad fallecidas, la autorización debe ser efectuada por ambos progenitores o por aquél que se encuentre presente, o el representante legal del menor, y se deberá tener en cuenta que la oposición de uno de los padres elimina la posibilidad de llevar adelante la extracción en el cuerpo del menor. En ausencia, debe intervenir el defensor o asesor de menores (art. 34).

Tratándose de una ley especial posterior,²⁴ se aplican sus disposiciones por sobre las contenidas en el art. 26 CCC.

En lo que respecta a los adolescentes incluidos en el PAE, atento la naturaleza de estas prácticas, se considera adecuado que se requiera que cuenten efectivamente con la edad de 18 años, no obstante la mayoría de edad anticipada, y por debajo de la misma, habilitar en las condiciones legales con asistencia del referente.

f) Ley 27.610 de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo

La ley 27.610²⁵ habilita a las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, a la interrupción de su embarazo –aborto- hasta la semana 14 de gestación, inclusive, sin requisitos adicionales, y fuera de ese plazo, si estuviese en peligro la vida o la salud integral de la gestante, o si el embarazo fuere resultado de una violación, previa declaración jurada, lo que no será requerido en casos de niñas menores de 13 años de edad (art. 4).

A su vez, en el art. 8° aborda la situación de las personas menores, formulando una distinción en relación con su edad.

Reconoce a aquellas mayores de 16 años plena capacidad por sí para prestar su consentimiento. En cuanto a las menores de 16, prevé que se requiera su consentimiento informado por escrito conforme las disposiciones de la ley 26.529 y del art. 59 CCC (art. 7), y que se proceda “...conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7° del

²⁴ BO, 26 de julio de 2018.

²⁵ BO, 15 de enero de 2021.

anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673”.

La Resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, efectúa una reinterpretación de conceptos claves como “procedimientos invasivos” –que entiende como aquellos que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud-, y “progenitores” en donde considera comprendidos a los referentes afectivos y allegados, propiciando su participación, al menos, en un plazo de igualdad con los representantes legales.

Tal como se ha expuesto anteriormente, se advierte una contradicción con el régimen del Código y de la Ley 26.529, que, con remisión a la Ley 26.061, delinea las pautas de consentimiento informando de las personas menores de edad, con participación del adolescente junto con sus representantes legales.

Ante la contraposición entre las normas citadas, habrá de preferirse las de mayor jerarquía, es decir la Ley 26.529 y el Código Civil y Comercial, por sobre la Resolución ministerial.

5. PALABRAS FINALES

El ejercicio de la autonomía progresiva del adolescente en relación con el consentimiento para actos médicos, subraya la necesidad de repensar la forma en que se ejercen las responsabilidades parentales, sin que ello implique sustituir ni excluir a los progenitores, en la orientación y acompañamiento que tienen el deber y derecho de dar a sus hijos, como guías y orientadores en el desarrollo hacia la independencia.

A la par, brindar respuestas efectivas para aquellos adolescentes que se encuentran sin cuidados parentales o se hallan inmersos en situaciones de abuso o negligencia por parte de los adultos responsables. Son casos en que debido a su vulnerabilidad agravada, requieren medidas de protección reforzada para la promoción de sus derechos, que no excluyen su autonomía progresiva y el acompañamiento que para su desarrollo necesitan, pero lejos están de consistir en una adultización precoz.

Frente al escenario de un régimen jurídico que establece la autonomía progresiva y la equilibra con la responsabilidad parental, y reconoce el derecho a la salud manera amplia tanto desde la legislación nacional como la internacional con jerarquía constitucional, es pertinente reflexionar si el art. 26 CCC resulta necesario para encauzar adecuadamente

estos principios, o si, por el contrario, genera más interrogantes que respuestas, y más conflictos que soluciones.

Se aprecia necesario buscar caminos que en lugar de poner énfasis en los desacuerdos, promuevan la integración y consolidación de los lazos familiares, evitando enfrentamientos innecesarios y respetando los deberes y responsabilidades, tanto de los padres como de los profesionales de la salud.

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN: ALGUNAS CUESTIONES DISPUTADAS

Por Jorge Nicolás Lafferriere¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento por representación procede en caso de imposibilidad de expresar la voluntad por parte del paciente o en caso de incapacidad o restricción a la capacidad de ejercicio en los términos del Código Civil y Comercial. En su caso, corresponde al profesional médico determinar la imposibilidad de expresar la voluntad y dejar constancia de ello en la historia clínica.

2. El art. 59 del Código Civil y Comercial, en su último párrafo, establece un orden de prelación para el consentimiento para actos médicos en caso que la persona se encuentre imposibilitada de expresar su voluntad y se debe evitar un mal grave al paciente. Este orden de prelación prevalece por sobre el que fija el art. 6 de la ley 26.529.

3. La intervención del apoyo en caso del consentimiento previsto en el art. 59 del Código Civil y Comercial se realiza únicamente si posee atribuciones de representación dadas por sentencia judicial para intervenir en tal supuesto.

4. En caso de discrepancia entre los parientes, en el caso mencionado en el art. 59 del Código Civil y Comercial, corresponde la aplicación del orden de prelación establecido

5. En caso de duda sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación debe aplicarse aquella que resulte en mayor beneficio del paciente a partir del criterio médico.

¹ Profesor Titular Ordinario, Principios de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina y Profesor Titular Regular, Elementos de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En materia de consentimiento informado para actos médicos existe una superposición normativa a nivel nacional entre la ley 26529 y el art. 59 del Código Civil y Comercial. Dentro de las cuestiones que surgen por tal superposición se encuentran algunas que se vinculan con el denominado “consentimiento por representación”. En tal sentido, las normas en juego son:

Ley 26529: “Artículo 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 fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. (Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

Ley 24.193 – Art. 21: “a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;

b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;

c) Cualquiera de los padres;

d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;

e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;

f) Cualquiera de los abuelos;

g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;

h) *Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;*

i) *El representante legal, tutor o curador” (Artículo derogado por Ley 27.447).*

Código Civil y Comercial: “ARTICULO 59.- ... Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

En esta ponencia², analizaré cinco cuestiones que surgen del análisis de los textos transcritos, a saber: en qué supuestos resulta procedente el consentimiento por representación; cómo se determina el orden de prelación; en qué caso interviene el apoyo; qué sucede en caso de conflicto entre parientes; y cómo se resuelve el caso de duda.

2. RESPECTO AL SUPUESTO EN QUE RESULTA PROCEDENTE EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

El primer problema que suscita la superposición normativa refiere a la determinación de los supuestos en que resulta procedente el consentimiento por representación. En efecto, la ley 26529 dispone que la información se brinda a los representantes “*en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico*” (art. 4). La misma expresión se repite en el artículo 6 para la “*imposibilidad de brindar el consentimiento*”. Por su parte, en el artículo 59 CCC se dispone que este consentimiento opera “*si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica*”. Además, agrega que tiene que mediar una

² Esta ponencia reconoce como antecedente el trabajo publicado en 2017: LAFFERRIÈRE, J.N. ¿Quién decide? : orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina [en línea]. Salud, Bioética & Derecho N° 1, 2017. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9001>. Ha sido adaptado a este formato y actualizado con la ley 27.447.

“situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud [del paciente]”.

Al respecto, el art. 59 CCC no menciona en forma expresa los supuestos de “incapacidad de ejercicio” (persona por nacer, personas menores de edad, incapaces declarados tales por sentencia en los términos del art. 32 último párrafo CCC) ni los de “capacidad restringida” (art. 32 primer párrafo CCC), sino que se limita a describir el cuadro que debe presentar el paciente para que opere el consentimiento por representación. Sin embargo, al referirse al “representante legal” y al “apoyo” como personas habilitadas para intervenir en el consentimiento por representación, cabe concluir que el art. 59 CCC presupone tal situación. Es decir, el artículo 59 debe interpretarse en concordancia con el resto de las normas sobre capacidad de ejercicio. Para las personas por nacer, intervienen sus padres (art. 101 inciso a CCC), y por supuesto la propia madre en tanto la intervención también la involucra a ella. Para personas menores de edad, rige el art. 26 CCC, que por cierto genera algunos problemas interpretativos que exceden este trabajo.

En cuanto a la situación de hecho en la cual se encuentra la persona al momento en el cual debe consentir o rechazar tratamientos, el artículo 59 enfatiza que la imposibilidad de brindar el consentimiento tiene que ser “*absoluta*”. Nos parece que, en la práctica concreta, es difícil determinar cuándo es “absoluta” la imposibilidad y cuándo no. Por eso, parece razonable el decreto 1089/2012 reglamentario de la ley 26529 en tanto establece al criterio médico como el decisivo para determinar la situación de imposibilidad de hecho. En efecto, dispone el decreto: “*Habrà consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación*” (art. 5, decreto 1089/2012). Entendemos que ello sigue vigente luego de la aprobación del CCC.

En el mismo sentido, Tobías pone el foco en el supuesto en que el paciente que tiene una sentencia de restricción a la capacidad rechaza un procedimiento en una situación que el profesional considera que no está en condiciones de comprender la información. Así, señala que “si el profesional estimara que la persona no está en condiciones de comprender la información, se deberá dar cuenta al juez para que éste, con base en las circunstancias de cada caso, resuelva lo que corresponda. Las particulares condiciones de quien tiene un padecimiento mental -más particularmente, de

quien padece adicciones- pueden determinar que rechace un tratamiento recomendable para su salud: también en estos casos es deber del profesional informar al juez y a los apoyos”³.

3. RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN ORDEN DE PRELACIÓN

La segunda cuestión problemática refiere a las diferencias que existen entre la ley 26529 y el art. 59 CCC en lo que refiere al orden de prelación para actuar como representante en el consentimiento. La falta de un orden de prelación había sido señalada por Tobías como uno de los problemas que presentaba inicialmente la ley 26529 en su texto original de 2009⁴. Este fue uno de los aspectos abordados por la ley 26742 sancionada en 2012, que modificó el artículo 6 de la ley 26529 y dispuso la remisión al orden de prelación de la entonces vigente ley 24193 de ablación e implante de órganos, como ya transcribimos. Por su parte, el decreto reglamentario aclaró qué sucedía si había disparidad de criterios entre familiares ubicados en un mismo orden y se refirió a lo referente a la acreditación del vínculo.

Por su parte, el art. 59 CCC incluye una enumeración de personas que intervienen en el denominado “consentimiento por representación”, pero su redacción deja abierta una controversia en torno a si existe o no un orden de prelación. Para Tobías, el texto del artículo 59 “no plantea un orden de prelación ni prioriza al que en esos momentos del paciente”⁵. En cambio, para Saux “la enunciación es amplia, y entendemos que secuencial”⁶. En el mismo sentido, Navarro Floria considera que hay un “orden de prelación”⁷. Por mi parte coincido con esta última postura.

Una complicación adicional se produjo en 2018, pues la ley 27.447 derogó la ley 24.193, pero no modificó el texto del art. 6 de la ley 26529. Es decir, la norma vigente (art. 6 de la ley 26529) remite a un texto derogado

³ TOBIÁS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Alterini, Jorge Horacio (Director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 622.

⁴ Ver TOBIÁS, José W., "El asentimiento del paciente y la ley 26529", *Acad. Nac. de Derecho*, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 – DFyP, 171.

⁵ TOBIÁS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Alterini, Jorge Horacio (Director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 617.

⁶ SAUX, Edgardo I., *Código Civil y Comercial Comentado*, T. I, Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 309.

⁷ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, *Buenos Aires, El Derecho*, 2016, p. 74.

(art. 21 Ley 24.193). Esta remisión a una norma derogada constituye un problema interpretativo relevante.

A su vez, la superposición normativa lleva a preguntarse si prevalece el orden de prelación de la ley 26529 o el del art. 59 CCC. En mi opinión, por ser ley posterior y norma de fondo, prevalece el orden que indica el art. 59 CCC.

4. RESPECTO A LA INTERVENCIÓN DE LOS APOYOS

Una tercera cuestión refiere a la forma en que deben intervenir los apoyos para personas que vieron restringida su capacidad por sentencia judicial en los términos del art. 32 CCC. En tal sentido, la ley 26529 no menciona a los apoyos entre los que pueden dar el consentimiento por representación. Por su parte, el art. 59 CCC los menciona en segundo lugar.

Al respecto, hay que hacer algunas precisiones.

Si la sentencia de restricción de la capacidad nada dice sobre la aptitud para consentir y no incluye una limitación expresa de tal capacidad, se considera que la persona puede tomar la decisión por sí y, en caso de imposibilidad absoluta, no intervendrá el apoyo (que carecería de funciones en tal sentido).

En cambio, si la sentencia dispone que estas decisiones sobre actos médicos se adopten con la colaboración de apoyos, habrá que determinar el alcance que les ha dado en cuanto a sus funciones. Si la sentencia designa al apoyo “con funciones de representación” (art. 101 inciso c CCC) para actos médicos, entonces el apoyo puede intervenir sin problemas.

Si la sentencia de restricción a la capacidad designa un apoyo con funciones de representación pero sin específica referencia al consentimiento informado, entiendo que tal apoyo no tiene atribuciones para intervenir en el consentimiento informado.

Si el apoyo fue designado como “asistente”, la cuestión es más problemática. En principio, no tiene atribuciones dadas por sentencia para representar. La duda surge en torno a si el art. 59 CCC lo habilita en forma “legal”, más allá de la sentencia. Se trata de un apoyo que no puede “representar” al paciente, pero debe asistir. Entiendo que el apoyo no puede representar y debería dar intervención al juez, salvo que sea de suma urgencia, en cuyo caso puede el médico prescindir del consentimiento.

5. RESPECTO AL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE PARIENTES

Una cuarta cuestión refiere al eventual conflicto entre parientes al momento de dictar el consentimiento por representación. El conflicto puede darse en torno al orden de prelación entre parientes ubicados en distinto grado y también entre parientes de un mismo grado.

En primer lugar, el art. 59 CCC refiere al “pariente” sin hacer precisiones. En cambio, el artículo 21 (incisos b, c, d, e, f, g y h) de la ley 24193, al que remite la ley 26529 es mucho más preciso y de ayuda para el profesional médico. El orden que surge de esta norma es el siguiente: “b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive” (art. 21 Ley 24193). Sostengo que tal orden debe aplicarse.

En cuanto al conflicto entre parientes ubicados en un mismo grado, entiendo que es aplicable el Decreto 1089/2012 reglamentario de la ley 26529 en tanto dispone: *“ARTICULO 5°.-Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente”*.

Sobre la forma de acreditar el vínculo, rige el mismo art. 5 del Decreto 1089/2012 que dispone: *“El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe”*.

6. CRITERIO PARA LOS CASOS DE DUDA

La última cuestión que quisiera abordar en esta ponencia refiere al criterio de actuación en caso de duda en el consentimiento por representación.

El tema presenta diferencias según se trate de personas menores de edad o no. En el caso de personas menores de edad, claramente rige el interés superior del niño que dispone ese criterio como pauta hermenéutica decisiva para la toma de decisiones.

En el caso de personas mayores de edad con discapacidad, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad señala que se deben respetar “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”. En tal sentido, la duda puede plantearse cuando la voluntad y preferencias de la persona no sean conocidas. Al respecto, no se trata de reconstruir la voluntad, como algo ficticio o artificial. En este punto, creo que el art. 10 del decreto 1089/2012 resulta de importancia cuando establece: *"Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento"*.

Esta prevalencia del beneficio del paciente a partir de criterios de razonabilidad parece importante como criterio de cierre ante dudas, especialmente por la novedad que introdujo el art. 59 CCC al incluir al “allegado que acompaña al paciente” como persona habilitada a dar el consentimiento. Este “allegado” deja en evidencia que el legislador está preocupado por asegurarse que alguien “decida” y evitar caer en un “paternalismo médico”. Pero fácilmente podría pasar que el allegado no conozca con precisión la “voluntad y preferencias” del paciente, sobre la que debe dar testimonio. De esta forma, para evitar un “paternalismo”, se corre el riesgo de crear una voluntad “procedimentalmente reconstruida”, que no sea reflejo de la realidad.

Por supuesto, el artículo 59 deja en claro que en caso que haya una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud del paciente, el médico puede intervenir y prescindir el consentimiento. Es una solución lógica en respeto al derecho a la vida y la salud y se justifica la excepción al requisito del consentimiento informado⁸. Tal intervención del médico se corresponde con sus deberes profesionales.

⁸ NAVARRO FLORIA llama la atención sobre el hecho de que el artículo 9 de la Ley 26529 también contempla como excepción a la obligatoriedad del consentimiento

En definitiva, hay que reconocer que el consentimiento “por representación” conlleva problemas de fondo y que la denominada “autonomía de la voluntad” no termina de ser criterio decisivo para resolver los temas en juego. De hecho, en la doctrina hay autores que se preguntan si el orden de prelación fijado por la ley es el que hubiera elegido la persona⁹. También pueden surgir conflictos si el representante tiene perspectivas culturales que no coinciden con las del paciente o que imponga sus preferencias y no las del paciente.

En última instancia, está en juego el derecho a la vida, que es un bien indisponible y de importancia liminar en el sistema de protección y garantías de derechos de la persona humana. Por eso, es necesaria una delicada armonía entre autonomía y protección, pensando en la dignidad y bien de la persona humana concreta.

informado la situación de grave peligro para la salud pública (NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 74).

⁹ KOHN, Nina A. BLUMENTHAL, Jeremy A. "Designating Health Care Decisionmakers for Patients without Advance Directives: a Psychological Critique", Georgia Law Review, 2008, Vol. 42, p. 979-1018.

LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Por Emiliano Carlos Lamanna Guiñazu¹, Carlos Alberto Fossaceca²
y Pilar Moreyra³

I. CONCLUSIONES

1. La terminología *asentimiento* resulta ser más precisa que *consentimiento informado*.
2. La figura en ponderación es una declaración unilateral de voluntad.
3. Su fundamento es la posibilidad de autodeterminación que goza cualquier persona humana.
4. Una de sus notas esenciales consiste en la revocación del asentimiento. Ello podría ocasionar el resarcimiento de los gastos ocasionados, pero no la indemnización del lucro cesante no obtenido.
5. El principio de buena fe regla a la información brindada al paciente: debe ser clara y precisa.
6. El llamado privilegio terapéutico debe ser interpretado de manera restricta.
7. El asentimiento del paciente debe ser consignado por escrito, salvo supuestos de fuerza mayor. Por ello, debería reformularse de *lege ferenda* la redacción del artículo 7 de la ley 26.529.
8. El consentimiento informado constituye una causal de justificación del daño.
9. Se torna recomendable para ejercer de manera plena el consentimiento informado que se le dé la mayor publicidad posible a los derechos del paciente.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Especialista en Derecho de la Alta Tecnología (UCA), y Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), en “Derecho de las Obligaciones”, y “Derecho de Daños”. Por las mismas asignaturas es Profesor Titular en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) y Webmaster en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

² Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), también Especialista en Derecho de Daños (UCA) y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Autor de diversos trabajos de doctrina. Email: fossaceca@uca.edu.ar

³ Profesora adscripta de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Autora de diversos trabajos de doctrina. Email: moreyrp.cs@gmail.com

10. El consentimiento informado, como derechos del paciente, debe formar parte de la currícula de enseñanza secundaria.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En la Argentina de las últimas décadas, sin duda, los médicos son los profesionales que han recibido el mayor número de reclamos vinculados con el ejercicio de su actividad.

Las causas de tal fenómeno obedecen a una *multiplicidad* de factores. Entre ellos, el hecho de asociarse su labor con la vida y la salud de las personas, genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa de la propia expertiz del galeno.

La manifestación de la voluntad del paciente en acogerse a un tratamiento médico constituye uno de los aspectos centrales y delicados que conforman el ecosistema de los derechos personalísimos.

Si conjugamos esta voluntad con la *incertidumbre* y el *desconcierto* provocado por la pandemia COVID SARS 2, el tema se convierte en un eje central de discusión científica, pues se ha dicho “evitar contagios en un cuadro pandémico como la COVID-19 justificó, por la emergencia sin precedentes, el uso de dispositivos de telemedicina, mensajería y video llamadas por WhatsApp y las correspondientes prescripciones electrónicas o digitales de tratamientos o medicamentos para las personas”⁴.

2. CIERTA AMBIGÜEDAD EN LA TERMINOLOGÍA

El tecnicismo *consentimiento informado* que recoge los artículos 58 y 59⁵ del Código Civil y Comercial no ilustra de manera precisa el

⁴ IÑIGO PETRALANDA, María Isabel y FERNÁNDEZ, Ariel Leonardo, “Ley de Receta Electrónica Argentina. Estado del arte y sus implicancias operativas, éticas y legales. Decreto 98/2023: reglamentación de la ley 27.553 de Recetas Electrónicas o Digitales y Plataformas de Teleasistencia”, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*”, El Derecho editorial jurídica, Número 14, cita digital: ED-MVDCCLX-71

⁵ El CCYCN, en su art. 59 se refiere a esta figura, recogiendo la esencia de la definición citada en el texto principal y exigiendo su implementación como paso previo a

fenómeno. El paciente elige el tratamiento que le ofrece el galeno. Se tornaría más preciso hablar de *asentimiento*.

Definiremos al consentimiento informado como “*la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto*”⁶.

Pero es más flexible en materia de representación, ya que, ante la falta de aptitud de una persona para otorgar el consentimiento informado, el Código unificado admite que lo haga en su lugar el *representante legal*, el *apoyo*, el *cónyuge*, el *conviviente*, el *pariente* o el *allegado* que lo acompañe, superando el régimen rígido previsto por el art. 6⁷ de la citada legislación especial. Y si bien tal representación se prevé para casos de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del interesado, cabe interpretar que se aplicará a las distintas situaciones en las que el enfermo se vea impedido de expresar su voluntad, ya que la emergencia constituye justamente una excepción a la exigencia del consentimiento informado.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Se trata de una declaración *unilateral* de voluntad⁸.

4. RAZÓN DE SER

todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico, salvo disposición legal en contrario. Además, se detiene en algunos de sus aspectos críticos, como qué y cuánto debe informarse, a cuyo respecto sigue la letra de la ley de Derechos del Paciente (26529/09, actualizada conf. Ley de Muerte Digna, 26742/12).

⁶HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M. *La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informada*”, Ed Ad Hoc, Bs. As., 2003, 2ª. Ed. actualizada y ampliada, pág. 1.

⁷ **Artículo 6 de la ley 26.529**: “Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”.

⁸ El contrato médico se refiere a aquel negocio jurídico a través del cual el paciente se compromete a pagar un estipendio y el galeno a ejercer el arte de curar.

La creación de la figura radica en la posibilidad de *autodeterminación* que goza cualquier persona humana. Debe expresar su deseo de asumir los riesgos que puede acarrear el acto médico como lo contrario.

5. REVOCABILIDAD

Al ser un *derecho personalísimo*, una nota esencial consiste en la posibilidad de *revocar* el asentimiento expresado, sin que pueda imponerse ninguna cortapisa legal o convencional al respecto⁹.

Siendo un derecho personalísimo del paciente, digamos que se trata de una categoría propia del Derecho Privado y son objeto de relaciones entre particulares más allá del indudable relacionamiento con el Derecho Constitucional (Público) al tratarse de derechos fundamentales¹⁰.

El acto indicado podría ocasionar el resarcimiento de los gastos ocasionados, pero no la indemnización del lucro cesante no obtenido.

6. NECESIDAD DE UNA INFORMACIÓN CLARA Y PRECISA

Constituye una labor de primigenia importancia por parte del médico la comunicación exacta del problema, el diagnóstico y el tratamiento. Imprecisiones leves pueden suscitar la responsabilidad profesional.

⁹ Dispone el **artículo 5 de la ley 26.529** que: “*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*”.

¹⁰ TOBÍAS, José W., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II, págs. 4 citado por NICOLAU, Noemí, “El impacto de las nuevas tecnologías en la relación médico-paciente” en Obra Colectiva “*Las Nuevas Tecnologías y el Derecho*”, Thomson Reuters, 2022, pág. 30.

La regla que impregna la información debe ser la buena fe: los riesgos conocidos al momento del tratamiento como los que posteriormente se descubran.

Debe haber un intervalo de tiempo suficiente entre la explicación médica y el asentimiento del paciente¹¹.

La explicación del galeno debe ser clara para el paciente teniendo en cuenta que este último es un profano.

Los riesgos excepcionales, según la estadística médica, no advertidos pueden ser excusables, no ocasionando resarcimiento.

Desde el punto de vista contrario, el paciente goza legítimamente de la facultad de no recibir información¹².

7. PRIVILEGIO TERAPÉUTICO

La posibilidad por parte del galeno de no informar al paciente los detalles de su enfermedad debe ser estimada de manera muy restrictiva.

En tales supuestos, se torna conveniente que el galeno se comunique con el representante del paciente, si lo tuviese.

8. PREDICAMENTO NEGATIVO DEL PACIENTE

Cabe asentar como principio que prima la voluntad del paciente.

Las convicciones religiosas deben ser respetadas salvo que se encuentren involucrados menores de edad.

Cede la tesitura negativa en el supuesto de peligro general para la comunidad, verbigracia, la transmisión de virus en épocas de pandemias, como acaeció con el Covid 19.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "I.V. vs BOLIVIA"*, sentencia de fecha 30 de Noviembre de 2016, Serie Serie C No. 329.

¹² **Artículo 2, inc.f, de la ley 26.529:** "*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: ... 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*".

9. FORMALIDAD

A fin de evitar equívocos y ocasionar inexactitudes, el asentimiento del paciente debe ser consignado por escrito, salvo supuestos de fuerza mayor.

Lo dicho en el párrafo anterior nos obliga a desarrollar el que sigue consignando debidamente que es muy cierto que el desarrollo digital, expansivo y multidimensional, implica que la “*utilización de IA en salud es una de áreas de mayor desarrollo y con mayor posibilidad de uso, en particular en análisis predictivos, medicina de precisión y apoyo a las decisiones clínicas*”¹³.

Por ello, debería reformularse de *lege ferenda* la redacción del artículo 7¹⁴ de la ley 26.529.

10. CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN DEL DAÑO

El asentimiento del paciente regularmente obtenido excusa de los eventuales perjuicios que puede sufrir por el tratamiento. Constituyendo, por tanto, una de las causas de justificación del daño¹⁵. En tal sentido, el consentimiento informado es un instituto clásico en la práctica médica, presente en la mayor parte de la legislación sanitaria de las últimas décadas y explícitamente regulado para ese ámbito en el art. 58 del Código unificado. Pero deberíamos reflexionar sobre su función como causa de justificación

¹³ WIERZBA, Sandra y MAGLIO, Ignacio, “Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil”, en “LEGALTECH. El Derecho ante la Tecnología”, editorial Thomson Reuters, LA LEY, noviembre de 2018, pp. 217.

¹⁴ **Artículo 7 de la ley 26.529:** “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”.

¹⁵ “Más allá de que el aspecto medular de la norma sea el derecho a la información que tiene el paciente, el consentimiento informado integra –en nuestro Código Civil y Comercial– uno de los bloques de las denominadas “eximentes de la responsabilidad” y, dentro de estas, de las llamadas “causas de justificación” (Arts. 1718 a 1720, Cód. Civil y Comercial), donde se aborda el llamado “daño justificado”, siendo el otro bloque legal de las eximentes del responder, las que mencionan directamente el casus (interrupción del nexo causal)”, LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano Carlos, *Daño Agravado por el Acreedor. Formas del debido comportamiento de la víctima*, Astrea, 2020, pág. 202.

de la ilicitud del acto, en el ámbito de la salud: en este sentido, ¿qué efectos a la asignación a la prestación del consentimiento informado ante una propuesta profesional si, luego de su práctica, el interesado sufre un daño?¹⁶. El médico no se eximirá de responsabilidad por haber consentido el paciente un acto culposo de su parte. Siendo aplicable a esta situación, el art. 1743¹⁷ CCyCN.

Tal virtualidad debe ser objeto de interpretación restricta.

11. FOMENTO DEL CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE

Se torna recomendable -para ejercer de manera plena el consentimiento informado- que se les otorgue la mayor publicidad posible a los derechos del paciente. Tal tópico debe ser objeto de enseñanza, sobre todo en el nivel de enseñanza secundaria.

¹⁶ La prestación adecuada y oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo al evento dañoso, podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo. De tal manera, el médico podrá liberarse de la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria, siendo esta, claro está, debidamente advertida. En tal sentido, la norma contenida en el Art. 1720 del CCyCN, menciona al consentimiento libre e informado del paciente/damnificado, en la medida que no sea una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por las lesiones que se deriven del mismo.

¹⁷ **Artículo 1743 del Código Civil y Comercial de la Nación:** “Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.”

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS

Por Juan Manuel Lezcano ¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado constituye una obligación legal y deber moral en cabeza de médicos y demás profesionales de la salud.
2. El consentimiento informado importa un derecho elemental de todo paciente independientemente que involucre un vínculo con un profesional desde el ámbito del derecho privado (médicos particulares, clínicas, etc.) como del público (hospitales públicos).
3. Constituye un proceso informativo gradual que trasciende la suscripción de un mero documento y debe involucrar un dinámico y virtuoso vínculo que respete el principio de autonomía, autodeterminación y dignidad de las personas (pacientes).
4. Este proceso dinámico de información continua requiere que los profesionales médicos agudicen su modo de comunicación para que la información transmitida resulte “clara, precisa y adecuada” (art. 59 del CCC) pero, por, sobre todo, efectiva.
5. La información sobre un procedimiento médico (tratamiento, operación quirúrgica, etc.) requiere de una aceptación voluntaria, libre y consciente del paciente. Lo que conlleva a que éste haya comprendido la naturaleza de la dolencia o aspecto que lo afecta, las alternativas médicas posibles, probabilidades y los riesgos y beneficios pre y post abordaje médico.
6. Los pacientes, en particular los afectados por enfermedades o dolencias graves, deben considerarse personas en estado de hiper vulnerabilidad y exige una excepcional y adecuada forma de abordar la relación médico-paciente por parte de los especialistas.
7. La forma escrita es discutible frente a supuestos de voluntad pública de no ser sometidos a tratamientos médicos cruentos.
8. La expresión consentimiento informado debería reemplazarse por la de “asentimiento” en tanto típica obligación de

¹ Miembro titular de las JNDC 2024. Abogado. Doctor en Derecho por la UCSF-UNL. Docente e investigador UCSF/UB/UBA. Esta ponencia fue realizada con la colaboración de Lidia Garrido Cordobera, Martín Debrabandere, Sheila Guillem y Roque Piccinino.

contratos médicos excede al consentimiento como elemento esencial y constituye un verdadera “forma informativa” inherente a dicha relación.

II. FUNDAMENTOS

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad es un principio fundamental del Derecho civil, que reconoce la capacidad de los individuos para tomar decisiones libres y autónomas, especialmente en la creación y modificación de relaciones jurídicas.

En el Derecho civil argentino, este principio se manifiesta principalmente en la libertad contractual, donde las partes tienen la facultad de determinar el contenido de sus acuerdos, dentro de los límites que la ley establece.

Desde el Código de Vélez Sársfield hasta el actual Código Civil y Comercial de la Nación, la autonomía de la voluntad ha sido un pilar del sistema jurídico argentino. Sin embargo, mientras el Código de Vélez consagraba un enfoque más rígido y formalista, el Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido una mayor flexibilidad, reconociendo la necesidad de equilibrar la libertad individual con otros valores y principios, como el orden público y la protección de los derechos de personas vulnerables.

En dicho compendio normativo se introduce un enfoque que privilegia la equidad, la buena fe y la función social del derecho, estableciendo que los acuerdos deben ser justos y no pueden contrariar la moral, el orden público, o afectar derechos de terceros.

2. AUTONOMÍA Y AUTODETERMINACIÓN: CONSENTIMIENTO INFORMADO

Puede afirmarse que a fines de los años sesenta comenzó a ponerse el acento en los derechos de los pacientes, lo que llevó a tener que analizarlo en un contexto distinto.

La autonomía de la voluntad comenzó a reflejarse en el ámbito médico como esa facultad de autodecidir y autogobernarse. Ese derecho de

poder optar o elegir y, en consecuencia, de actuar razonablemente sobre sí mismo en función de los propios valores y principios.

Este principio ético y jurídico de la autonomía de la persona humana llevó necesariamente a reinterpretar la tradición hipocrática.

Este accionar de la voluntad puede verse claramente reflejado en la recepción e instrumentación del “consentimiento informado”².

La obligación de obtener el consentimiento de un paciente se remonta a un caso inglés del año 1767, “Slater vs. Baker & Stapleton”. Sin embargo, la temática tomaría auge a partir del caso “Schloendorff vs. Society of New York Hospital”, donde la Corte de Nueva York, en un fallo de abril de 1914, estableció que todo humano adulto y sano mentalmente, tenía derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento del paciente. Dicha sentencia se considera el *leading case* sobre la que se desarrollaría la doctrina y sobre la que se profundizaría en la actualidad³.

Sin lugar a dudas el vínculo médico-paciente evolucionó, de un sistema paternalista donde la relación era asimétrica. Antiguamente, el médico se hallaba en una posición de poder y cierto posicionamiento social y “sometía” al paciente a su decisión y, difícilmente, era contrariado por su paciente quien solía acatar la indicación médica.

Posteriormente, en un segundo período, aparece el médico de la familia, amigo o de confianza pero que aún más cercano al paciente no dejaba de encontrarse en una posición de superioridad basada en sus conocimientos y el respeto social.

Finalmente, en una última etapa surge la medicina despersonalizada donde los avances de las ciencias médicas, las diferentes especialidades, la tecnología y el aglomeramiento de personas en grandes ciudades han

² WILDE, ZULEMA, “Las medidas anticipadas como planeamiento en materia de salud y otras decisiones de autoprotección sobre la vida”, *Revista Jurídica de Daños y Contratos*, IJ Editores, Número 28 - Marzo 2024, 15/03/24.

³ HIGHTON, ELENA INÉS. – WIERZBA, SANDRA MABEL., *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 11/13; CALVO COSTA, CARLOS ALBERTO, *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 329 y ss.

atentado contra el personalizado vínculo al que los pacientes solían estar acostumbrados.

Esta evolución y, esta última etapa en particular, ha sido el germen del actual consentimiento informado, colocando al paciente como eje del sistema de autodeterminación, donde su autonomía y dignidad deben prevalecer.

3. CONSENTIMIENTO Y ASENTIMIENTO DE LA INFORMACIÓN BRINDADA AL PACIENTE

Al hablar de consentimiento informado en el marco de una relación médica (médico-institución-paciente) no se está frente a un verdadero “iter consensus”. No tenemos duda que tratándose de un “contrato médico” deberá perfeccionarse el acuerdo y, por tanto, requerirá de consentimiento. Pero, el consentimiento informado no es otra cosa que una “forma informativa” por la cual asiste una obligación adicional en cabeza del profesional médico que es la de brindar una acabada información acerca de las circunstancias de la dolencia del paciente, sus consecuencias, probabilidades, oportunidades, las prácticas médicas y sus riesgos y beneficios. Por tanto, exigirá de la aceptación o asentimiento del paciente.

Esta moderna clasificación de la forma, ha sido referida por SÉRIAUX⁴ y CENTANARO⁵ como forma informativa o *ad luciditatem* frente a claras disparidades negociales (desigualdad posicional). Lógicamente persigue un fin que es el de asegurar al contratante débil jurídico que se le brindará una completa información sobre las circunstancias que rodea al vínculo. Esta especial formalidad aplica sin dudas en el vínculo médico-paciente ante la dispar posición en la que suele ubicarse el último.

HIGHTON y WIERZBA refieren acerca del consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar

⁴ SÉRIAUX, ALAIN, *Droit des obligations*, París, Ed. Puf, 1992, p. 73.

⁵ CENTANARO, ESTEBAN, *Contratos. Parte General*, Educa, Buenos Aires, 2008, p. 306; CENTANARO, ESTEBAN, *Manual de Contratos*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 118.

su conformidad a tal procedimiento o intervención⁶. Con miras a la integración del consentimiento, el médico deberá explicar al enfermo sobre su estado de salud, tratamiento aconsejable, ventajas y desventajas, etc. La información se deberá adaptar a las posibilidades de comprensión del asistido, quien por lo general será profano en la materia⁷.

Actualmente, las principales normas que rigen el consentimiento informado son la ley N° 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud) regula en la materia conjuntamente con la incorporación del consentimiento informado al Código Civil y Comercial de la Nación, en el marco del Capítulo 3° (Derechos y actos personalísimos) del Libro Primero.

⁶ HIGHTON, ELENA INÉS – WIERZBA, SANDRA MABEL, *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 15.

⁷ BUERES ALBERTO JESÚS., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, T I, p. 161 y ss.

LA INFORMACIÓN SANITARIA Y LA VERACIDAD

Por Paula Elena Logotetti¹

I. CONCLUSIONES

1. Desde la vigencia en nuestra legislación del instituto del consentimiento informado a nuestros días, podemos dar cuenta de la complejidad que trae en la práctica profesional el instituto a la luz de las exigencias normativas. Señalaré la importancia de incluir a la verdad como requisito de la información y su extensión, lo que abre la puerta sobre las implicancias de la objeción de conciencia y la prerrogativa terapéutica, ésta última conocida como privilegio terapéutico, todos los cuales sugiero sean incluidos en la ley.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina del consentimiento informado, moldea un quehacer del profesional, ya que señala, por un lado, cuál es la información sanitaria que debe otorgar, y por el otro, exige la comprensión, aceptación o su rechazo por parte del paciente. De la letra de la ley y del decreto reglamentario, puede inferirse que se trata de un proceso dinámico, que manda a no agotarse en un sólo acto, es decir, que tanto la información como la comprensión no se extingue en una consulta, entre las tantas cuestiones que tornan el mismo complejo.

La constitucionalización del derecho civil receptada con la reforma del Código Civil y Comercial, vino a ratificar el rumbo de esta y otras leyes similares que vienen forjando una impronta marca especialmente por la bioética.

2. DEFINICIÓN DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

¹ Abogada. Egresada de la Universidad Nacional de Cuyo. Aval del Prof. Luis Enrique Abbiati UNCuyo.-

La ley nacional 26.529, otorga una definición del instituto, en los siguientes términos “El consentimiento informado es la declaración de voluntad suficientemente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada respecto a: a. su estado de salud, b, el procedimiento propuesto, c, los beneficios esperados, 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, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto, g las directivas anticipadas, y, h, el derecho de acceder a los cuidados paliativos.”

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 59, casi una copia fiel de aquel texto, expresa: “El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, (...)”.-

En relación a la definición legal, podemos decir que la misma implica dos “actividades”, una en cabeza del profesional, previa y condición *sine qua non* a la emisión de la voluntad del paciente, la cual consiste en brindar información.-

3. INFORMACIÓN SANITARIA. PRESUPUESTOS. LA VERDAD.-

Por lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que la información sanitaria es un derecho esencial con base constitucional, el art. 42 de la Constitución Nacional a propósito del derecho de los usuarios de bienes y servicios, expresa: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

Por tanto, de la interpretación armónica de la legislación vigente decimos que la información como derecho esencial debe ser clara, precisa, adecuada, suficiente, y por mandato constitucional verás.-

Por tanto sugerimos añadir al texto de la ley 26.529, la verdad² como otro requisito de la información, en otras palabras, que la información que se brinda debe ser veraz. Elemento fundamental de cualquier relación jurídica y vinculado estrechamente a la buena fe. Es en términos kantianos un imperativo de la razón. –

En relación a las acepciones de la verdad, vale mencionar por lo menos dos: la primera, que podríamos calificar de “interna” de quien la emite, se la define “conformidad entre lo que una persona manifiesta y lo que ha experimentado, piensa o siente”, y el segundo externo, referido a la ciencia, como el “principio dado o aceptado como cierto: verdad filosófica, verdad científica”³.-

4. FACULTADES DE LOS PROFESIONALES. MÁS SOBRE LA VERDAD COMO PRESUPUESTO DE LA INFORMACIÓN.

Sabemos que el consentimiento informado es obligatorio para todo el personal que se desempeñe en el ámbito médico sanitario, público o privado, ya que la ley 26.529 es de orden público, y su artículo 6 expresamente dispone toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario requiere el previo consentimiento del paciente sujeto a la reglamentación. –

Entonces como dos aspectos indisolubles, no habrá consentimiento si no se brinda la información clara, precisa, adecuada, suficiente y veraz.

La veracidad que se exige es comprensible, por un lado, de la sustentabilidad científica de los datos, veracidad objetiva, sin que con ella este reñida la existencia de distintos criterios u opiniones que la literatura médica pueda registrar respecto a una patología y su tratamiento terapéutico. En este sentido entendemos que la veracidad se identifica con el rigor científico.

Y por el otro lado, comprensiva de la veracidad subjetiva, es decir la correspondencia entre la convicción médica y la exteriorización de lo que se informa.

² Prof. Luis Enrique Abbiati. Bioética y pacientes. De los derechos de los pacientes.-

³ El Pequeño Larousse Ilustrado. 2009. Diccionario enciclopédico.

Sobre esto último, es que se plantean por lo menos dos cuestiones, la objeción de conciencia y lo que se denomina privilegio terapéutico, cuyo término podría ser sustituido por “prerrogativa terapéutica” o “aptitud terapéutica”. –

En la doctrina por lo general se los aborda como excepciones al consentimiento informado, pero en vez de tomarlos en su faz negativa, sugiero sean tratadas dentro de la veracidad como requisito de la información y de allí derivar como vicisitudes que se plantean en torno dicho requisito.

Ni la objeción de conciencia ni la prerrogativa terapéutica están previstas en la ley en comentario, aunque están tratadas en el Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina, como deberes éticos, con las limitaciones que ello significa, amén de merecer actualización. Veamos ambos,

La objeción de conciencia se define “como el incumplimiento de un deber jurídico cuya peculiaridad reside en los motivos morales o de conciencia que animan al infractor”⁴. “la negativa de una persona a realizar ciertos actos, o a tomar parte en determinadas actividades, que le ordena la ley o la autoridad competente, basándose en razones de convicción moral”. Se vincula directamente con la libertad de conciencia, y con la afirmación de que ningún derecho es absoluto. –

Sobre la objeción de conciencia mucho se ha escrito, en especial a partir del tratamiento de los proyectos de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en la Argentina en el campo de la salud sexual y reproductiva. Siendo partidaria de que debe incluirse en la ley, con correspondiente delimitación de sus características, y limitaciones. El desafío consiste en lograr un equilibrio entre el respeto a la libertad de conciencia de los profesionales, sin dejar de garantizar la verdad en la información y el acceso al tratamiento por parte del paciente.

Es decir que una vez resuelta la necesidad de su regulación, sería primordial fijar sus límites. Sobre éstos últimos, algunos refieren a los límites internos o conceptuales, y límites externos que implican la relación

⁴ Límites a la objeción de conciencia. Fernando Rovira Villademoros.-

con derechos de terceros, y cuya satisfacción no pueden quedar librados al arbitrio del objetor.⁵

Los límites internos, se vinculan con el derecho mismo a la libertad de conciencia, es decir, que resulta necesario precisar los supuestos que habilitan el planteamiento de la objeción, a fin de evitar distorsiones. Ya que quien hace uso de este derecho, se está sustrayendo de un deber jurídico, por tanto, se erige como coherente la mayor precisión para su habilitación.-

Los límites externos se refieren a su relación con los derechos de terceros. En el campo de la salud, siempre existirá conflicto de intereses, entre el objetor y el paciente con derecho a acceder a una determinada práctica. Por tanto, se deberá precisar qué prácticas pueden estar alcanzadas por la objeción, y los límites al derecho sin dejar de garantizar al paciente el acceso al tratamiento en cuestión.-

Para su implementación habrá que definir si se lleva un registro, en este caso, quien lo llevará, si la autoridad sanitaria o colegio de profesionales, entre otras propuestas. Si se requerirá una acreditación de lo que se invoca, si será a priori y, si es a posteriori, cómo sería su implementación, entre las tantas cuestiones que quedan abiertas, y exceden el objetivo de este trabajo. –

Lo que sí queda claro es que debemos definirlo, delimitarlo, a fin de evitar abusos o distorsiones en su uso. Es decir que, si una práctica se opone a las convicciones de un profesional, ello no puede ser óbice para que el profesional informe al paciente con la verdad sobre las opciones terapéuticas existentes, aunque alguna de ellas se oponga a su convicción, indicando la práctica, lugar o profesional que sí accede a la misma.

Es decir que la protección de la libertad de culto del objetor no puede ser utilizada para torcer o persuadir al paciente. Superar posturas antagónicas y dar un marco jurídico, es el reto ético de estos tiempos.-

La prerrogativa terapéutica en cambio tiene poco tratamiento, y poca judicialización⁶, pero la razón puede obedecer a no encontrarse debidamente encuadrado. Podríamos definir la misma, como la facultad del galeno de abstenerse de brindar toda la información al paciente cuando ella pueda

⁵ Límites a la objeción de conciencia. Fernando Rovira Villademoros.-

⁶ Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Director Zannoni, Coordinación Kemelmajer de Carlucci. Editorial Astrea. página 725.

producir un detrimento psicofísico para el mismo, o una reacción psicosomática adversa o cuando la variedad de opciones podría no permitir racionalmente al paciente elegir entre las opciones terapéuticas.

Algo sobre la prerrogativa terapéutica trata el art. 17 y 18 del Código Ético Médico de la Confederación Médica de la República Argentina, el que expresa: “El médico evitará en sus actos, gestos y palabras, todo lo que pueda obrar desfavorablemente en el ánimo del enfermo y deprimido o alarmarse sin necesidad; pero si la enfermedad es grave y se teme un desenlace fatal, o se esperan complicaciones capaces de ocasionar, la notificación oportuna es de regla y el médico lo hará a quien a su juicio corresponda.”. “La revelación de incurabilidad se podrá expresar directamente a ciertos enfermos cuando, a juicio del médico, y de acuerdo con la modalidad del paciente, ello no le cause daño alguno y le facilite en cambio la solución de sus problemas.”

Como venimos sosteniendo la verdad debe primar como principio rector, y así debe quedar expresamente plasmado en la letra de la ley, pero la observancia estricta de este principio no puede serlo con prescindencia de las circunstancias particulares del caso, entre ellas, las propias de la personalidad del paciente, así como de la afectación de una enfermedad mental del mismo. Por tanto, será un atributo del profesional poder discernir estas situaciones para tamizar cierta información, si ello es lo mejor para la salud del paciente. –

5. CONCLUSIÓN

Las consideraciones precedentes han sido elaboradas con el propósito de contribuir a un mejor ejercicio por parte del paciente a su derecho a la información así como contribuir a un mejor cumplimiento del deber de informar por parte del profesional. Siendo fundamental superar la burocratización en su utilización, como consecuencia de la animosidad con la que ha sido recibida por parte de la comunidad profesional al no prescribir la ley los deberes del paciente.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO ANTE UNA EVENTUAL REGULACIÓN JURÍDICA DEL “BUEN MORIR”

Por Patricio Octavio Longo¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado es una manifestación más de la dignidad humana, la autonomía de la voluntad y la inviolabilidad personal; y como derecho personalísimo, le garantiza al paciente consentir o rechazar, libremente, todo tipo de acto médico, de acuerdo a sus valores, sus creencias y al proyecto de vida que decida transitar.

2. La regulación del consentimiento informado que se hace en el proyecto de ley de “buena muerte” 4597-D-2021 (y en sus posteriores: expedientes 848-S-2022 y 1473-D-2023) es respetuosa del ejercicio de la dignidad humana, de la autonomía de la voluntad y de la inviolabilidad personal, ya que le permite a la persona decidir -de manera informada-, en libertad, sin intromisiones ni injerencias del personal de la salud interviniente en el procedimiento, ni de terceras personas.

3. Ante una futura regulación legal de la práctica médica de la “buena muerte” o de la eutanasia activa, se propone -de “lege ferenda”- que el consentimiento informado sea regulado, tal como se lo hace en el proyecto de “buena muerte” 4597-D-2021 (y sus posteriores: expedientes 848-S-2022 y 1473-D-2023 en aquellos países en los que la práctica médica está legalizada.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El consentimiento previamente informado es un derecho personalísimo que cuenta con amplia protección jurídica, cuyo ejercicio se

¹ Profesor adjunto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, en las asignaturas: Fundamentos de Derecho Privado y Práctica Profesional Final.

le debe garantizar a toda persona humana -en su condición de paciente- antes de la realización de cualquier acto médico.

En nuestro país existen diferentes proyectos legislativos que buscan regular, como una práctica médica más, a la denominada “buena muerte” o eutanasia activa. En cada una de esas propuestas de legalización, la regulación del consentimiento informado constituye un aspecto fundamental.

En esta ponencia, nosotros nos vamos a referir al consentimiento informado, a partir del abordaje que se hace de la cuestión en el proyecto de ley 4597 D-2021, denominado de “Buena Muerte”², proyecto que fue presentado en el año 2021 y presentado, nuevamente, en el año 2022 (bajo Expte. 848-S-2022) y en el año 2023 (bajo Expediente 1473-D-2023:)³; proyecto, al que consideramos superador y al que nos hemos referido en otros trabajos sobre la cuestión.⁴

Por esta razón, nuestra propuesta de -“*lege ferenda*”- será que, ante una futura regulación legal de la “buena muerte” o de la eutanasia activa, el tratamiento del consentimiento informado sea conforme a este proyecto de ley; el que -como veremos- va en el mismo sentido de aquellos países en los que la práctica médica se ha legalizado.

Finalmente, haremos algunas aproximaciones al papel que la inteligencia artificial puede tener sobre el consentimiento informado ante decisiones en el final de la vida.

2. RELACIÓN JURÍDICA MÉDICO/A-PACIENTE: EL ACTO MÉDICO.

²<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/4597-D-2021.pdf>

³ El proyecto de ley 4597 D-2021 de “Buena Muerte, fue presentado en el año 2021 -entre otros legisladores- por los diputados nacionales Jimena Latorre y Alfredo Cornejo; y presentado, nuevamente, en el año 2022 por los senadores Alfredo Cornejo y Mariana Juri (Expte. 848-S-2022); y en el año 2023 por la diputada Jimena Latorre (Expediente 1473-D-2023:).

⁴ Ver: "Regulación jurídica de la eutanasia activa: una deuda pendiente. Una respuesta necesaria", publicado en: SJA 08/04/2022, 2022-II, fasc. 1, Cita: TR L.L. AR/DOC/706/2022; y “Eutanasia activa - Las razones que justifican su tratamiento legislativo”, RUBINZAL CULZONI - D 355/2023; ambos trabajos de nuestra autoría

El objeto de nuestro trabajo nos conduce a indagar, necesariamente, sobre la relación jurídica que surge a partir de un acto médico.

En este sentido, somos conscientes de que toda persona humana -en algún momento de su desarrollo-, entrará en contacto con algún profesional de la salud, como consecuencia de la realización de un acto médico determinado del que será parte. Esos actos son de los más diversos (estudios médicos, chequeos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, entre otros) y, si bien, tienden a mejorar la calidad de vida de la persona humana; también albergan la potencialidad de producir daños sobre el cuerpo, la vida, la salud y la integridad física de quienes asumen la condición de pacientes.

Debido a ello, el ejercicio de la medicina y la relación médico-paciente cuentan con regulación jurídica, en nuestro país, mediante la ley N° 17.132 del año 1967.

Esta vinculación médico-paciente no ha permanecido estática en el tiempo, sino que ha experimentado diferentes cambios que fueron receptados en nuestra legislación y que, también, merecieron la atención y el abordaje desde la perspectiva de la bioética.

En efecto, en la época en que se sancionó la ley N° 17.132 la relación estaba marcada por el claro predominio del profesional de la salud y su poder de decisión sobre todo acto médico (siempre en beneficio del paciente). Del otro lado, el paciente tenía un escaso -o nulo- margen de acción ante esta suerte de “paternalismo” médico; todo ello, basado en la idea de que él era el experto, el profesional y quien estaba en mejores condiciones para decidir cuál era el acto médico más apto para su paciente.

Esta relación vertical o de hegemonía médica, se mantuvo incólume hasta el año 2009 en que se sancionó la ley N° 26.529 que consagró los derechos del paciente y marcó una verdadera bisagra (o cambio de paradigma) en esa relación, ya que puso al paciente y al profesional médico en un pie de igualdad respecto al poder de decisión sobre cualquier acto médico que este último le indique o que le proponga seguir.

De esta manera, se estableció como regla general y con carácter previo a la realización de todo acto médico-, que el paciente -luego de ser informado debidamente por el profesional médico- debe prestar el pleno y libre consentimiento para su realización, como muestra del ejercicio de su autonomía personal y de su libertad.

Así, -en la actualidad- el acto médico se integra como un proceso bidireccional⁵ y horizontal, toda vez que el contenido de la relación jurídica médico-paciente, ofrece, por un lado, el ejercicio del paciente del derecho personalísimo a la vida, a la salud, integridad física y a disponer de su propio cuerpo y a decidir previamente informado si consiente o no consiente la práctica médica sugerida; y, por el otro, un deber previo de información que -en caso de no ser cumplido por el médico o médica- podría depararle serias consecuencias jurídicas.

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO PERSONALÍSIMO

Antes nos hemos referido a las características actuales que tiene la relación médico-paciente con motivo de un acto médico determinado; y señalamos que el paciente debe contar con la posibilidad de expresar su voluntad, previa y debidamente informada, respecto a si consiente o no el desarrollo de cualquier práctica médica sobre su cuerpo.

De allí que el consentimiento informado es un derecho personalísimo que le pertenece a la persona por la sola condición de ser tal y que le permite -como paciente, en el marco de un acto médico-, consentir o rechazar toda propuesta o indicación médica, luego de haber sido debida y suficientemente informado por el profesional de la salud interviniente.

Este consentimiento se materializa en la expresión de la libre manifestación de voluntad -positiva o negativa- del paciente formulada antes de la realización de todo acto médico; y se edifica -generalmente- en base a un diálogo previo con él o la profesional de la salud, quién tiene el deber de informar -de forma clara, precisa y adecuada-, sobre su estado de salud, los riesgos del tratamiento o terapia propuesta y de las alternativas posibles, los beneficios esperables, los riesgos y efectos adversos previsibles y las consecuencias de la no realización del tratamiento propuesto y del alternativo.

Como derecho personalísimo se justifica jurídicamente, en razón de que la vida y la integridad física de la persona deben ser respetadas de manera absoluta, como expresión de su dignidad, su autonomía personal e

⁵ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “El consentimiento informado”, RC D 3135/202

inviolabilidad personal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 51 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, la regla de la inviolabilidad personal ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Bahamondez” del año 1993 (Fallos: 316:479)⁶, oportunidad en la que señaló que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. Además, sostuvo que: “Nadie puede asumir el papel de juez para decidir bajo cuáles circunstancias otra persona estaría razonablemente dispuesta a renunciar a su inviolabilidad corporal con el objeto de curarse”. Esta doctrina judicial -con diferentes matices- se consolidó, luego en los casos: “Albarracini” (Fallos: 335:799)⁷, “Arriola” (Fallos 332:1963), y en “M.A.D.” (Fallos 338:556)⁸, entre otros.

Asimismo, la relevancia de la inviolabilidad personal y del consentimiento informado debidamente recabado es tal, que legitima todo acto médico⁹, circunstancia que no exime al profesional de la salud de responsabilidad civil y penal, derivada de los daños que puede causar su acreditada mala praxis.

En definitiva, el consentimiento informado es un derecho personalísimo que le permite a la persona consentir o rechazar libremente actos médicos, de conformidad a los valores, las creencias y al proyecto de vida que abrace.

4. REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN NUESTRO PAÍS

⁶ CSJN, Fallos: 316:479, “Bahamondez s/ Marcelo s/ medida cautelar”, LA LEY, 1993-D, 130,- DJ, 1993-2-499 - ED, 153-254).

⁷ CSJN, Fallos: 335:799 “Albarracini Nieves, Jorge Washington s. Medidas precautorias”, 01/06/2012, Rubinzal Online, RC J 4104/12

⁸ CSJN, Fallos 338:556 D., M. A. s. Declaración de incapacidad, CSJN, 07/07/2015, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 4524/15.

⁹ RIVERA, Julio César “Instituciones de Derecho Civil - Parte General”, Tomo II, 4ta. Edición, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007; p. 4).

Como vimos, el consentimiento informado fue reconocido jurídica y normativamente en la ley N° 26.529 “de los derechos del paciente” del año 2009; fundamentalmente, en sus artículos 5 a 11; los que a su vez, tuvieron un ensanchamiento con la modificación que introdujo la ley 26.742.

Asimismo, a partir de la centralidad actual que la persona humana ocupa en el sistema de derecho -derivada de la autonomía de la voluntad y del reconocimiento de su dignidad e inviolabilidad personal-, el consentimiento informado cuenta con protección jurídica en el mismo Código Civil y Comercial de la Nación que rige desde el año 2015 (artículos 58 a 60).

Esta regulación genérica del consentimiento, se complementa con regulaciones específicas que hacen otros microsistemas jurídicos. Así sucede con la ley N° 27.447 de trasplante de órganos, tejidos y células que -incluso-, prevé y mantiene la figura del donante por consentimiento presunto que ya se había receptado en la ley 26.066¹⁰; también con la que se consigan en la Ley N° 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

A partir de toda esta normativa se considera, entonces, que el consentimiento informado es aquella declaración de voluntad (verbal o escrita) que emite el paciente luego de recibir -por parte del profesional de la salud-, información clara, precisa y adecuada acerca del procedimiento médico a seguir, los resultados esperables, los riesgos y beneficios previsibles sobre su estado de salud (molestias, efectos adversos, etc.), las alternativas terapéuticas existentes y las consecuencias esperables ante la no realización del procedimiento en cuestión y de los demás sugeridos.

Esa información que debe recibir el paciente por parte del profesional de la salud es fundamental y relevante para la toma de su decisión; por ello, el galeno debe asegurarse de que el paciente lo haya entendido o comprendido según sus posibilidades concretas. El chequeo de esa información, entonces, no puede ser estandarizado, sino que debe hacerse según el caso concreto, a medida del paciente que forma parte del acto médico en cuestión.

¹⁰ Sobre el consentimiento presunto en el marco de dicha ley, nos hemos referido en el artículo de nuestra autoría: “La Ley 27447 de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, bajo la óptica del Código Civil y Comercial de la Nación”, RC D 1258/2018

Sobre el particular, se ha expresado que “la información debe ser adecuada a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo, gravedad, tipo de enfermedad, etc.)...Es imprescindible un análisis personalizado y prudente, es decir, adecuado a cada situación, con el fin de respetar las necesidades de cada persona y las preferencias de cada una en cada momento...”.¹¹

Una vez que el que el médico ha satisfecho ese deber de información, el paciente evaluará si da o no su consentimiento para la realización del acto médico que se le ha propuesto o sugerido. Si presta su consentimiento, legitima la práctica médica sobre su cuerpo. Por el contrario, si expresa su voluntad negativa, el profesional de la salud debe respetar esa decisión autónoma que resulta vinculante. Asimismo, un consentimiento expresado oportunamente puede luego ser revocado por el paciente sin generar daño alguno como consecuencia de esa retractación, salvo el pago de determinadas erogaciones que se vinculan, directamente, con aquel consentimiento que fue dejado sin efecto.

Como excepción a esta regla general, el consentimiento informado no se exige ante casos de urgencia para la salud pública o en situaciones en la que corra riesgo la vida del paciente e impidan que, él o sus representantes, puedan prestarlo.

En conclusión, con la irrupción legal del consentimiento informado se ha producido un cambio de paradigma en la relación jurídica médico-paciente. En este sentido, se ha expresado que “la importancia atribuida a la voluntad del paciente reemplaza hoy los criterios de épocas -no tan lejanas- en las que predominaba el paternalismo o imperialismo médico asentado en la idea de 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.”¹²

¹¹ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” - Título Preliminar y Libro Primero (artículos 1 a 400); INFOJUS, 2015, p. 146.

¹² TOBIAS, José: “El consentimiento informado y sus límites”, LL 2019-F, 1012 - RCyS2020-II, 3 DFyP 2020 (febrero), 20/02/2020, p. 107.

5. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PROYECTO DE LA LEY DE “BUENA MUERTE”

En nuestro país existen diferentes proyectos de ley¹³ para regular jurídicamente el derecho al acceso a la práctica médica de la “buena muerte” o de la eutanasia activa; práctica a la que tendrían acceso, solamente, aquellas personas que se encuentren en algunos de los contextos de enfermedad grave e incurable o de padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes que se describen en cada uno de ellos.

En consecuencia, todas estas iniciativas legislativas se proponen regular un acto médico más, pero con determinadas particularidades. Por ello, se refieren al previo consentimiento del paciente que tendría acceso a solicitar la prestación de ayuda para morir, con el alcance que le hemos asignado en los párrafos anteriores.

Tal como hemos advertido al inicio de esta ponencia, al delimitar el objeto del trabajo, nosotros nos vamos a referir al tratamiento que -del consentimiento informado- hace el proyecto de ley 4597 D-2021, denominado de “buena muerte”¹⁴, que fue presentado en el año 2021 -entre otros legisladores-, por la diputada nacional Jimena Latorre y el diputado nacional Alfredo Cornejo; y que, luego, fue presentado nuevamente durante el años 2022 y el año 2023, tanto en la Cámara de Senadores como en su homónima de Diputados¹⁵. Las razones que nos llevan a enfocarnos en esta iniciativa legislativa estriban en que es la que regula más acertadamente, tanto los alcances y el procedimiento de la práctica médica del buen morir; como, también, lo concerniente al consentimiento informado¹⁶.

¹³ En el trabajo de nuestra autoría: “Eutanasia activa - Las razones que justifican su tratamiento legislativo”, RC D 355/2023, hemos hecho una reseña de esos proyectos y de su situación parlamentaria.

¹⁴<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/4597-D-2021.pdf>

¹⁵ El proyecto de ley fue presentado nuevamente en fecha 27 de abril de 2022 en la Cámara de Senadores de la Nación por los senadores Alfredo Cornejo y Mariana Juri (Expediente 848-S-2022) y en fecha 17 de abril de 2023 en la Cámara de Diputados de la Nación por la diputada Jimena Latorre (Expediente 1473-D-2023:).

¹⁶ LONGO, Patricio Octavio; “Regulación jurídica de la eutanasia activa. Una deuda pendiente. Una respuesta necesaria”, SJA 08/04/2022, 2022-II, fasc. 1, Cita: TR L.L. AR/DOC/706/2022

En efecto, en el proyecto, se advierte la preocupación y el compromiso del legislador para que la solicitud de la prestación médica de ayuda del buen morir -que parte de aquellas personas que se encuentran en la situación descrita en el artículo 4 inciso “a”¹⁷- sea la consecuencia de decisiones debidamente informadas y respetuosas de la autonomía de la voluntad, y conforme a los requerimientos generales previstos en la ley N° 26.529 “de los derechos del paciente” y en el propio CCYCN.

En su estructura -este proyecto de ley-, tiene diferentes normas jurídicas que deben ser relacionadas armónicamente para una correcta interpretación y aplicación del proceso. En esta tarea, advertimos que la iniciativa legislativa diferencia claramente -por un lado- el consentimiento informado del paciente; y -por el otro- la solicitud concreta de la prestación de ayuda para morir, las que constituyen situaciones diferentes pero vinculadas entre sí, siendo uno la consecuencia de la otra.

En lo que hace, estrictamente, al consentimiento informado, la propuesta legislativa en cuestión- al dar cuenta de los derechos del paciente en su vinculación con los profesionales y los efectores de salud- recepta su derecho a solicitar la información necesaria para poder formar, adecuadamente, su consentimiento. Así, sostiene que la persona debe interactuar y decidir en libertad con el entorno médico, a fin de que su decisión sea individual, madura, sin intromisiones ni injerencias, intromisiones o influencias indebidas (artículos 2 inciso c y 8 inciso a).

Vinculado al acceso a esa información fundamental -que se le debe suministrar al paciente-, establece que el personal de salud -en lenguaje y con formatos accesibles- debe poner en su conocimiento los diferentes métodos que se pueden utilizar en la prestación de ayuda para el buen morir, como también los alcances y consecuencias de la práctica.

¹⁷ Artículo 4°. - “Requisitos. Para solicitar la prestación de ayuda para morir, se deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante. Se considerará tal a todos los efectos de esta ley, a la situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico...”

Al mismo tiempo, exige que el personal de la salud intervenga en este proceso bidireccional mantenga una escucha activa y respetuosa de las necesidades, preferencias y decisiones del paciente, sin interpelarlas ni someterlas a juicio personal, religioso o axiológico (artículo 9 inciso d, e y f).

En la continuidad de ese proceso formativo del consentimiento, consideramos que, recién, cuando el profesional de la salud ha concluido con el suministro de la información necesaria para que el paciente la pueda ponderar, procesar y someter a su juicio personal, se abre el camino hacia la formulación concreta de la solicitud de la prestación médica del buen morir, y que -en el proyecto-, se consagra como uno los derechos de la persona que se le garantiza a quien sufre la enfermedad grave e incurable o el padecimiento grave, crónico e imposibilitante (artículo 4 inciso a).

Más adelante, se establece que una vez que el paciente cuenta con esa información determinante, la persona debe formular ante la Comisión Médica de Asistencia y Evaluación de su jurisdicción, dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, con fecha y firma o por otros medios, con una separación entre la primera y la segunda de -al menos-, 15 días corridos (artículo 12). Asimismo, dispone que este plazo podrá ser reducido según las circunstancias del caso concreto y por decisión del médico o médica responsable (artículo 4 inc. c); y que, de todo ello, se debe dejar constancia y registro en la historia clínica del paciente (artículo 4 inc. d), de conformidad a lo previsto en los artículos 15, 16 y concordantes de la ley 26.529.

Sobre este aspecto, queremos destacar la importancia que tienen estas dos solicitudes que prevé el proyecto -duplicadas y espaciadas en el tiempo-, ya que le permiten al paciente, ratificar -de alguna manera- su consentimiento previamente informado y consolidar su voluntad para continuar con la prestación médica de ayuda para morir, sin intromisión ni injerencia alguna que perturbe su libertad para decidir; y al profesional de la salud, asegurarse de que el paciente comprendió la información que le brindó.

Así, tras haberse cumplido estos pasos previos (el consentimiento informado, las dos solicitudes formuladas por el paciente y su registro en la historia clínica) el proyecto prevé que la Comisión Médica de Asistencia y Evaluación que ha tomado el caso -a través de un profesional médico y de un jurista- será la encargada de determinar si el contexto de enfermedad grave e incurable o el padecimiento grave, crónico e imposibilitante que se

ha denunciado y documentado en la historia clínica respectiva (según el artículo 4 inciso a) , resulta suficiente a los fines de autorizar el acceso a la prestación médica de ayuda para morir; o sí corresponde su rechazo por la falta de acreditación de las circunstancias exigidas.

De esta manera, consideramos que el consentimiento previamente informado -en el marco de una futura regulación jurídica de la “buena muerte”- responde a las ideas expuestas a lo largo de este trabajo y consagra la idea de que "la autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial, y la dignidad humana supone respeto a lo que la persona quiere, y decide, como proyecto de vida, o como acto"¹⁸.

Y, en definitiva, hace realidad el ensanchamiento de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, que -en palabras de Carlos Nino- se resume en que “si la autonomía personal es algo valioso, cuánto más autonomía hay en una sociedad tanto más valiosa es esa sociedad”.¹⁹

En consecuencia, propiciamos que -ante una futura legalización de la práctica médica de la buena muerte-, el consentimiento previamente informado del paciente debe ser regulado con los ajustes que formula el proyecto de ley de buena muerte 4597 D-2021 (hoy 848-S-2022 y 1473-D-2023).

6. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO AL ACCESO A LA EUTANASIA ACTIVA EN EL DERECHO COMPARADO

Al hacer un repaso en el derecho comparado, tenemos que -en la actualidad, la práctica médica de la eutanasia activa es legal en países como: Holanda, Bélgica, España, Canadá, Nueva Zelanda y Colombia.

En este sentido, corresponde reparar -en primer lugar- en el caso español, debido a que tiene muchos puntos de contacto con el proyecto de buena muerte de nuestro país al que nos hemos referido.

¹⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora, "Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO", Coordinadora: María Casado; Civitas - Thomson Reuters, año 2009, p. 227

¹⁹ Nino, Carlos Santiago; "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación". 2da. Edición ampliada y revisada, Editorial Astrea, 1989, p. 237.

En efecto, España -mediante la ley orgánica 3/21 del 24 de marzo de 2021²⁰- ha legalizado la eutanasia activa y regulado minuciosamente sobre los requisitos para la formulación del consentimiento informado previo a su realización, diferenciando lo que sería la prestación o solicitud de acceso a la práctica médica concreta del buen morir, del consentimiento informado previo a su realización, circunstancias que se replican en el proyecto del buen morir de Argentina.

Asimismo, en Francia -país en el que no está legalizada la eutanasia activa- se ha decidido avanzar hacia su consagración legal durante este año (2024) con una ley similar a la que rige en España.

Así, la Asamblea Nacional de Francia está discutiendo, actualmente, la denominada “ayuda para morir” o “dispositivo para el fin de la vida”, que aplicaría, solamente, para pacientes que se encuentren en determinadas situaciones de salud, similares a las que menciona el proyecto de ley de nuestro país,

En cuanto al consentimiento informado, allí también ocupa un lugar trascendental y es condición indispensable de acceso a la práctica, tal es así que luego de la solicitud del paciente, se establece un plazo mínimo de espera de dos días para comprobar la firmeza de su voluntad, extremo que también tiene puntos de contacto con el proyecto argentino.

En nuestra región, Colombia ha sido pionera en la materia al receptor el derecho a morir con dignidad.

En tal sentido, dictó la resolución 971 del año 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social²¹ que reglamenta el procedimiento de las solicitudes de eutanasia para hacer efectivo ese derecho que le permite vivir con dignidad el final de su ciclo vital y tomar decisiones sobre cómo enfrentar el momento de muerte, al verificarse: la presencia de una condición clínica de fin de vida, esto es, enfermedad incurable avanzada, enfermedad terminal, o agonía; presentar sufrimiento secundario a estar; y estar en condiciones de expresar la solicitud de manera directa (artículo 7).

En el artículo 3.3 establece que el consentimiento informado es la “Aceptación libre, voluntaria y consciente de la persona en pleno uso de sus facultades para que tenga lugar un acto asistencial” y señala que, “Para tal

²⁰ Ver en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-4628>

²¹ Ver: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=114617>

fin, la persona deberá entender la naturaleza de la decisión tras recibir información sobre los beneficios, riesgos, alternativas e implicaciones del acto asistencial. El consentimiento informado se da en el momento de realización del procedimiento eutanásico, y se da como resultado de un proceso de comunicación, donde el médico y el equipo interdisciplinario han dado información clara objetiva, idónea y oportuna sobre la enfermedad o condición, estadio clínico y pronóstico, así como del proceso de la solicitud y del procedimiento a realizarse, a la persona que expresa la solicitud, así como de su derecho a desistir de la misma.”

Por último, en el artículo 9, se reglamenta la información que el médico le debe brindar al paciente a fin de que puede formar su consentimiento, con lo ajustes que señala en su parte final y que obedecen a criterios de razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo al caso concreto y a la vida y dignidad del paciente.

A modo de cierre de este párrafo, advertimos que -en aquellos países que se ha legalizado la práctica médica del buen morir, como también en aquellos que se encuentran en vías de hacerlo-, el abordaje del consentimiento informado es similar al que hace el proyecto de ley 4597 D-2021 (hoy 848-S-2022 y 1473-D-2023), todo lo cual refuerza y justifica nuestra propuesta de regulación sobre la temática, expuesta en el párrafo precedente.

7. LA INFLUENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA DECIDIR EN EL FINAL DE LA VIDA

La inteligencia artificial gana terreno y no detiene su avance.

Ahora bien, ¿la inteligencia artificial puede reemplazar a la persona humana en la toma de decisiones personalísimas en el final de su vida.?

En este sentido, -hace unos días-, se dio a conocer que un grupo de bioeticistas del National Institutes of Health de los Estados Unidos se encuentra trabajando en el desarrollo de una herramienta de inteligencia artificial que permita ayudar a los representantes a predecir lo que hubieran decidido los pacientes en el final de su vida y ante situaciones extremas que

le impidan exteriorizar su voluntad y formular el consentimiento informado con respecto a la aplicación de prácticas médicas²².

Dicha herramienta -entrenada con datos médicos de la persona, mensajes personales, historiales de navegación, publicaciones o “likes” en redes sociales, entre otros- daría como resultado lo que los investigadores llaman “gemelo psicológico digital”, la que podría ser consultada por los médicos y familiares para orientar su decisión final; y que, incluso, tendría más actualidad sobre decisiones que la persona podría haber materializado años atrás (por ejemplo: una directiva médica anticipada) y de las que luego se habría arrepentido sin hacerlo formalmente.

Todo ello, a fin de poder cumplir con la real voluntad del paciente y de ayudar a aliviar la carga emocional que sienten los familiares al tener que tomar este tipo de decisiones en su nombre.

Teniendo en cuenta las características y los datos con los que sería entrenada la herramienta, sus diseñadores -quienes se encuentran a la espera de obtener los fondos necesarios para su desarrollo y puesta a prueba- la han denominado como “predictor personalizado de las preferencias del paciente”, o “P4”.

Lógicamente, que esta propuesta no está exenta de críticas.

En efecto, se han alzado voces que indican que, de abrirse el camino para el uso de este tipo de herramientas de inteligencia artificial, su aplicación indiscriminada vendría a reemplazar a la autonomía de la voluntad del paciente, pero también al saber del profesional; instalando -de alguna manera- una suerte de paternalismo de la inteligencia artificial, que podría conducir a resultados erróneos en los procesos de formación del consentimiento, debido a los sesgos existentes durante el entrenamiento de la herramienta²³.

²² MIT Technology Review: “End-of-life decisions are difficult and distressing. Could AI help?”, 01/08/24
[en:https://www.technologyreview.com/2024/08/01/1095551/end-of-life-decisions-ai-help/?utm_source=linkedin&utm_medium=tr_social&utm_campaign=NL](https://www.technologyreview.com/2024/08/01/1095551/end-of-life-decisions-ai-help/?utm_source=linkedin&utm_medium=tr_social&utm_campaign=NL)

²³MIT Technology Review:
<https://www.technologyreview.com/2023/04/21/1071921/ai-is-infiltrating-health-care-we-shouldnt-let-it-make-decisions>

En definitiva, la inteligencia artificial nos interpela una vez más. Ahora, respecto a su posibilidad de intervenir en decisiones en el final de la vida que podrían ser tomadas a partir de las predicciones de un algoritmo.

Sin dudas, estamos ante un nuevo escenario que nos pone frente a un debate jurídico y bioético con varios interrogantes por delante.

8. CONCLUSIÓN

El consentimiento informado es un derecho personalísimo que le permite a toda persona humana -en su condición de paciente-, consentir o rechazar libremente todo tipo de acto médico, de acuerdo a sus valores, su creencias y al proyecto de vida que quiera transitar. De allí que, en su ejercicio se manifiestan tanto, la dignidad humana, como la autonomía de la voluntad y la inviolabilidad personal.

Entendemos que todo ello se materializa en el proyecto de ley de “buena muerte” al que nos hemos referido, que -al regular sobre el consentimiento informado- le garantiza al paciente que pueda atravesar alguna de las situaciones extraordinarias que lo habiliten, solicitar la prestación médica de ayuda para morir, libremente, sin intromisiones ni injerencias del personal de la salud interviniente en el procedimiento, ni de terceras personas.

Por eso, nuestra propuesta -de “*lege ferenda*”- es que -ante una eventual regulación legal de la práctica médica de la “buena muerte” o de la eutanasia activa-, el consentimiento informado sea receptado, tal como lo hacen el proyecto de ley 4597-D-2021 y sus posteriores: Expedientes 848-S-2022 y 1473-D-2023; y tal como se ha regulado en aquellos países en los que la práctica médica está legalizada.

NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Por Esteban Louge Emiliozzi¹, Esteban Marmeto² y Ezequiel Valicenti³

I. CONCLUSIONES

1. Según la clasificación de los derechos de la personalidad comúnmente aceptada (derechos que protegen las manifestaciones físicas, las espirituales y las de la libertad de las personas), y a pesar de que el consentimiento informado -como instituto- se originó y se aplica en la categoría de derechos personalísimos vinculados a la primera de ellas (derecho a la vida y a la disposición del propio cuerpo), su fundamento último se encuentra en la protección del derecho a la libertad de las personas.

2. Emplazar el fundamento del consentimiento informado en la protección del derecho a la libertad permite apreciar la importancia que el derecho a la autodeterminación ha adquirido en las últimas décadas, orientando muchas de las reformas operadas en materia de derechos personalísimos.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La relación médico-paciente que se desarrolla durante el proceso que atañe al encuentro clínico afecta un cúmulo de derechos que impactan sobre diversas esferas de la disciplina iusprivatista. El consentimiento informado

¹ Docente titular ordinario del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con funciones docentes en la asignatura Instituciones de Derecho Privado.

² Docente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con funciones docentes en Derecho de las Familias, y Derecho Sucesorio.

³ Docente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con funciones docentes en las asignaturas Instituciones de Derecho Privado, Derecho de los Contratos, y Derecho del Usuario y del Consumidor.

constituye la piedra angular del ejercicio del derecho a la autodeterminación del paciente en miras a aceptar o rechazar un tratamiento de carácter médico que es considerado como aconsejable para su salud.

Producto de la captación normativa del Código Civil y Comercial respecto del consentimiento informado en el capítulo “derechos y actos personalísimos”, la legislación nacional pone nuevamente sobre la mesa la discusión acerca de su naturaleza jurídica. El criterio valorativo que en consecuencia se adopte no es baladí dado que ello impactará de manera sustancial sobre la validez de las decisiones que exprese el paciente. Asimismo, las conclusiones a las que se arriben permitirán extender la aplicación de este instituto a otros ámbitos que excedan las cuestiones de carácter sanitarias vinculadas a la relación médico-paciente.

Es así como en la presente ponencia proponemos sumergirnos en el análisis del consentimiento informado a la luz de los derechos subjetivos que derivan de los derechos personalísimos. La estrecha vinculación que posee ese instituto con el derecho a la libertad permite, desde nuestra óptica, abordar de manera profusa y adecuada todos los despliegues que operan en el campo de la realidad social.

2. NOCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. FUNDAMENTO.

El consentimiento informado para actos médicos consiste en la declaración de voluntad que efectúa el paciente, en miras a aceptar o rechazar un tratamiento médico que es considerado como aconsejable por el equipo de salud, luego de recibir información clara, precisa y adecuada. Para que la persona pueda llevar a cabo esa manifestación unilateral será necesario que los efectores coadyuven al proceso de la toma de decisión en miras a que el sujeto pueda comprender -entre otras cuestiones-, cuál es su estado de salud, el tratamiento que se considera conveniente, los beneficios que se esperan, aquellos efectos adversos que pudieran ser previsibles, la posibilidad de medios alternativos, y las consecuencias esperadas de no someterse al procedimiento aconsejable.

A diferencia de lo que ocurre en la praxis del encuentro clínico, desde la óptica jurídica es posible distinguir la toma de la decisión terapéutica que lleva a cabo el paciente, en dos momentos disímiles. El primero, tiene relación con la manifestación de voluntad que posee un sujeto de someterse o rehusarse a una práctica médica, que es considerada como adecuada por el equipo tratante para mejorar su salud. En este plano opera el ejercicio del

derecho personalísimo a la libertad, que tiene toda persona respecto de decidir acerca de la conveniencia de iniciar cierto camino terapéutico. Se trata de un acto voluntario lícito por el cual el sujeto, luego de habérsele brindado la información accesible, decide sobre aquellos aspectos que están enlazados a ese derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial⁴.

En otro orden aparece la relación contractual que se establece entre el médico tratante y el paciente que acude al encuentro clínico. Aquí operan las reglas que la legislación estipula para la conformación del consentimiento en el campo del contrato médico⁵. Desde esta óptica, el agente sanitario se obliga a prestar sus cuidados y su ciencia, mientras que el paciente tiene el deber de satisfacer los honorarios que le corresponden al primero⁶. Si bien, como advierte Orgaz, el asentimiento necesario que se debe otorgar para disponer derechos personalísimos y el consentimiento contractual para la celebración de ese acto jurídico, en la práctica suelen hallarse enlazados⁷, a efectos teóricos conviene plantear esta distinción.

Respecto de la regulación normativa, es posible advertir que la legislación nacional recepta al instituto del consentimiento informado tanto en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación como en el artículo 5 de la ley de Derechos de los Pacientes (ley N°26.529, modificada por ley N°26.742, y decreto reglamentario N°1089/2012). En ambas normas se sigue un criterio similar en cuanto a los extremos que deben ser acreditados para que la manifestación de voluntad del paciente sea considerada válida, a efectos de llevar adelante o rechazar una práctica de carácter médica. Si bien la doctrina manifestó que hubiera sido preferible que se incorporaran en el Código Civil y Comercial aquellas leyes especiales a fin de evitar una dispersión legislativa⁸, quienes redactaron la legislación

⁴ CROVI, Luis D. “Nuevas perspectivas del consentimiento informado”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.) *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Luis F. P. Leiva Fernández. Derecho Privado Actual*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley. 2020, página 195

⁵ TOBÍAS, José W. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley. 2018, página 157

⁶ DOMINGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2013, página 241

⁷ ORGAZ, Alfredo. *El consentimiento del damnificado*. La Ley. AR/DOC/291/2005, página 5.

⁸ NICOLAU, Noemí Lidia. “El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos”, en AA.VV. *Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje al académico Dr. Santos Cifuentes*. Ciudad Autónoma

codificada, señalaron en los fundamentos de ese cuerpo legal, que lo que se buscó al mantener leyes por fuera de ese cuerpo fue dotar de autosuficiencia a los microsistemas.

Quizás la cuestión más problemática que se advierte en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación, está dada por utilizar la misma noción de consentimiento informado para los actos personalísimos que implican acudir a un tratamiento de carácter médico, y para aquellas situaciones en las que la manifestación de voluntad implica investigaciones en materia de salud. Como explica Ciruzzi, la finalidad que se busca en esas situaciones son distintas dado que, mientras en el primero el foco está puesto en la recuperación del paciente y en la cura de la enfermedad, en la segunda la finalidad se ubica en la incorporación de nuevo conocimiento al campo médico, siendo colateral la recuperación del paciente⁹.

El aspecto normativo del consentimiento informado se completa con la regulación que el sistema internacional de los derechos humanos hace sobre ese instituto. Si bien el mayor desarrollo conceptual se advierte en el campo del *soft law*¹⁰, algunos órganos pertenecientes al ámbito de protección de los derechos humanos, comenzaron a establecer ciertas pautas de interpretación en esta materia. Así, resulta destacable mencionar el caso “I. V. vs. Bolivia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se condenó internacionalmente al Estado Boliviano por la intervención quirúrgica a la que fue sometida la señora I.V., sin que se tratara de una situación de emergencia y sin contar con el consentimiento informado de ella, lo que le produjo una pérdida de carácter permanente y forzado de su

de Buenos Aires. La Ley, página 35. GARAY, Oscar E. El consentimiento informado en el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de los derechos del paciente. La Ley. R/DOC/1690/2017, página 3

⁹ CIRUZZI, María Susana. *El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26529 de derechos del paciente*. Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria. Ministerio de Salud de la Nación. 2018, página 2

¹⁰ Por *soft law* nos referimos a aquellos instrumentos provenientes del derecho internacional que, a pesar de carecer de fuerza vinculante, se le atribuyen ciertos efectos jurídicos. Al respecto, ver: ROMERO, Daniela. *Soft Law: ¿El “Caballo de Troya” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?*, en Lecciones y Ensayos, Nro. 102, 2019; NICOLAU, Noemí L. *El “derecho flexible”, “droit souple” o “soft law” en el derecho argentino. Su influencia en la responsabilidad civil*. AR/DOC/289/2022; BARBERIS, Julio A. *Formación del derecho internacional*. Buenos Aires. Editorial Ábaco. 1994, página 282 y siguientes. Este autor muestra una mayor distancia del *soft law*.

función reproductiva¹¹. En lo interesa al tema, el Máximo Tribunal internacional interamericano estipula que, para que exista una verdadera declaración de voluntad por parte del paciente, es necesario que su manifestación sea de carácter previa, libre, informada y plena. Esto implica que el consentimiento informado siempre deberá ser otorgado antes de que se lleve adelante cualquier práctica médica —salvo emergencia sanitaria— en forma autónoma y voluntaria, es decir, sin ninguna coerción hacia su decisión, con información clara, adecuada, completa, fidedigna y accesible¹².

La función contenciosa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene respecto de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está dada por el mismo texto internacional, y su competencia fue reconocida por nuestro país a través de la Ley N° 23.054¹³. De esta manera, las decisiones que de ella emanen, constituyen una pauta de carácter insoslayable, en miras a comprender los alcances de las disposiciones que provengan de ese instrumento internacional.

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD

Como se colige de lo descrito hasta aquí, todo encuentro clínico se cimenta sobre la base de una relación asimétrica de poder entre el paciente y el profesional sanitario. Esto se debe a que es el equipo tratante quien detenta el saber médico, la experiencia y la trayectoria personal, lo que le permite ocupar un lugar privilegiado al momento de proponer un determinado tratamiento como médicamente aconsejable¹⁴. Por su lado, aquella persona que acude al centro de salud, se halla subsumida en una especial situación de vulnerabilidad, cuya causa proviene de su propia enfermedad. La cuestión se complejiza cuando el paciente aparece atravesado por circunstancias específicas que agudizan su situación de sujeto vulnerable, tales como su pertenencia a algún grupo históricamente

¹¹ CorteIDH. Caso I.V. vs Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrafo 1

¹² Ídem, párrafo 176 y siguientes

¹³ SALVIOLI, Fabián. *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: La edad de la razón*. Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2022, página 127 y siguiente

¹⁴ SALLES, Arleen L. “La relación médico-paciente”, en LUNA, Florencia – SALLES, Arleen L. F. *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 2008, página 149

desaventajado, la condición socioeconómica en la que se encuentra, el espacio geográfico en el que vive, entre otros. Es en este punto cuando una concepción dinámica de la vulnerabilidad adquiere sustancial relevancia a efectos de identificar de manera flexible, cómo abordar el encuentro clínico en aras de respetar su máxima esfera de libertad¹⁵.

Como acto de carácter personalísimo, el consentimiento informado se ancla sobre la base de la dignidad humana. Este criterio axiológico funciona como fundamento último de todos los derechos que poseen las personas, por lo que toda aquella manifestación unilateral que el paciente exprese en miras a que los agentes sanitarios invadan su ámbito de integridad personal, debe ser leído a la luz de ese principio. De este modo, la declaración de voluntad no se presume y la interpretación sobre la posibilidad de que el equipo médico ingrese a la esfera de intimidad del sujeto, siempre debe ser leída con criterios restrictivos¹⁶.

En virtud de que la dignidad constituye el basamento del estudio del consentimiento informado, resta ahora plantear el interrogante acerca de cuál es la naturaleza jurídica de ese instituto. Delimitar este problema nos permitirá acercarnos a la matriz de su regulación en el derecho privado. Frente a esta cuestión, consideramos que la protección del consentimiento informado en el derecho nacional proviene de una captación lógica que la norma realiza de un acontecimiento que ocurre en la realidad social, en miras a proteger el bien común. Así, el hecho de que se admita la existencia de derechos subjetivos, su reconocimiento proviene de estar plasmado en el derecho objetivo. Para que el último dé nacimiento al primero es necesario acudir, de manera previa, a aquellas adjudicaciones que acaecen en el plano fáctico para valorarlas desde el punto de vista de la justicia¹⁷.

Dicho esto, a esta altura del desarrollo teórico de la presente ponencia, resulta conveniente plantear la cuestión acerca de qué derecho personalísimo se protege cuando la legislación nacional regula el consentimiento informado en el ámbito del derecho privado. Tradicionalmente, la doctrina nacional agrupa a esos derechos subjetivos en

¹⁵ Sobre esta cuestión, LUNA, Florencia. *Vulnerabilidad: la metáfora de las capas*. LALEY 0003/014059

¹⁶ DE LORENZO, Miguel Federico. *Consentimiento e integridad física (Volenti non fit iniuria)*. Revista Derecho de Daños. Rubinzal Culzoni. 2011-3, página 121

¹⁷ NICOLAU, Noemí Lidia. *Reflexiones acerca del derecho subjetivo y del abuso del derecho en su ejercicio*. Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. 1988, página 47

tres grandes ejes: los que buscan a proteger las manifestaciones físicas de las personas —como sería el caso del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal—, aquellos que refugian las manifestaciones espirituales de las personas —por ejemplo, el derecho al honor, a la imagen, a la identidad y a la intimidad— y, por último, los que resguardan el derecho a la libertad¹⁸.

Para Rivera, el consentimiento informado parte de los actos que tienen relación con la disposición del propio cuerpo al estar vinculados con aquellos derechos personalísimos que hacen a la integridad física de las personas¹⁹. Con criterio similar, Cifuentes prescribe que la necesidad de contar con la voluntad del paciente para ejercer actos de disposición sobre el propio cuerpo, se proyecta sobre el ejercicio de las facultades que surgen de la integridad física y del derecho a la salud²⁰. De esta manera, estos autores intentan vincular la manifestación unilateral que puede hacer una persona en miras a aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico, como una derivación de la corporeidad del ser humano.

Desde otra óptica, Tobías considera que el consentimiento informado es una derivación del derecho personalísimo a la libertad. Para este autor, las cuestiones relativas a la esfera de la disponibilidad del cuerpo del paciente no provienen de una manifestación del derecho a la integridad física, sino que -por el contrario- emergen del ejercicio del derecho a la autodeterminación que tiene el propio sujeto²¹. Así, cuando una persona opta por disponer del propio cuerpo mediante actos positivos o decide oponerse a la intervención de un tercero en su ámbito subjetivo, lo que hace es expresar su señorío respecto de su esfera corpórea. Sin embargo, el autor citado señala que este ámbito de disponibilidad que tiene la persona para el ejercicio del derecho a la libertad sobre su propio cuerpo, encuentra límites en aquellos casos en los que la manifestación de la voluntad sea contraria a

¹⁸ RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil. Parte general*. Tomo I. Séptima edición actualizada. Abeledo Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2020, página 1120

¹⁹ Op. Cit., página 1160

²⁰ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Tercera edición actualizada y ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2008, Página 322

²¹ TOBÍAS, José W. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II, Op. Cit., página 119

la ley, las buenas costumbres, el orden público o causaren una disminución de manera permanente en la integridad física²².

Para nosotros, si bien el consentimiento informado tiene anclaje en el derecho a la integridad personal, su manifestación última está en el ejercicio del derecho personalísimo a la libertad. En este punto, conviene señalar que la potestad que tiene una persona de poder decidir acerca de someterse —o no— a un tratamiento de carácter médico implica una clara manifestación de su autogobierno²³. Este derecho se halla reconocido en el artículo 19 de la Constitución Nacional cuando establece el principio de no interferencia estatal o institucional pública o privada, sobre la autonomía de la voluntad. Esta norma, que tiene un claro anclaje en la teoría política liberal, ha sido analizada en múltiples oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del alcance que se le debe otorgar a ese derecho. El mayor desafío que tamizó su estudio, estuvo relacionado con los riesgos de adoptar posiciones que rozaran el perfeccionismo estatal²⁴.

En esta línea, podemos mencionar tres precedentes jurisprudenciales que emanan de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se estableció una estrecha vinculación entre la autonomía personal y el ejercicio de actos de carácter médico. Ese máximo órgano judicial construyó el derecho a la autodeterminación en una regla general dentro del derecho argentino al enlazarlo con el artículo 19 de la Constitución Nacional en el que se protege a la libertad personal frente a cualquier injerencia ajena, incluso la que proviene del Estado. De tal manera, se pretendió reconocer en los casos que llegaron a ese Tribunal un ámbito de acciones en las que cada individuo adulto tiene la potestad soberana de tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea llevar²⁵.

²² TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de derecho civil. Parte general*. La Ley. Buenos Aires. 2009, página 572

²³ MARMETO, Esteban. *El consentimiento informado de las personas con discapacidad intelectual*. Trabajo final de aprobación de la Especialización en Discapacidad y Derechos. 2023. Inédito.

²⁴ Sobre la distinción entre perfeccionismo y paternalismo estatal puede leerse a NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de su fundamentación*. Segunda edición ampliada y revisada. Quinta reimpresión. Astrea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2020, página 199 y siguientes.

²⁵ LORENZETTI, Ricardo. *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*. Sudamericana. Buenos Aires. 2014, página 147

Uno de los fallos más importantes que dictaminó la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre ese tema fue el caso Bahamondez, dado que aquí se sentaron las bases del alcance de ese derecho respecto de la posibilidad que tiene una persona de decidir por sí misma, los tratamientos médicos a recibir. A pesar de que el pronunciamiento deviene inoficioso porque el agravio que lo había fundamentado carecía de actualidad, su resolución permitió asentar la línea argumental que establece que no resulta constitucionalmente justificado que una persona adulta se someta a un tratamiento de transfusión de sangre que rechaza, salvo que existiera un interés público relevante y la restricción de ese derecho fuera el único medio para tutelar el interés²⁶.

En una segunda oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó esta línea en el caso Albarracini Nieves. Aquí, el Tribunal sostuvo que la plausibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento, así como utilizar un método alternativo, hace a la autodeterminación y autonomía personal. De esta manera, los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aunque parezcan irracionales o imprudentes, debiéndose respetar esa libre elección²⁷.

Un criterio similar siguió ese Tribunal en el caso D., M. A. en el que se reforzó la idea de considerar a la decisión de someterse o no a un tratamiento que se lo considera como médicamente aconsejable, como un derivado del ejercicio del derecho a la autonomía que le corresponde a toda persona a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional. La autodeterminación no sólo se constituye como un límite a la injerencia del Estado en las decisiones provenientes del plan de vida de cada individuo, sino que también deriva del ámbito soberano de ese sujeto para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo²⁸.

Como se colige de la línea argumental que venimos desarrollando, la imbricada conexión que el consentimiento informado posee con el ejercicio de la autonomía personal coloca a ese instituto como una expresión del derecho personalísimo a la libertad. Esto se debe a que, cuando una persona opta por disponer de su propio cuerpo mediante actos positivos o por

²⁶ CSJN. Bahamondez, Marcelo. LA LEY, 1993-D. Ver, en especial, la disidencia de Belluscio y Petracchi

²⁷ CSJN, Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias. LA LEY AP/JUR/769/2012

²⁸ CSJN, D., M. A. s/ declaración de incapacidad. 376/2013 (49-D)

oponerse a la intervención de un tercero a su ámbito subjetivo, expresa su señorío respecto de su esfera corporal²⁹. Por ello, no resulta conveniente considerar que el consentimiento informado proviene de una expresión del derecho a la integridad física dado que, si bien la decisión que el sujeto realiza sobre su cuerpo impacta de manera directa sobre él, su ejercicio proviene del despliegue de su autonomía. Esta misma línea argumental es la que sigue la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “I.V. vs Bolivia” y “Poblete Vilches y Otros vs Chile” cuando sostiene que el consentimiento informado deriva del concepto de autonomía de la voluntad de la libertad³⁰.

²⁹ TOBÍAS, José W. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. Op. Cit., página 119

³⁰ CORTEIDH. Caso I.V. vs Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrafo 184. Caso Poblete Vilches y Otros vs Chile. Sentencia de 08 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párrafo 170

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA PERSONA MENOR DE EDAD PARA ACTOS MÉDICOS

Por Melina Maluf Martínez¹

I. CONCLUSIONES

1. En materia de consentimiento informado de la persona menor de edad para actos médicos, la normativa vigente es incompleta e imprecisa, y carece de reglas claras que orienten y faciliten la función de los responsables parentales, de los profesionales de la salud y de quien eventualmente debe resolver los conflictos de intereses entre padres e hijos, lo cual pone de manifiesto la necesidad de su mejora.

2. Es importante trabajar en el diseño de protocolos (o en la mejora de los existentes) que faciliten el acceso a la información sanitaria y la prestación del consentimiento.

3. La generalidad y ambigüedad de las normas vigentes, y la falta de uniformidad en el tratamiento del consentimiento informado para actos médicos, hace necesario recurrir a una interpretación armónica e integradora de las normas contenidas en las leyes especiales junto con las del Código Civil y Comercial.

II. FUNDAMENTOS

1. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SANITARIA Y EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento informado, como máxima expresión de la autonomía, constituye el instrumento central del ejercicio de los derechos de la personalidad en materia sanitaria. Esto supone que todo acto médico debe ir precedido de la manifestación de voluntad del sujeto afectado,

¹ Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Abogacía (Universidad Católica de Cuyo, San Luis). Abogada, Escribana, Doctoranda en Derecho, Universidad de la Rioja, España. Profesora Universitaria. Diplomada en Derecho Constitucional (Universidad Austral). Se ha especializado a través de cursos y seminarios en temas vinculados con los derechos personalísimos y patrimoniales de niños, niñas y adolescentes.

demostrativo de su intención de querer llevarlo a cabo y de asumir sus consecuencias.

Su carácter esencial en un acto o práctica médica, ha sido establecido en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos² que en su art. 6 señala que toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada, el cual, cuando proceda, deberá ser expreso pudiendo revocarse en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

Como se desprende de la Declaración, ese consentimiento debe ser informado, es decir, ha de basarse en información necesaria y suficiente en relación al acto, sus consecuencias esperadas, las probabilidades de éxito en los resultados y las opciones alternativas disponibles, que permitan tener un conocimiento lo más completo posible de aquello que se va a autorizar. Por lo tanto, información y consentimiento son dos presupuestos necesarios de la autonomía y ambos se hallan estrechamente imbricados de modo que el ejercicio de uno depende de la previa y correcta atención del otro.

La información es un derecho cuya titularidad le corresponde al paciente, y comprende la necesidad de que conozca todos los aspectos en relación a su estado de salud, la actuación médica a la que se someterá y su objetivo, los procedimientos que se llevarán a cabo, los beneficios esperados, y los riesgos y efectos adversos previsibles. Abarca también el conocimiento de otras alternativas posibles al tratamiento o procedimiento médico propuesto de modo de que pueda decidir libremente entre las opciones que se le presentan.

La información previa sobre el acto médico es condición esencial e indispensable para que el posterior consentimiento resulte válido. Por ello se habla de consentimiento *informado*, es decir, de una declaración de voluntad libre y consciente que requiere ser previa y debidamente informada sobre todo lo que conlleva el acto sobre el cual recae.

En la Resolución n°1049/2021 emitida por el Ministerio de Salud de la Nación el 20/4/2021, se ha expresado que “Las fuentes éticas que fundamentan este deber [el de brindar información] las encontramos en los

² Homologada unánimemente por 191 países en la 33ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO realizada en París, el 19-10-2005.

principios bioéticos de beneficencia y de respeto a la autonomía, por los cuales, el/la médico/a debe proveer lo conducente al bienestar del/la paciente (principio de beneficencia), pero, sujetando su praxis a la previa, comprensible y adecuada información que se brinde al/la paciente; para que éste/a, emita su declaración de voluntad. La información sanitaria es el antecedente necesario del consentimiento informado”³.

2. REGULACIÓN

La regulación sobre la información sanitaria y el consentimiento informado se encuentra principalmente contenida en la Ley 26.529/2009 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, en su Decreto reglamentario 1089/2012, y en el Código Civil y Comercial tras la reforma del año 2015.

El art. 2 de la ley citada dispone que el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria vinculada a su salud⁴ y el art. 3 la define diciendo que es 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 fuere menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

El consentimiento informado es definido en el art. 5 como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada respecto de su estado de salud, el procedimiento propuesto, los beneficios esperados, los riesgos y efectos adversos previsible, los procedimientos alternativos y sus beneficios y riesgos respecto del procedimiento propuesto, y las consecuencias previsible de la no realización del mismo o de los alternativos.

Este concepto, fue precisado en ocasión de reglamentarse la ley, donde se dispuso que debe entenderse como “el proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5° de la Ley N°26.529 (modificada por la Ley N°26.742/2012), a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de

³ Resolución n°1049/2021, Anexo I, “Manual sobre los Derechos de los/as Pacientes para el equipo de Salud”, p. 59.

⁴ El cual comprende también el de no recibir la mencionada información.

autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento”⁵.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), en ocasión de introducir el tratamiento de los derechos personalísimos de la integridad física y espiritual en sus arts. 51 y ss., bajo los principios de inviolabilidad de la persona humana y respeto de su dignidad, incluyó en el art. 59 la figura del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, tomando como fuente directa el art. 5 Ley 26.529/2009, tal es así que, en cuanto al contenido, reproduce textualmente lo dicho en la ley.

Comienza definiéndolo como la declaración de voluntad del paciente previamente informada y luego, detalla el contenido de lo que debe informarse relativo a su estado de salud, el procedimiento médico y sus consecuencias, recurriendo a una enumeración que no es taxativa sino enunciativa de los aspectos más relevantes que debe conocer el paciente antes de consentir⁶.

⁵ Art. 5 Decreto 1089/2012.

⁶ Art. 59 CCyC: “El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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;
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

3. PACIENTE MENOR DE EDAD

a) Planteamiento general

Cuando se trata de evaluar la capacidad de la persona menor de edad en temas relacionados con su salud, la cuestión del consentimiento informado es quizás una de las más complejas y debatidas, ya que es necesario compatibilizar el reconocimiento de su autonomía y libre desarrollo de su personalidad, con los deberes de cuidado y protección que corresponden a sus responsables parentales y con la obligación de atender responsablemente su salud que le compete al médico o equipo profesional, y que debe ser garantizada por el Estado.

El acceso a la información sanitaria y a consentir los actos médicos, son derechos que corresponden a todo paciente y deben ser ejercidos en forma personal ya que no corresponde representación en ámbitos tan personalísimos vinculados con la dignidad, la libertad y la autodeterminación de la persona.

La normativa vigente en materia sanitaria no contiene una regulación específica para los casos de pacientes menores de edad. Solo encontramos referencias generales al tratar el tema relativo a la información sanitaria y el consentimiento informado, lo cual, hace necesario recurrir a soluciones que de algún modo integren y armonicen las normas existentes.

b) Presupuestos

Partimos de considerar que el derecho a ser informado y a consentir los actos médicos supone que la persona tenga capacidad para comprender el alcance de aquello que se le informa y del acto que va a autorizar, aspecto que es destacado por el art. 3 Ley 26.529/2009 al señalar que la información sanitaria debe ser adecuada a la capacidad de comprensión del paciente.

La titularidad del derecho a recibir información sanitaria corresponde al paciente, y solo podrá ser brindada a terceras personas, con su autorización (art. 4 Ley 26.529/2009), incluso, el Decreto 1089/2012, dice que el paciente debe ser informado aún en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

posibilidades de comprensión y competencia, debiendo en estos supuestos el profesional informar también a su representante legal (art. 2, inc. f), indicando seguidamente que la falta de capacidad para entender la información puede ser a causa de su estado físico o psíquico.

Como se advierte, en ningún caso la ley se refiere a la falta de capacidad en función de la edad o de la madurez suficiente, lo cual implica que aun cuando el paciente sea menor de edad la información se le debe brindar a él directamente, debiendo tomarse los recaudos necesarios para que esa información sea la adecuada a su edad, madurez y a sus posibilidades de comprensión. En caso que su corta edad y falta de discernimiento le impidan entender su contenido y alcance, deberá informarse a sus responsables parentales, procurando la participación del menor en el proceso si su condición lo permite.

Refuerza esta postura, lo dispuesto por la citada Res. n°1049/2021 la cual indica que la información debe ser la necesaria o “suficiente y adecuada” para que el paciente, conforme al principio de autonomía, pueda consentir o rechazar determinada terapia que le propone el médico; debe ser también sencilla (no debe ser revestida por ornamentos técnicos, o constituir un símil de una pieza de oratoria dirigida a expertos); completa o bastante como para que el receptor comprenda adecuadamente el sentido de la información; y ajustada a la condición socio-cultural del paciente⁷.

Por lo tanto, junto a la edad y la madurez, deberán considerarse también la situación personal, familiar y social del menor, y también las características del acto o tratamiento médico, el riesgo que implica para su vida, salud y/o integridad, la mayor o menor gravedad de la enfermedad, y la urgencia del caso. Además, habrá que tener en cuenta que en la medida que más peligrosa y/o novedosa sea la intervención, más amplia tendrá que ser la información que se facilite en cuyo caso deberá evaluarse la conveniencia de informar además a las personas vinculadas con él, sean sus progenitores, representantes u otros familiares afines.

El profesional o el equipo médico tienen el deber de suministrar al paciente la información sanitaria en forma clara, precisa y comprensible que le permita tomar una decisión en orden al procedimiento o tratamiento a seguir. Este deber no se limita a la información inicial que se le debe brindar,

⁷ Resolución n°1049/2021, Ministerio de Salud de la Nación, Anexo I, “Manual sobre los Derechos de los/as Pacientes para el equipo de Salud”, p. 61.

sino que se extiende a la información que se le ha de ir proporcionando a lo largo de todo el proceso del tratamiento médico o recuperación.

c) Procedencia

A efectos del cumplimiento del deber de informar, ni la Ley 26.529/2009 ni su reglamentación contienen criterios para evaluar la capacidad del menor, solo la Res. 1049/2021 dice que la “capacidad de comprensión” tiene que ver con la subjetividad del paciente, lo cual, no constituye un aporte significativo al asunto.

El CCyC contiene algunas premisas en los arts. 260 y 261, inc. c), conforme a las cuales el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, considerándose como tal el realizado por la persona menor de edad a partir de los 13 años. Consecuentemente, si se trata de menores por debajo de edad o que carezcan de madurez necesaria, el médico cumplirá con su deber informando a sus responsables parentales, procurando la participación de aquellos en la mayor medida posible. Si, en cambio, se trata de menores de 13 años o más, se entiende que ellos poseen capacidad para ser informados directa y personalmente.

En todo caso y sin perjuicio de la edad presumida legalmente, el deber de informar es amplio y debe brindarse al menor en toda circunstancia, aun cuando el consentimiento para el acto médico deban darlo sus padres o tutores.

En lo que respecta al consentimiento, constituye una facultad que se encuentra dentro del ámbito de la capacidad de ejercicio de la persona, a diferencia del derecho a ser informado (inclusive del derecho a ser oído), que si bien son su presupuesto necesario, no implican aptitud para actuar por sí decidiendo y autorizando, funciones que en muchas ocasiones son asumidas por terceros (progenitores, tutores, representantes, familiares del paciente, etc.).

El art. 6 Ley 26.529/2009, modificada por Ley 26.742/2012, le asigna al consentimiento carácter obligatorio disponiendo que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario requiere el previo consentimiento informado del paciente, debiendo garantizarse que, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Su procedencia está supeditada a la autonomía y la evaluación de la competencia y comprensión en relación con la información proporcionada

sobre el diagnóstico, tratamiento terapéutico o paliativo, acto quirúrgico o investigación científica⁸.

En el caso de una persona menor de edad, el art. 2, inc. e) de la Ley le reconoce derecho a intervenir a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud, agregando el Decreto 1089/2012 que el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, debiendo los profesionales de la salud tener en cuenta su voluntad sobre esas terapias o procedimientos, según su competencia y discernimiento.

Para acceder a tratamientos o prácticas médicas específicas, la regulación varía según sea el acto. Las intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida, exigen la mayoría de edad, caso contrario, la solicitud debe ser efectuada a través de los representantes legales siendo necesario el consentimiento informado del menor, que deberá ser recabado teniendo en cuenta su capacidad progresiva e interés superior. Cuando se trate de intervención quirúrgica, se deberá contar además con la conformidad de la autoridad judicial competente⁹.

En los supuestos de tratamientos oncológicos, la Ley 27.674/2022 por la cual se crea el Régimen de Protección Integral del Niño, Niña y Adolescente con Cáncer, les reconoce el derecho a recibir información sobre su enfermedad y su tratamiento, de una forma que pueda comprenderla con facilidad y de brindar su consentimiento informado, conforme a lo establecido en el art. 26 CCyC¹⁰.

Discernimiento, competencia y comprensión, autonomía y capacidad progresiva son las condiciones a las que la regulación legal supedita la prestación del consentimiento informado de la persona menor de edad.

La doctrina ha destacado estos parámetros de valoración sobre todo los vinculados con la competencia y la aptitud psicológica al señalar que el consentimiento informado consiste en “la aceptación (o rechazo) por parte de una persona competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico,

⁸ Art. 5 Decreto 1089/2012.

⁹ Art. 11 Ley 26.743/2012.

¹⁰ Art. 4 Ley 27.674/2022.

una vez esta ha sido adecuadamente informada acerca de aquello que se le propone consentir [...] Los requisitos básicos son, por lo tanto, libertad, competencia e información suficientes [...]”¹¹, agregando que “la facultad de las personas para decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que este podrá tener sobre su vida y su salud”¹².

Como ha quedado expuesto, el consentimiento informado del menor para actos médicos presupone, junto a la edad, competencia, capacidad de comprensión y discernimiento, nociones que es necesario precisar. Algunas pautas, aunque generales, encontramos en el art. 639, inc. b) CCyC, el cual señala como criterios para valorar la autonomía progresiva, las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo del menor.

Por regla general, el consentimiento debe ser prestado por el paciente en forma personal. La Ley 26.529/2009, el Decreto 1089/2012 y el CCyC, prevén los supuestos en los cuales es posible sustituir la decisión del paciente, aunque la regulación no es uniforme.

Para la Ley 26.529/2009 se aplica el mecanismo de sustitución de la decisión en los casos de pacientes con incapacidad o imposibilidad de comprender la información sanitaria a causa de su estado físico o psíquico¹³.

Según el Decreto 1089/2012 tienen que ser sustituidos: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, 2) los pacientes incapacitados legalmente, y 3) los pacientes menores de edad¹⁴.

En cambio, para el CCyC, la decisión puede ser solo por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su

¹¹ HERRERA, Marisa., CAMELO, Gustavo y PICASSO Sebastián (Coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación, p. 145.

¹² WIERZBA, Sandra M., “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Privado*, Año I, n°2, Infojus, p. 123.

¹³ Arts. 4 y 5.

¹⁴ Art. 5, párrs. 2° y 3°.

voluntad. Este criterio, respeta las prescripciones de las convenciones internacionales que obligan a los Estados a suprimir, o limitar al máximo posible, los sistemas de sustitución en la toma de decisión y, además, es coherente con la idea misma de competencia, cuya finalidad es ampliar la participación del paciente en la toma de decisiones y no limitarla.

La premisa del Código es que si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, tiene aptitud para tomar una decisión y puede comunicar su voluntad, es *competente* para consentir por sí mismo un tratamiento médico sin la intervención de un representante¹⁵. Entonces, solo excepcionalmente, y en casos muy acotados, el consentimiento informado puede ser brindado por otra persona distinta al paciente.

En el caso del ejercicio del derecho a la salud por personas menores de edad el Código parte de una mayor articulación entre el discernimiento pleno y el consentimiento informado, e introduce en el art. 26 la regla general de reconocimiento de aptitud a partir de los 13 años. Según la clase de tratamientos médicos y el riesgo que comporten para la salud, vida o integridad física del menor, podrá consentir por sí mismo o bien hacerlo con la asistencia de sus progenitores¹⁶.

¹⁵ Cfr. FRISCALE, María Laura, GIROTTI BLANCO, Sofía, “Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial”, MJDOC-7008-AR, MJD7008.

¹⁶ Art. 26 CCyC: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

La amplitud y ambigüedad de los términos incorporados al art. 26 CCyC, ha generado dudas en su interpretación y aplicación, sobre todo en lo que respecta a los tipos de tratamientos médicos y su entidad, la valoración de la aptitud del menor, y la persona que debe resolver los conflictos que pudieran surgir entre opiniones de padres e hijos (sobre lo que la disposición nada dice).

Al margen de estos señalamientos, considero que el mayor o menor riesgo que conlleve un acto médico debiera ser el criterio en función del cual se determine en cada caso si corresponde aceptar la decisión individual del adolescente (párr. 4º, art. 26), o bien, que su consentimiento sea acompañado por el de sus progenitores (párr. 5º, art. 26), configurándose un *consentimiento participado* diferente a la representación que implica sustitución.

De acuerdo con ello, el menor adolescente a partir de los 13 años podría consentir por sí mismo aquellos actos médicos que no impliquen un riesgo grave a su salud, vida e integridad física, caso contrario, además de su consentimiento informado sería necesario el de sus progenitores que actuarían asistiéndolo en su decisión y acompañándolo. A partir de los 16 años, el adolescente podría tomar por su sola voluntad las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo¹⁷.

Teniendo en cuenta la regulación vigente con las connotaciones que se han expuesto, se advierte la importancia de trabajar en el diseño de protocolos (o en la mejora de los existentes) que faciliten el acceso a la información sanitaria y a la prestación del consentimiento por parte de los menores de edad, como así también en las herramientas para su implementación.

Entre otros aspectos, se debería:

- Regular todo el *proceso* por el cual se recaba el consentimiento informado (lectura detenida de la información / explicación / espacio de preguntas o consultas con terceros / decisión).

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

¹⁷ Con la interpretación restrictiva que cabe asignarle al término *cuidado* del propio cuerpo, que comprendería las acciones que implican resguardo o conservación de un estado de salud anterior, excluyendo las facultades de consentir actos médicos (invasivos o no) de grave riesgo para la vida, salud o integridad física del adolescente.

- Prever la instancia de explicación por parte del médico de lo que se va a consentir, como complemento de la declaración a firmar.

- Evitar formularios pre-definidos en cuanto al contenido, debiendo la información escrita servir de guía a la explicación del médico.

4. CONCLUSIONES

De lege lata:

1) La información sanitaria y el consentimiento informado constituyen instrumentos mediante los cuales el paciente ejerce su derecho a la autonomía y son una proyección de los derechos fundamentales de la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y la integridad (física y espiritual).

2) La información sanitaria es el antecedente necesario del consentimiento informado y un derecho de titularidad del paciente.

3) Tratándose de un paciente menor de edad, la información debe ser la suficiente y adecuada a su edad y capacidad de comprensión, sencilla y completa, y acorde a su condición social y cultural.

4) El consentimiento para actos médicos es un derecho cuyo ejercicio debe ser garantizado a toda persona, incluso cuando sea menor de edad.

5) La prestación del consentimiento se halla supeditada a las condiciones de autonomía, discernimiento, competencia y comprensión de la persona.

De lege ferenda:

1) Los niños y adolescentes tienen capacidad –según su edad y grado de madurez– para ser informados y consentir actos médicos.

2) La progresividad de su autonomía para el ejercicio de derechos en el ámbito sanitario, opera como un límite al poder de decisión de sus progenitores y del médico.

3) En materia de consentimiento informado para actos médicos de la persona menor de edad, la normativa sanitaria vigente es incompleta e imprecisa, y carece de reglas y de pautas claras que orienten y faciliten la función de los responsables parentales, el trabajo de los profesionales de la salud y de los gabinetes interdisciplinarios, y la labor de la autoridad que

deberá resolver los eventuales conflictos de intereses entre padres e hijos. Esto, pone de manifiesto la necesidad de contar con una regulación específica que aborde con claridad estos supuestos.

4) Se advierte la importancia de trabajar en el diseño de protocolos (o en la mejora de los existentes) que faciliten el acceso a la información sanitaria y la prestación del consentimiento por parte de los menores de edad, como así también en las herramientas para su implementación.

5) Mientras tanto, la generalidad y ambigüedad de las normas vigentes, y la falta de uniformidad en el tratamiento del consentimiento informado de la persona menor de edad para actos médicos, hace necesario recurrir a una interpretación armónica e integradora de las normas contenidas en las leyes especiales junto con las del CCyC, partiendo de la consideración que ellas integran un sistema y su aplicación debe efectuarse en articulación con otras normas, reglas y principios. Es decir, esas normas no funcionan aisladamente, sino en relación con otras ubicadas en distintas secciones de un mismo cuerpo normativo o en otros instrumentos jurídicos, que hacen sentir su presencia y reclaman su aplicación articulada sea para completar la interpretación de aquellas, o bien, para garantizar su justa aplicación al caso concreto.

De dicha interpretación resulta:

- Que el consentimiento del menor para actos médicos debe ser prestado en forma personal y, en su caso, ir acompañado por el de sus progenitores. Solo excepcionalmente y ante la absoluta falta de capacidad, procede el consentimiento por representación debiendo garantizarse la escucha efectiva de la opinión del menor, de modo que el resultado sea una decisión pensada, consensuada y adoptada entre ambas partes.

- Que la autonomía progresiva, el discernimiento y la competencia del menor para aceptar o rechazar un acto médico sobre su cuerpo, deben ser evaluadas en función de su edad, de la entidad (riesgo) del acto médico y de las circunstancias particulares de cada caso.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ACTOS MÉDICOS

Por Manuel Marro¹

I. CONCLUSIONES

1. El simple consentimiento informado en actos médicos en los que se realizan tratamientos estéticos no libera de la responsabilidad al profesional médico actuante, incluso con la utilización de maquinaria o instrumentos tecnológicos.

II. FUNDAMENTOS

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ACTOS MEDICOS ESTETICOS NO LIBERA AL PROFESIONAL.

a) El consentimiento informado en medicina estética.

La protección de la salud humana es uno de los temas que mayor relevancia existe en la sociedad desde hace varios años, y es notorio como ha avanzado la tutela del derecho a la salud, teniendo un lugar preminente en la actualidad.

El consentimiento informado puede ser definido como la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto⁷. El Código Civil y Comercial, en su art. 59 se refiere a esta figura, recogiendo la esencia de la definición citada y exigiendo su implementación como paso previo a todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico –salvo disposición legal en contrario–.

Además, se detiene en algunos de sus aspectos críticos, como qué y cuanto debe informarse, a cuyo respecto sigue la letra de la ley de Derechos del Paciente (26529/09, actualizada conf. Ley de Muerte Digna, 26742/12), la cual establece “...**ARTICULO 5º**— *Definición. Entiéndese por*

¹ Manuel Marro. Abogado. UNLP. Profesor Adjunto de Derecho Civil II UNNOBA.

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....”.

Como correlato de este deber de informar, surge la posible responsabilidad médica general, que es en la que incurre el que ejerce una profesión reglada por las ciencias de la salud, al faltar a los deberes que la ciencia médica le impone, remarcando que esto no refiere a que ante la sola existencia de una consecuencia dañosa inmediatamente determine una presunción de la responsabilidad del médico, es imperante poder demostrar que aquel daño sea atribuible a un obrar de los profesionales tratantes o de la maquinaria médica bajo su dominio o en su caso, que el mismo profesional haya garantizado un resultado.

En los casos que los profesionales médicos, presten servicios vinculados a la medicina estética, por más que los sujetos dañados hayan firmado un consentimiento informado, tal como regula el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley 26.529, los mismos no quedan liberados de la responsabilidad por daños causados bajo tal actividad, porque la misma actividad conlleva un resultado en sí mismo. Esta responsabilidad va a operar solo cuando se genere un daño físico o moral por parte del profesional, que en la medicina estética siempre se estará garantizado un resultado concreto con su actividad. Una vez que se hubiere probado indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debió darse entre aquél y este último una relación de causalidad que “conforme el curso normal y ordinario” permite en virtud de presunciones *hóminis* evidenciar el perjuicio.

De todas formas, se deberá dejar a salvo que esta responsabilidad solo ampara a los daños efectivamente causados al actor, no pudiendo estos reclamar por el simple hecho de encontrarse insatisfechos con lo actuado, concluyendo los daños causados bajo tales prácticas, siempre responderán dichos profesionales cuando exista daño físico o moral ostensible.

Por ende, en los casos que en prácticas médicas estéticas se utilicen equipos u objetos en dichos tratamientos, por más que exista el consentimiento informado cumpliendo con lo indicado con la ley 26.529, la misma no justifica los daños ocasionados, siempre que se hubiere garantizado un resultado concreto o que la aparatología utilizada presentare vicios o su utilización resultare potencialmente peligroso en esa acto.

Se remarca que en la conducta profesional debe ser valorada sobre la base de las circunstancias existentes al momento de la práctica cuestionada.

No resulta adecuado juzgar tal conducta ex post facto y a la luz de los resultados adversos, que son justamente los que motivan el reclamo.

Aun en los casos que se efectúen prácticas vinculadas a la medicina estética, no podemos concluir que las mismas se encuentran ajenas a la protección que brinda el ordenamiento jurídico.

Por ello, la estética implica un deber extra al profesional, no pudiendo excluir su responsabilidad por él una manifestación realizada por el paciente a través de un consentimiento informado.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO APLICADO A LA LLAMADA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: LA FALTA DE INFORMACIÓN SUFICIENTE ES ILÍCITA

Por Franco A. Melchiori¹ y Fernando Toller²

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado es un acto unilateral, pero realizado en un contexto de alteridad. Exige para su validez el deber correlativo de brindar información clara, precisa y adecuada con relación a la situación del paciente a la práctica que se realizará y a otras circunstancias relevantes. Tales exigencias existen también en el caso de la llamada interrupción voluntaria del embarazo (aborto).

2. Frente a una práctica en la que se encuentran en juego derechos de terceros y derechos del paciente que exceden la integridad física y la autodeterminación en relación con el propio cuerpo, el deber de información debe ser adecuado a todos los bienes jurídicos en juego. La diligencia en el ejercicio de la medicina exige cuidados especiales en estos casos.

3. **De lege lata:** Para cumplir con las características de claridad y completitud de la información frente a la petición de un aborto el personal de salud debe informar a la paciente todos los riesgos y todas las alternativas a la realización de la práctica, con las especificaciones y aclaraciones que sean requeridas por las circunstancias.

4. **De lege lata:** Para cumplir con el deber de brindar una adecuada información frente a la petición de un aborto, el personal de salud *debe ofrecer siempre* a la paciente la realización de una ecografía y la exhibición de las imágenes y sonidos resultantes, junto a sus explicaciones. La solicitante podría negarse a que se le realicen y expongan e interpreten los estudios. La negativa a recibirlos debe ser expresada por escrito y, para tal manifestación, siempre

¹ Abogado por la Universidad Austral, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Asociado de la Universidad Austral en materias de Derecho Civil y materias de Derecho Ambiental. Investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Austral.

² Fernando M. Toller es Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra y Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Es Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Austral.

estarán a disposición las alternativas previstas en el art. 7° de la Reglamentación de la Ley N° 27.610, Anexo al Decreto reglamentario N° 516/2021. El personal médico debe evitar toda imposición en el cumplimiento de su deber de información.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En esta ponencia se hace referencia especialmente a la obligación de información del personal médico para con el paciente, específicamente en relación con la práctica llamada interrupción voluntaria del embarazo³. No obstante, antes de poner el foco en dicho tópico, conviene detenerse brevemente en el concepto mismo de “consentimiento informado”, para luego profundizar en las características del deber de información.

a) Consentimiento en el Derecho y consentimiento informado

Según el artículo 59 del Código Civil y Comercial (CCC), el consentimiento informado es “la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa, y adecuada”. Aquello respecto de lo cual se debe informar se encuentra descrito en los incisos del artículo 5° de la Ley de los Derechos de los Pacientes (LDP o Ley 26.529) y del artículo 59 CCC, con pequeñas variaciones.

Las dos normas mencionadas lo definen como “declaración de voluntad” -suficiente, agrega el art. 5° de la LDP- expresada o efectuada por el paciente. Aquí se sigue la postura de que el consentimiento para la disponibilidad de un derecho es un acto unilateral, y que se lo debe diferenciar del contrato como negocio jurídico, el cual puede o no acompañar a dicho consentimiento⁴. El consentimiento informado es una especie de consentimiento, y por lo tanto

³ No es cuestión debatida en estas Jornadas la legitimidad constitucional de la Ley 27.610 y de las normas concordantes que habilitan la práctica del aborto. Atento a que ello no es un tema de debate, mis conclusiones serán todas de *lege lata*, para la interpretación y aplicación de algunas de sus normas con relación al deber de informar para el consentimiento sobre la práctica.

⁴ Ver, por ejemplo, ORGAZ, Alfredo, “El consentimiento del damnificado”, RCyS 2005-II, p. 113.

también es unilateral, siendo su protagonista el titular del derecho de que se dispone.

b) La información como presupuesto del discernimiento y la libertad al consentir

El desafío del Derecho en el consentimiento informado que nos ocupa es darle al titular del derecho personalísimo las herramientas necesarias para consentir adecuadamente. Es allí donde entra el deber de información del profesional de la salud y, en consecuencia, es en ese ámbito en el que se ha formado el sintagma “consentimiento informado”. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) afirma:

“El consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual. (*supra* párrs. 160 y 161). Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral”⁵.

De modo similar a lo que expone la Corte Interamericana, puede leerse lo que dispone el art. 5º de la Reglamentación prevista como Anexo I del Decreto 1089/2012, reglamentario de la LDP (siempre que se haga referencia a la reglamentación de la LDP se estará haciendo referencia a este Anexo I):

“Entiéndese como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad (...) a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de [acción] el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento”.

⁵ Corte IDH, “*I.V. vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 166, Serie C Nº 329, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.

Un recorrido histórico por la jurisprudencia y la legislación sobre el consentimiento informado ilustra los motivos de su irrupción en el mundo jurídico, así como sus fundamentos⁶. Todo nos habla de la dignidad del paciente, que tiene derecho al conocimiento necesario para el ejercicio correcto de su determinación con relación a una práctica médica, aceptándola total o parcialmente, o rechazándola.

La información constituye así el presupuesto *sine qua non* que permite al titular consentir adecuadamente, válidamente, pues busca ubicar al paciente en una situación equilibrada frente al profesional de la salud a los fines de su decisión. En definitiva, la visión previa veía quizás al paciente más como objeto de una práctica de salud, dando paso a la confianza en su capacidad de decidir, poniendo los medios para disminuir o eliminar las barreras de conocimiento que dificultan tomar determinadas decisiones.

De esta manera, la dignidad del paciente exige en este ámbito una interacción entre el mismo y el médico, en la que éste se pone a disposición de aquél para brindarle la información necesaria a los fines de disminuir la distancia de conocimiento entre ambos. De este modo, el paciente tendrá información correcta y suficiente para poder decidir con verdadero conocimiento de causa, ya que podrá formar adecuadamente su criterio y actuar con discernimiento, intención y libertad en el acto de consentir.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

a) *Deber de informar y características de la información brindada*

El deber de informar del profesional de la salud y la prohibición de realizar actos médicos sin el previo consentimiento informado del paciente están relacionados. Pero el deber de informar abarca otros momentos de la relación entre médicos y pacientes, y no es solo un elemento del consentimiento informado, sino un deber jurídico más general⁷.

⁶ Una apropiada síntesis sobre el recorrido histórico puede verse en CRIPPA, Julieta, “Consentimiento informado. Evolución jurisprudencial – Aplicación a las TRHA”, *Erreius*, 03/04/2023, Cita Digital: IUSDC3289557A.

⁷ Cfr. TALE, Camilo, “Comentario al artículo 59”, en HEREDIA, Pablo D., y CALVO COSTA, Carlos A. (dirs.), *Código Civil y Comercial – Comentado y anotado*, Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2022, t. I, p. 763.

En relación al consentimiento informado, ha dicho Tale que “en lo que concierne a la calidad de la información, su completitud, exactitud y grado de actualización, el médico cumple si informa todo lo que pueda exigírsele en relación con las circunstancias del caso”⁸. Al médico se le puede exigir que adapte el contenido y los medios que utiliza para hacer comprensible dicho contenido a las circunstancias del paciente; el objetivo del médico no es simplemente poner a disposición del paciente cierta información, sino facilitar la comprensión por parte del paciente. Así, ha sostenido la Corte interamericana que

“[...]El concepto del consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”⁹.

Según el CCC y la LDP, la información brindada tiene que ser clara, precisa y adecuada. Para esto, además, debe ser completa, característica que surge del análisis de lo que se debe informar. En este sentido, el decreto reglamentario de la LDP, art. 2, inc. e), al referirse a la autonomía del paciente deja claro el deber de brindar “información necesaria y suficiente para la toma de su decisión”.

En las normas en juego se especifican los aspectos sobre los que debe informarse. No es necesario reiterarlos en esta ponencia. Sin embargo, sí conviene aclarar que informar sobre el estado de salud importa explicar al paciente el estado de su organismo, su situación, y explicar las características de dicha situación. Además, en lo tocante a los riesgos sobre los que se debe informar, no basta con que el médico genéricamente diga que existen riesgos, sino que debe ser concreto y explícito. Si bien no existe el deber de informar los daños leves posibles¹⁰, sí existe el deber de informar la posibilidad de los riesgos cuya gravedad y frecuencia aún se desconoce y que se encuentra en estudio.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Corte IDH, “*I.V. vs. Bolivia*”, cit. párr. 166.

¹⁰ *Ibidem*, p. 765.

A su vez, para poder cumplir con su finalidad el consentimiento informado requiere que la información que se brinda se adapte a cada procedimiento¹¹. Así, la cuestión del consentimiento informado con relación al aborto ha tenido varias concreciones en Estados Unidos¹².

En definitiva, y en cuanto atañe a esta ponencia, el consentimiento exige que se brinde información completa, y mientras más completa y comprensible para el paciente, más posibilidades hay de que decida de modo libre. La información no coarta la libertad del paciente, sino que la potencia. No solo no es adecuado limitar la información que se brinda al paciente con miras a “proteger” su libertad, sino que es contradictorio con la misma. Impedirle conocer las cuestiones involucradas con la mayor plenitud posible es volver a una visión paternalista, tan criticada y ajena a las nuevas regulaciones. En efecto, ocultar información al paciente podría implicar el evitar que decida de modo diverso a lo que considera conveniente el agente de salud, frustrando su libertad y autonomía.

b) ¿Deber del paciente?

Hasta el momento se ha tratado sobre el deber del médico de brindar información y el derecho del paciente a recibirla. Cabe tratar ahora la posibilidad de que exista un deber del paciente a recibir la información.

La posibilidad de rechazar la información es, en efecto, un derecho por parte del paciente, y así está previsto en la LDP (cfr. arts. 2º, inc. f, y 5º, inc. e). Pero ese derecho también tiene límites, como ocurre cuando se afectan derechos de terceros¹³, o cuando esté en juego la salud pública, tal como sucedió en muchos aspectos relativos al COVID 19.

¹¹ Así, por ejemplo (e independientemente de lo que el autor considera sobre diversas cuestiones de esas prácticas), para el consentimiento informado relativo a las técnicas de reproducción asistida se han previsto 12 Anexos en la Resolución 616-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación.

¹² Un ejemplo entre varios: el Estado de Texas elaboró un documento titulado “A Woman’s Right to Know: Resource Directory” (“El derecho de la mujer a estar informada”, según su traducción oficial) en cuya página 10 se dice: “Si usted decide tener un aborto: Al menos 24 horas antes del aborto, el doctor le hará una ecografía y le explicará lo que usted está viendo, incluidos el tamaño del bebé y si hay un latido, extremidades u órganos internos” (ver en <https://www.hhs.texas.gov/sites/default/files/documents/services/health/women-children/womans-right-to-know-es.pdf>, disponible al 15 de agosto de 2024).

¹³ Cfr. TALE, Camilo, “Comentario al artículo 59”, ob. cit., p. 680.

Aunque la ley no lo haya previsto expresamente, es una regla que se ajusta a los principios generales de no dañar y del respeto a la dignidad. Además, sí fue previsto expresamente en el inc. f) del artículo 2º de la Reglamentación de la LDP (Anexo I del Decreto 1089/2012), del siguiente modo:

“Aun en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá —bajo su responsabilidad como tratante—, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública”.

¿Se afectan derechos de terceros en la realización de una práctica como la llamada IVE? Podría sostenerse que se afecta el derecho del “niño” (cfr. art. 75, inc. 23, CN), y en algunos casos el derecho del otro progenitor a decidir en aspectos que hagan a la vida de su hijo, y la salud pública (por diversos motivos, como, por ejemplo, prestar adecuadamente el servicio de salud). De todos modos, no es objeto específico de esta ponencia si pudiera o no ser requerido que la paciente se realice una ecografía, o deba percibir las imágenes y sonidos de la misma antes de la práctica del aborto.

3. AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EN LA PRÁCTICA DEL ABORTO: NORMATIVA

La obligatoriedad de posibilitar un consentimiento informado en la práctica del aborto viene impuesta, además de por las normas generales del CCC y de la LDP, por las normas especiales aplicables a la práctica. La Ley 27.610 y su Decreto reglamentario N° 516/2021 hacen referencia a la autonomía del paciente, al consentimiento informado y al deber de información. De esas normas cabe subrayar algunas previsiones específicas¹⁴.

En la Ley se dice, concretamente, que el personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto a “las alternativas de tratamiento” (art. 5º inc. d). Se especifica el derecho de la paciente de recibir información sobre su salud (art. 5º inc. e), y se señala allí que no debe recibir información inadecuada con relación a la práctica que solicita. Es importante subrayar que la expresión “inadecuada” no podrá nunca entenderse como opuesta a “completa”, o ser excusa para no informar de asuntos relacionados con la práctica, so pena de caer

¹⁴ Por su especificidad y los límites de cada ponencia, se deja aquí de lado lo que dispone la Ley sobre el consentimiento informado en casos de menores de 13 y menores de 16 años y de personas de capacidad restringida, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 8º y 9º de la Ley 27.610.

en paternalismo y violar derechos personalísimos. Además, “se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. Dicha información debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles (art. 5º, inc. e).

Es decir, es una obligación de los profesionales el brindar información completa sobre el procedimiento y todas sus consecuencias.

La Ley es insistente sobre la necesidad de informar a la paciente, y el médico no debe ser remiso a informar científicamente sobre la práctica por las alusiones del art. 5º, d) a que no se hagan consideraciones personales, axiológicas y de índole similar. La ley insiste: debe darse “información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior” (art. 6, inc. a).

Luego de lo anterior, la Ley dedica un artículo especial al consentimiento informado (art. 7º):

“Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.”

Como puede verse, es indubitable el interés del legislador en garantizar que la paciente conozca la práctica que se va a realizar y sus consecuencias, y que preste su consentimiento.

Por su parte, en la Reglamentación de la Ley N° 27.610, “Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la Atención postaborto”, que forma parte del Decreto 516/2021 como Anexo, se exige para la realización de las prácticas el consentimiento informado “en los términos de los artículos 7º, 8º o 9º de la ley” (art. 4º de la Reglamentación). A su vez, el artículo 5º de esa Reglamentación dice dos cosas importantes para este trabajo. En primer lugar, remite a las reglas generales sobre consentimiento informado en lo relativo a “las alternativas de tratamiento” (remite a la LDP y normas concordantes). En segundo lugar, es importante subrayar que, al señalar que el profesional no debe interferir indebidamente, subyace la necesidad de brindar toda la información relativa a la práctica y sus circunstancias para que la decisión se tome de modo realmente libre. Esa prohibición habitualmente se entiende en el sentido de “interferir indebidamente” para que no se realice la práctica, pero la misma debe asimismo aplicarse para impedir interferencias indebidas (omisión de

información debida) para que se realice: no brindar toda la información de un modo suficiente y adecuada para que exista una cabal inteligencia por parte de la peticionante implica una interferencia indebida. El artículo 7° de la Reglamentación prevista en el Decreto, finalmente, en línea con el interés de que la paciente pueda recibir la información y otorgar un consentimiento informado, ponen a su disposición medios diferentes cuando no pueda darlo por escrito.

En 2021, además, se publicó el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo”, realizado por la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, perteneciente en ese momento a la Secretaría de Acceso a la Salud del Ministerio de Salud de la Nación. Allí se afirma que el consentimiento informado “es un proceso dinámico que recorre toda la atención y está enmarcado en los principios establecidos en la Ley 27.610 y en la Ley 26.529 de Derechos del paciente, en particular (...) acceso a la información”. Luego se dice que “el resultado del proceso de consentimiento informado debe ser expresado por escrito” en un documento en el que “la persona manifiesta haber decidido de forma autónoma, libre de influencias y presiones de cualquier tipo y conociendo cabalmente posibilidades y riesgos, interrumpir el embarazo que cursa”. Las palabras son útiles a nuestro propósito, aunque han sido interpretadas restrictivamente hasta el momento.

4. PROPUESTA PARTICULAR 1 DE ESTA PONENCIA: LA INFORMACIÓN SOBRE ALTERNATIVAS AL ABORTO Y LOS RIESGOS DE REALIZARLO

Conviene ahora tratar el tema específico de la obligación del personal de salud de brindar información sobre las alternativas con que cuenta la paciente a la realización del aborto, como parte del consentimiento informado.

El art. 5, d) de la Ley establece lo siguiente:

Art. 5o- Derechos en la atención de la salud. (...)

El personal de salud debe garantizar las siguientes condiciones mínimas y derechos en la atención del aborto y postaborto: (...)

d) Autonomía de la voluntad. El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, *las alternativas de tratamiento* y su futura salud sexual y reproductiva. (...);” (Énfasis agregado).

Al respecto es importante también la reglamentación de esa norma prevista en el art. 5° del Anexo al Decreto reglamentario. Allí se dispone:

“d) Autonomía de la voluntad. De conformidad con el primer párrafo del presente artículo, ‘las alternativas de tratamiento’ a las que se refiere el inciso d) del artículo 5° de la ley que aquí se reglamenta serán brindadas por el o la profesional interviniente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° y siguientes y concordantes de la Ley N° 26.529 y demás normativa aplicable. (...).”

Es decir, con relación a “las alternativas de tratamiento” el Decreto reglamentario reenvía a las reglas generales del consentimiento informado previstas en la LDP. Este reenvío a las normas generales sobre el consentimiento informado importa equiparar esta práctica a cualquier otra. Por tanto, es evidente que el obligado deberá dar a la solicitante alternativas a la realización de la práctica médica, como sucede ante cualquier tratamiento o acto médico, en el que se le indica al paciente las posibilidades de evitar tal procedimiento (v.g. cuando se indica que se puede evitar una operación si se realiza determinado ejercicio de rehabilitación, o se hace reposo, o se hace tal práctica deportiva). Aquí, por lo tanto, se exige comunicar las alternativas al aborto y los medios para solucionar algunos de los problemas que puedan haber inducido a solicitarlo (alternativas terapéuticas a dolencias que puedan llevar a decidir el aborto, asistencias y ayudas sociales, acompañamiento frente al embarazo vulnerable o riesgoso, adopción, etc.). Esto va de la mano con el Protocolo nacional 2021 sobre aborto, pues la paciente tiene derecho de estar “conociendo cabalmente las posibilidades y riesgos” existentes (cfr. puntos 4 y 5).

De esta manera, es importante subrayar que la comunicación de las alternativas a la práctica del aborto, a efectos de su cabal conocimiento, es un elemento muy importante para una decisión libre por parte de la paciente. Por ello, la normativa uruguaya sobre aborto (Ley N° 18.987), en su artículo 3° dispone:

“El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado *incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción. En particular, el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable*”.(Énfasis agregado).

En Derecho hay una tríada inescindible entre discernimiento, intención y libertad. No hay libertad sin un discernimiento y una intención, que presuponen

un conocimiento. Aplicando esto al ámbito del aborto, resulta claro el propósito de preservar la libertad de la mujer. En este contexto, las disposiciones de la norma uruguaya no contrarían a la norma nacional vigente, sino que se encuentran en total sintonía.

Con relación a los riesgos que trae aparejada la realización de la práctica del aborto, es también claro que deben ser comunicados a la solicitante. Tal comunicación es reclamada en la Ley de aborto, que la incluye al exigir sus artículos, 5º, inc. e), 6º, inc. a), y 7º: “Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica” (5º, inc. e); “Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios” (art. 6º, inc. a); y “se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación” (art. 7º). Esa información a la paciente viene exigida, asimismo, en el Protocolo nacional 2021 relativo al aborto, que entre más de diez menciones a los riesgos relativos a esta práctica, en el Modelo de consentimiento informado con relación a la misma expresamente dispone:

“Confirмо que: (...) Recibí información clara, precisa y adecuada de una manera comprensible para mí, sobre: • los diferentes métodos para interrumpir un embarazo según las semanas de gestación, sobre cómo funcionan, y sobre sus efectos y características, incluyendo sus beneficios, desventajas y riesgos;”

Los riesgos a los que se exponen las pacientes por la realización de un aborto son un tema de análisis en la bibliografía médica, los cuales exceden el marco de esta ponencia. Ciertos riesgos no son comunicados a las pacientes de modo habitual, y eso no parece adecuado en el marco de las normas de protección del consentimiento de las mujeres. Entre otras cosas, en los protocolos y consentimiento informado deben informarse algunas de las complicaciones y efectos adversos sobre la salud mental y psíquica que se detallan en los protocolos de aborto de Estados Unidos¹⁵. En conclusión, en este ámbito no debe soslayarse la comunicación real de los riesgos de las distintas prácticas de aborto, tanto físicas como psíquicas.

¹⁵ Por ejemplo, ver las complicaciones y efectos adversos sobre salud mental que se detallan en el sitio oficial del gobierno de los Estados Unidos, National Library of Medicine (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK430793/>), o en el sitio oficial del gobierno de Luisiana (“Derecho de las mujeres a saber”: <https://ldh.la.gov/page/abortion-risks>).

Este conocimiento de las posibles consecuencias psicológicas negativas que pueden acompañar la realización de la práctica, así como de las positivas que en general conlleva no realizarla se encuadran como exigencias del “principio de transparencia activa” al que la Corte Interamericana hace referencia en el caso “*I.V. vs. Bolivia*”¹⁶, principio que importa el deber de brindar de oficio la información necesaria, es decir, oportuna, completa, comprensible y fidedigna¹⁷.

5. PROPUESTA PARTICULAR 2 DE ESTA PONENCIA: ESTUDIOS DE ULTRASONIDO; OBLIGATORIEDAD DE OFRECER SU REALIZACIÓN, EXHIBICIÓN E INTERPRETACIÓN.

a) Aclaración preliminar

No es el objetivo de esta ponencia tratar sobre la necesidad clínica de un estudio de ultrasonido previo a la realización del aborto. En nuestro país, su realización es práctica habitual para evaluar diversas características del embarazo, y así viene recomendado por las autoridades de salud¹⁸. Entre estas características del embarazo está la edad gestacional, indispensable para la realización del aborto. Por su parte, profesionales a lo largo del mundo lo recomiendan, independientemente de la discusión “pro-vida” y “pro-elección”¹⁹. De lo que se trata en esta parte de la ponencia es de la obligatoriedad de *ofrecer a la paciente su realización y exhibición*.

¹⁶ Ver Corte IDH “*I.V. vs. Bolivia*”, cit., párr. 155: “En materia de salud, el suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna, debe realizarse de oficio, debido a que esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas en dicho ámbito”.

¹⁷ Sobre este principio, cfr. BERTI GARCÍA, María Bernardita, “Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Prudentia iuris*, N° 88, 2019, nota 11).

¹⁸ El gobierno lo recomienda de modo habitual para confirmar el embarazo, la edad gestacional y otras características. Véase, por ejemplo, <https://www.argentina.gob.ar/salud/1000dias/corresponsabilidad-en-la-crianza-y-los-cuidados/cuidado-integral-durante-el-embarazo> y <https://www.argentina.gob.ar/salud/crecerconsalud/embarazo-parto-puerperio/embarazo/cadacontrol/antessemana20>.

¹⁹ Ver, por ejemplo, HUGHES, Casey, “Forget pro-life and pro-choice: refocus transvaginal ultrasound abortion laws on medicine”, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 33(3) 2019, pp. 343-384.

b) Obligación del personal de salud de ofrecer realizar, exhibir e interpretar el estudio de ultrasonido

En lo relativo a la realización y exhibición de las imágenes y sonidos de la ecografía existen diversas alternativas. Basta ver la situación en Estados Unidos para comprobar estas distintas posibilidades que puede tomar la legislación, dentro de un grupo de veintisiete estados que regulan de algún modo la realización de ecografías por parte de quienes realizan abortos²⁰:

- a. Seis estados *obligan a los proveedores de servicios de aborto a realizar una ecografía* a cada persona que desee abortar y les *exigen que muestren y describan* la imagen.
- b. Diez estados *exigen que el proveedor de abortos realice* una ecografía a cada persona que desee abortar, y ocho de ellos exigen que el proveedor *ofrezca* a la paciente la oportunidad de ver las imágenes.
- c. Ocho estados exigen que se *ofrezca a la paciente la oportunidad de ver* la imagen de la ecografía *en caso de que su proveedor realice el procedimiento* como parte de la preparación para un aborto.
- d. Seis estados *exigen que se ofrezca a la paciente la oportunidad de ver* una ecografía.

En nuestro país en 2021 se presentó un proyecto de ley en el Congreso de la Nación, firmado por 10 diputados, en el que se proponía de modo obligatorio la realización de una ecografía antes de la realización de un aborto²¹. En 2024 se presentó en la Legislatura de la Provincia de Córdoba un proyecto cuya propuesta es similar a la que se hace en esta ponencia: que sea obligatorio al personal de salud ofrecer realizar una ecografía a la solicitante de un aborto²².

Por otro lado, también se han alzado voces contrarias a la práctica del ultrasonido, pero casi todos sus argumentos son inaplicables a la propuesta que

²⁰ La información fue tomada de la página oficial de The Guttmacher Institute. Disponible al 15 de agosto en <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/requirements-ultrasound>.

²¹ Este Proyecto recibió el número 4711-D-2021 y tuvo la firma de Alberto Asseff y nueve cofirmantes. Puede vérselo en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/4711-D-2021.pdf> (disponible al 15 de agosto de 2024).

²² Es el Proyecto presentado por el legislador Rodrigo Agrelo a la Legislatura de la Provincia de Córdoba (número de expediente 38561/L/24).

se hace en esta ponencia de *ofrecer realizar una ecografía y exponer sus resultados*, pues critican la *obligatoriedad para la paciente de la realización de la ecografía*²³.

Las diferentes posibilidades que se pueden tomar frente a la realización y exhibición de una ecografía antes del aborto pueden sintetizarse en cuatro: a) no realizarla en absoluto; b) realizarla y evitar que la paciente reciba por parte del personal de salud siquiera la invitación a ver el estudio, escuchar sonidos y a recibir una explicación (en este supuesto se podría realizar la ecografía sin que la paciente tome conocimiento directo durante su realización ni el médico informe luego los resultados que considera necesarios para, por ejemplo, escoger entre las prácticas disponibles); c) que resulte obligatorio para el personal de salud ofrecerle a la paciente la posibilidad de realizarla y ver las imágenes, escuchar los sonidos y las explicaciones por parte del personal que lo realiza, sin ser obligatorio para la paciente recibir tal información²⁴; d) que resulte obligatorio realizarla y exhibirla e interpretarla, como requisito previo a la realización de la práctica del aborto, de modo tal que si la paciente se negara la práctica no podría realizarse²⁵.

De las cuatro opciones dichas antes, la que parece más compatible con la normativa vigente, tanto general sobre consentimiento informado, como específica sobre práctica del aborto, es la opción c): considerar obligatorio para el personal de salud *ofrecer* a la paciente la realización de una ecografía, así como ofrecerle su exhibición y su explicación o interpretación, como parte esencial de la información a efectos de un consentimiento informado sobre la práctica del aborto que se solicita. El personal de salud debe, como parte de esta exigencia, indicar a la paciente las características del estudio.

²³ Un ejemplo de estas posturas contrarias es el trabajo de Lamm, cuya argumentación está dirigida contra la ley de Texas, que obligaba a la realización de una ecografía y a la escucha de los sonidos y a recibir la descripción por parte del facultativo de lo que se proyectaba por el estudio. Para más precisiones y las intervenciones judiciales en relación con la norma, ver LAMM, Eleonora, “La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres”, *Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 55, 2012, pp. 25-53, cita Online: TR LALEY AR/DOC/7923/2012), pp. 25-53.

²⁴ Esta propuesta es similar a la del proyecto de ley presentado por el legislador Agrelo este año en la legislatura de la Provincia de Córdoba, ya citado.

²⁵ Se trata de la norma que tenía Texas, y la propuesta realizada en 2021 en el proyecto de ley presentado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y firmada por diez diputados (con algunas especificaciones que no vienen al caso en esta ponencia), ya citado.

El estudio de ultrasonido relativo a un embarazo brinda una información objetiva sobre la realidad del mismo. Esto permite a la solicitante tomar una decisión más libre: es la verdad objetiva lo que le permitirá discernir para formar correctamente la intención propia de un acto voluntario libre. Lo contrario, la ausencia de conocimiento, podría inducir a error, que vicia el consentimiento. Más aún, si esa inducción al error se hace de modo voluntario por parte del personal de salud se podría estar en presencia del dolo como vicio de la voluntad.

El “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo”, promulgado en 2021 por el Ministerio de Salud de la Nación, trata parcialmente el tema en el punto “7.3.2. Ecografía”. Allí se recomienda la realización de la ecografía para ciertos casos y se habla de su utilidad en beneficio de la salud de la madre.

Por otra parte, en relación a la participación de la solicitante se dispone:

“Al momento de solicitar este estudio, se deberá explicar a la persona usuaria su derecho a solicitar no ver las imágenes ni escuchar los sonidos. En caso de realizarse la ecografía, solo se compartirán con la persona la imagen o el sonido de los latidos si lo solicita expresamente. *Si no lo hace, es de suma importancia tomar los recaudos necesarios para que esto no suceda*”. (Énfasis añadido).

La primera oración transcrita no es estrictamente opuesta a lo que se propone aquí, pues no sería obligatorio para la mujer que se realice el estudio. Sin embargo, debería reescribirse en el sentido de que debe explicarse a la solicitante la naturaleza y conocimientos que brinda un ultrasonido, y la información que del mismo puede surgir a efectos de su decisión. Se trata siempre de promover un consentimiento informado cabal, pleno, robusto. Las oraciones segunda y tercera parecen intentar ocultar información a la solicitante. Cualquier interpretación literal debe, por lo tanto, dejarse de lado, por contrariar lo dispuesto en la Ley y en las normas generales del Congreso sobre consentimiento informado, ya expuestas en esta ponencia. El procedimiento debe ser el siguiente: se ofrece el procedimiento y su sentido, y se respeta su voluntad si la solicitante expresa que se niega a percibir las imágenes y sonidos o a recibir la interpretación por parte del personal médico. Sería ilegítimo y atentatorio contra la autonomía de la solicitante el requerir que lo solicite expresamente, para entonces proceder a brindarle imágenes, sonidos o explicaciones. Actuar en contrario implicaría suponer, sin fundamento alguno, que la paciente conoce las características del procedimiento y la información que arroja, en una lógica directamente contraria a la que se propone con el consentimiento informado. Es más, sería conveniente que el ofrecimiento y la realización del ultrasonido

provengan de personal de la salud que no participe de la realización del aborto, tal como propone el proyecto de ley presentado en 2024 en la Legislatura de la Provincia de Córdoba.

En este punto, parece crucial el acceso a una ecografía y el conocimiento de la misma, como exigencia del “principio de transparencia activa” postulado por la Corte IDH²⁶.

A mayor abundamiento: la ecografía es un método usual y efectivo para conocer el estado de la madre y del feto/niño con miras a saber las semanas de gestación y otros datos relevantes; siendo así, ¿no debería existir, acaso, la obligación por parte de los intervinientes de ofrecer a la paciente la realización y la exhibición del estudio, como sucede frente a otros estudios o prácticas, como se prevé a veces en protocolos, o por constituir una exigencia habitual de la *lex artis*?

Quizás quienes se oponen a que se brinde esta clase de información tienen una visión positiva hacia la realización de abortos, entendiendo que cada aborto es un bien a promover, y cuyo número podría disminuir si hubiera un conocimiento directo del feto al que se va a abortar o cuyo embarazo se va a interrumpir. El aborto como bien deseable no requiere mayores análisis para ser deseado como postulado.

Quizás también quienes se oponen a brindar esta información temen que se pueda utilizar como modo de presión sobre la paciente²⁷. En ese caso, la solución no sería no informar al paciente, sino poner los medios para que no existan presiones, sobre lo cual la Ley ya tiene previsiones. Lamentablemente la Ley, que tiene previsiones contra presiones para evitar el aborto, no tiene disposiciones para impedir presiones para provocarlo, a diferencia del legislador uruguayo, que, además de lo citado sobre su artículo 3º, dispone en el inciso C) del artículo 4º la obligación de los integrantes del equipo interdisciplinario de

²⁶ Cfr. Corte IDH, “*I.V. vs. Bolivia*”, cit., párr. 155.

²⁷ Por ejemplo, la OMS recomienda que la realización de una ecografía no sea un requisito previo a la realización del aborto; según parece surgir del documento, toma esta postura por su vinculación con las legislaciones que ponen “trabas” al aborto o por su “impacto negativo” sobre la cantidad de abortos: cfr. Organización Mundial de la Salud, “*Abortion care guideline*”, Ginebra: 2022, p. 41. La OMS sí reconoce al ultrasonido como un método para evaluar la edad gestacional, dato de suma importancia. Recomiendan una ecografía antes de la semana 24 para quienes quieran continuar con el embarazo a los fines “estimar la edad gestacional, mejorar la detección de anomalías fetales y embarazos múltiples, reducir la inducción del parto para embarazos postérmino y mejorar la experiencia del embarazo de la mujer” (ibídem, pp. xxvi y 47).

“Garantizar, dentro del marco de su competencia, que el proceso de decisión de la mujer permanezca exento de presiones de terceros, sea para continuar o interrumpir el embarazo”.

Como se ha dicho, tanto como parte de la normativa general sobre consentimiento informado como de la específica sobre autonomía y consentimiento sobre aborto, existe de *lege lata* la *obligatoriedad de ofrecer* la realización del ultrasonido, la visualización de las imágenes, la escucha de los sonidos y la recepción de las explicaciones.

En subsidio, si se considerara que no existe, en la ley vigente, la *obligatoriedad de ofrecer* realizar y exhibir un estudio de ultrasonido como aquí se propone, difícilmente se podría estar en contra de la siguiente afirmación: si debido a los protocolos, a la *lex artis* o a la prudencia médica del personal de salud en el caso concreto, se decide realizar un estudio de ultrasonido, existe obligación por parte del personal de salud de *ofrecer expresamente* a la paciente la posibilidad de ver las imágenes y escuchar los sonidos y su explicación, y no ocultarle esa información sin darle oportunidad de que coadyuve a su consentimiento informado, por contribuir a su discernimiento e intención ejercidos con libertad.

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA AUTONOMÍA DEL
PACIENTE: UNA VISIÓN GENERAL APLICADA A LA FACULTAD DEL
PACIENTE DE RECHAZAR TRATAMIENTOS CON POSIBLES EFECTOS
SOBRE EL FIN DE SU VIDA**

Por Franco A. Melchiori¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado para actos médicos constituye un verdadero consentimiento, pero encuentra límites y exigencias particulares por constituir el modo de disponer de derechos personalísimos y por sus posibles efectos en relación con la salud pública.

2. La ley 26.529 (LDP) mantiene su vigencia plena frente a Código Civil y Comercial (CCC), porque es una norma especial y porque el Código pretendió receptar sus prescripciones en su articulado. En lo relacionado con el consentimiento informado deben aplicarse los arts. 5º de la LDP y 59 del CCC y en lo que respecta a la autonomía del paciente deben aplicarse principalmente los arts. 2º y 11 de la LDP y el art. 60 del CCC.

3. Según el ordenamiento jurídico argentino (especialmente los arts. 2º, 11 de la LDP y cc.) existe el derecho a rechazar determinados tratamientos cuando resultan extraordinarios o desproporcionados y a exigir los cuidados necesarios para transitar los últimos momentos de la vida del modo más digno posible de acuerdo con las circunstancias. Toda práctica eutanásica, por acción u omisión, aunque pueda ser bienintencionada, es injusta. Y al paciente debe informársele de ello de modo suficiente, con las aclaraciones que requiera cada situación; omitir tales explicaciones importa faltar al deber de información.

4. Conforme el inc. e) del art. 2º de la LDP y su decreto reglamentario, solo en el caso de una situación terminal el paciente podría solicitar el retiro de la alimentación e hidratación y siempre que resulte un

¹ Abogado por la Universidad Austral, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Asociado de la Universidad Austral en materias de Derecho Civil y materias de Derecho Ambiental. Investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Austral.

medio extraordinario o desproporcionado para las circunstancias del paciente.

5. Según el ordenamiento jurídico argentino no existe propiamente un “derecho a la muerte” (entendido como derecho de un sujeto a solicitar que se le cause la muerte, por acción u omisión), sino un derecho a vivir dignamente hasta el último instante.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Según el art. 59 del Código Civil y Comercial (CCC), el consentimiento informado es “la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa, y adecuada”. Aquello respecto de lo cual se debe informar se encuentra descrito en los incisos del art. 5º de la Ley de los Derechos de los Pacientes (LDP o Ley 26.529) y 59 CCC con pequeñas variaciones. En esta ponencia se hará referencia especialmente a la obligación prevista en el inc. g) de informar al paciente sobre la posibilidad de rechazar procedimientos médicos. Tema que, por lo demás, tiene vinculación intrínseca con el consentimiento informado en general pues pone un límite a lo que se puede o no se puede solicitar o rechazar por parte del paciente.

No obstante, antes poner el foco en dicho tópico, conviene detenerse brevemente en el concepto mismo de “consentimiento informado”. Las dos normas mencionadas lo definen como “declaración de voluntad” -suficiente, agrega el art. 5º de la LDP- expresada o efectuada por el paciente.

El Dr. Tobías afirma que es más correcto aludir a “voluntad jurídica” o a “asentimiento del paciente”. El motivo de tal aclaración es -y cita a Bueres, entre otros autores- que “no se está en presencia de una voluntad convergente del paciente y el profesional, sino de una manifestación de voluntad unilateral del primero que acepta o rechaza las alternativas propuestas por el segundo”².

² Cfr. TOBIÁS, José W., “Glosas al artículo 59”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tratado exegetico*, Jorge Horacio Alterini (dir.), 3ª ed., vol. I, Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley, 2019, 758-59, nota 732.

Basset, por su parte, efectúa un interesante estudio sobre el consentimiento en general en el que expone las posturas diversas al respecto. Toma como ejemplo el consentimiento en los contratos y sintetiza las posturas explicando que para unos el consentimiento unilateral mientras que para otros es bilateral; entre los últimos, para unos el consentimiento es el mismo contrato, para otros es un acto previo que lo genera, y existe también quien dice que “es un acto bilateral que surge automáticamente de dos unilateralidades convergentes”. Pero, afirma Basset, el consentimiento no puede “ser al mismo tiempo unilateral y bilateral en el Código Civil y Comercial, o es una cosa o es la otra”. Para la autora debe seguirse “el camino más simple, el que coincide con el sentido lexicográfico, etimológico y que más significativo es, incluso para el contrato, a saber: que el consentimiento es un acto unilateral que declara aquiescencia [...]. *Consentir* implica aquiescencia, acordar, admitir: es una manifestación de una intención o voluntad de acordar”³.

Aquí se sigue la postura de que el consentimiento para la disponibilidad de un derecho es unilateral, y que se lo debe diferenciar del contrato como negocio jurídico que puede o no acompañar a dicho consentimiento⁴. En el caso del consentimiento informado, debe decirse que es unidireccional, unilateral, y existe un protagonista: el titular del derecho de que se dispone. El desafío del derecho en el caso que nos ocupa es darle al protagonista, al titular del derecho personalísimo, las herramientas necesarias para consentir adecuadamente. Es allí donde entra el deber de información del profesional de la salud y, por tanto, es en ese ámbito en el que se ha formado el binomio “consentimiento informado”. La información constituye el presupuesto que permite al titular consentir adecuadamente, válidamente.

Como bien señala Tobías, la profundización en la temática del consentimiento informado coincide con el desarrollo y sistematización de los derechos personalísimos, y ello no es casual⁵. El consentimiento informado es el modo de disponer de ciertos derechos personalísimos por parte del paciente en el ámbito de los servicios médicos. Y, como toda disponibilidad de derechos personalísimos, contiene límites.

³ BASSET, Úrsula, “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución”, *La Ley*, 01/07/2021, 1.

⁴ Ver, por ejemplo, ORGAZ, Alfredo, “El consentimiento del damnificado”, *RCyS* 2005-II, 113.

⁵ Cfr. TOBIÁS, ob. cit., 758-59.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EN LA LEY 26.529

a) *Las normas nacionales aplicables a la autonomía del paciente en relación con el consentimiento informado*

Las normas nacionales aplicables a la información que se debe suministrar en relación con la autonomía del paciente son los arts. 59 y 60 del Código Civil y Comercial (CCC) y los arts. 2º, inc. e), 5º, inc. g) y 11 de la Ley 26.529, sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (LDP) y el Decreto 1089/2012, reglamentario de la norma.

Conviene observar que, aunque las previsiones del CCC son posteriores a la última reforma de la LDP, esta es una ley dedicada especialmente al asunto. Por ello se ha dicho que, en general, ambos cuerpos normativos deben *integrarse*⁶. De esta manera, en determinadas circunstancias, es la LDP la que debe tomar preponderancia, como *lex specialis*, dictada específicamente para regular sobre la materia, realizada con la intervención de personal especializado y discutida más detenidamente que las normas del CCC. Estas últimas, además, reconocen en las primeras su fuente. Es más, el legislador del CCC pretendió incorporar en su texto las normas de diversas leyes, entre las que se encuentran, claramente, las de la LDP. Tal incorporación obliga a recurrir a la LDP para comprender adecuadamente las previsiones del CCC y para complementarlas e integrarlas.

En lo que respecta al derecho a la autonomía del paciente deben hacerse precisiones. En efecto, el CCC pretendió recoger en el inc. g) del art. 59, sobre consentimiento informado, el inc. g) del art. 5º de la LDP. El art. 5º de la LDP, por su parte, obliga a comunicar al paciente, como parte del contenido del consentimiento informado, el derecho a rechazar procedimientos médicos desarrollado en el inc. e) del art. 2º de la LDP.

Es decir, los arts. 59 inc. g) del CCC y 5º inc. g) de la LDP pretenden reeceptar la obligación de los agentes de salud de comunicar al paciente un derecho reconocido en el art. 2º inc. e) de la LDP. Lo correcto es ir a la regulación del derecho de que se habla –e informa– para aplicarlo

⁶ Cfr. TOBIAS, José W., ob. cit., 761 y 803-810. Por ello, por ejemplo, para las directivas médicas anticipadas deben seguirse las formalidades establecidas por la LDP, en tanto el CCC es menos exigente en cuanto a la formalidad del acto jurídico.

debidamente. Además –es importante remarcarlo– ni el inc. g) del art. 59 del CCC, ni el inc. g) del art. 5º de la LDP pueden entenderse sin la referencia al art. 2º de la LDP, pues su redacción es confusa y contradictoria, en sí misma y en relación con otros artículos⁷.

El inc. e) del art. 2º de la LDP, en lo que a este asunto respecta, reza:

“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 [...]. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

Tal como puede leerse, se regula el derecho a rechazar por parte del paciente ciertas prácticas “cuando sean extraordinarias o desproporcionadas”. El derecho puede ser ejercido por el paciente “que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”. La clave para juzgar la licitud del rechazo es que las medidas sean extraordinarias o desproporcionadas, un criterio que nos reenvía al concepto de eutanasia.

b) Concepto de eutanasia

⁷ En efecto, el inc. g) del art. 5º de la LDP contiene la siguiente frase: “de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal...”, lo que podría hacer pensar que no es necesario que el paciente se encuentre en un estadio terminal, basta con que sea irreversible o incurable. Pero en la misma oración se dice al final: “también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo *de ese estadio terminal irreversible e incurable*”. La lectura literal parece contradictoria: o solo se pueden rechazar procedimientos cuando el paciente se encuentra en estado terminal (que debe ser, además, irreversible e incurable), o no es necesario un estadio terminal. La misma contradicción existe en el inc. g) del art. 59 del CCC. La disyuntiva se soluciona con la fuente de ambos artículos: el art. 2º, inc. e) de la LDP y el Decreto 1089/2012.

En este apartado se expondrán algunos conceptos importantes para interpretar correctamente las normas en juego⁸. Etimológicamente, el término eutanasia proviene de la conjunción de dos palabras griegas que, unidas, significan “buena muerte”. Como tal, el término solo resulta apropiado con relación a la finalidad del acto que la realiza: evitar un sufrimiento al paciente. El Diccionario de la Real Academia Española aporta dos definiciones de eutanasia: “intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura” y “muerte sin sufrimiento físico”.

No existe un consenso universal sobre el concepto⁹. Sí existe consenso sobre ciertas ideas vinculadas a este: que la eutanasia implica terminar la vida de una persona humana, que se encuentra limitada al ámbito médico y que el efecto buscado tiene por finalidad beneficiar al paciente¹⁰.

La eutanasia puede ser definida como la acción (positiva u omisiva) del médico o agente de salud que, por aliviar el sufrimiento de un paciente, le causa la muerte¹¹. La eutanasia sería, entonces, la intención de causar la muerte a través de una acción (eutanasia activa) o de la omisión (eutanasia pasiva) de un cuidado debido, realizada para poner fin a un estado de sufrimiento.

⁸ Un tratamiento más detenido del tópico puede verse en MELCHIORI, Franco A., “Algunas cuestiones sobre el fin de la vida, la eutanasia y la alimentación e hidratación en pacientes en estado vegetativo”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 5, N° 1 (junio de 2024), 313-350.

⁹ Algunos autores, como KEOWN, clasifican las posturas en tres. Una postura es la que se desarrolla en el cuerpo del trabajo. Otra postura, que no será desarrollada aquí por las características de este trabajo, sostiene que la eutanasia solo consistiría en una conducta activa (v.g., aplicar al paciente una inyección letal). Keown comenta que para una tercera postura la eutanasia abarca también los actos y omisiones que tienen como consecuencia prevista acortar la vida del paciente aunque no busquen causarla de modo directo (cfr. KEOWN, John, *Euthanasia, Ethics and Public Policy*, Cambridge University Press, New York, 2018, 2ª Ed., 14-15). Al respecto de esta tercera postura, a nuestro modo de ver, la aplicación, por ejemplo, de sustancias para disminuir el dolor puede no ser eutanasia, aunque tenga como efecto no buscado el acortamiento de la vida del paciente.

¹⁰ Cfr. KEOWN, *Euthanasia...*, cit. 9-10.

¹¹ Sapag la define como “la provocación de la muerte de una persona por compasión o por piedad ante su sufrimiento”. Y luego profundiza –citando la Declaración *Iura et Bona* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe– con la siguiente frase: “es una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” (SAPAG, Mariano, “El Derecho ante la muerte. Consideraciones jurídicas y morales en torno a la ‘eutanasia’ y la ‘otonasia’”, *Revista de Derechos Humanos*, Vol. 1 (2010), 178).

Aceptar la existencia de una eutanasia *pasiva* parece la postura más adecuada pues, tanto jurídicamente, como desde la filosofía y la ética, la causa de un efecto puede deberse tanto a acciones como a omisiones. Aunque en el ámbito jurídico y en el terreno ético esto no es complejo de entender, algunos no logran diferenciar la adecuación del esfuerzo terapéutico y los cuidados paliativos de la llamada “eutanasia pasiva” y ponen el acento en la conducta externa del sujeto y no en el efecto y objeto del acto. Sería arbitrario no aplicar la misma consecuencia (jurídica o ética) a un acto omisivo que busca y causa el mismo efecto que una conducta activa, o similar consecuencia a una conducta omisiva que podría evitar un efecto lesivo cuando existe el deber de actuar para evitarlo¹².

La postura que incluye dentro del concepto de eutanasia a las conductas omisivas es la más ajustada a nuestro Derecho. Eso surge del juego armónico de las normas analizadas: 11 de la LDP y 60 del CCC –que obligan al médico a tener por no escritas las directivas médicas que impliquen prácticas eutanásicas–, por un lado, y, por el otro, los arts. 2º y 5º de la LDP y del art. 59 del CCC –que expresamente exigen que se pueden rechazar procedimientos médicos, vg. omisiones, solo si son extraordinarios o desproporcionados–. El concepto clave para analizar la licitud de las conductas omisivas es el de “proporcionalidad”. A su vez, estas normas citadas deben leerse a la luz de las normas de rango constitucional, entre las cuales ocupan un lugar particular los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto por sus reglas, cuanto por sus principios, como el principio *pro homine*, la prohibición de privar a alguien de su vida arbitrariamente y la obligación de proteger legalmente el derecho a la vida.

El modo correcto de entender la autonomía del paciente es afirmando que puede rechazar procedimientos siempre que no impliquen prácticas eutanásicas, es decir, siempre que sean extraordinarios o desproporcionados. La proporcionalidad se mide en relación con las circunstancias del paciente y a las características y consecuencias del tratamiento¹³.

¹² Cfr. KEOWN, *Euthanasia...*, cit., 13-14. Ver también los aportes del The Linacre Centre for Health Care Ethics, “Euthanasia...” cit., 46-48.

¹³ Algún autor ha propuesto la aplicación del principio de razonabilidad como método de análisis de la proporcionalidad del medio (cfr. SAPAG, Mariano, ob. cit., 181-183).

c) *La segunda oración del párrafo del inciso e) del artículo 2º de la LDP*

En este marco, en la segunda oración del párrafo analizado del inc. e) del art. 2º se dice: “También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

La redacción de la última oración no es muy cuidada, pero sí se manifiesta una clara intención del legislador de tratar de modo diferenciado la alimentación y la hidratación de las otras prácticas y exige que el paciente se encuentre en un estado terminal (“ese estadio terminal irreversible o incurable”). Al tratamiento diferenciado y a la clara expresión de la letra de la segunda oración sobre la necesidad de que la situación sea terminal, debe agregarse otro importante argumento: el Decreto 1089/2012, reglamentario de la norma, aclara expresamente en la parte pertinente que el paciente podrá rechazar la alimentación y la hidratación “cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal”¹⁴. Finalmente, una interpretación en ese sentido es acorde con todo el plexo normativo constitucional y la protección de la dignidad humana exigida por tantas normas (como, por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos). El texto, por lo tanto, permite el retiro de la alimentación e hidratación *solo* cuando el sujeto se encuentre en un estado *terminal*, que debe ser, *además*, irreversible o incurable. No basta con que el estado del paciente sea el de una enfermedad o lesión irreversible o incurable: su estado debe ser terminal¹⁵.

Asimismo, la interpretación de ese inciso (incluido el necesario análisis de la proporcionalidad del medio) en conjunto con el resto del articulado obliga a considerar este derecho en el marco de la prohibición del art. 11 de la LDP (y del art. 60 del CCC): el médico deberá aceptar los pedidos

¹⁴ El Dr. Andruet (h) propone una interpretación similar y efectúa un análisis más detallado de las posibilidades interpretativas de la norma (cfr. ANDRUET (h.), Armando S., “Elementos para una heurística adecuada del fallo sobre muerte digna de la Corte Suprema de la Nación (el caso ‘M. D.’)”, *SJA*, 19/08/2015, Cita online: AR/DOC/5198/2015, ap. II).

¹⁵ En alguna oportunidad se han mal interpretado estas normas y se ha seguido un criterio contrario a la letra de la ley y a su espíritu. Tal lo ha hecho la CSJN en el caso “D., M. A.” (cfr. CSJN, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, 7/07/2015, *cita Online*: AR/JUR/24366/2015).

del paciente con excepción de los que “impliquen desarrollar prácticas eutanásicas”, que “se tendrán como inexistentes”.

Por tanto, se podrá retirar la alimentación e hidratación cuando hacerlo no configure una práctica eutanásica (con el juicio de proporcionalidad del medio como eje y en el marco de lo que se explicará después). Ello solo puede darse de modo muy excepcional cuando el medio no cumpla su función o cuando resulte perjudicial para la salud del paciente.

3. NO EXISTE UN DERECHO A LA MUERTE, SINO UN DERECHO A VIVIR DIGNAMENTE HASTA EL ÚLTIMO INSTANTE

El título de este apartado no expresa una cuestión puramente teórica. No se trata solamente de un modo de hablar, sino también de un modo de pensar la situación, humana y jurídicamente. Es importante centrarse en la vida y su dignidad, porque es lo que mantiene en su existencia al ser humano y es lo que el derecho valora, protege y promueve. Solo desde esa perspectiva podrán tomarse decisiones justas.

Según Montero, quien fuera presidente del Instituto Europeo de Bioética, la frase “derecho a una muerte digna” “es un eufemismo que se utiliza para designar el ‘derecho a que otro nos dé muerte’. Bajo el legítimo pretexto de rechazar el empeño terapéutico, la expresión estigmatizada avala el hecho positivo de matar a alguien”. A continuación, el mismo autor aclara, “es evidente que este caso no puede asimilarse al hecho de dejar que la muerte acontezca, sin poner en práctica medios inútiles y desproporcionados”¹⁶.

Sí existe, por otro lado, un derecho “a *morir* con dignidad”. El proceso hacia la muerte biológica debe ser acompañado de tal forma que se le permita al paciente vivir con dignidad hasta el último instante. Sin embargo, ello está muy lejos de un “derecho a la muerte” que implique la posibilidad para el paciente de exigir que se le cause la muerte (por acción u omisión)¹⁷.

¹⁶ MONTERO, Etienne, “¿Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”, *Cuadernos de Bioética* 12, n.º 44 (2001): 28-29.

¹⁷ Etienne Montero en la obra citada también hace referencia a esta importante diferencia, afirma que toda persona tiene “el derecho a morir con dignidad, y aclara: “El derecho a una verdadera muerte digna conlleva una serie de prerrogativas: (...) el derecho a no sufrir inútilmente y a beneficiarse de las técnicas médicas disponibles que le permitan aliviar su dolor; el derecho a decidir su propio destino y a aceptar o rechazar las intervenciones quirúrgicas a las que le quieran someter; el derecho a rechazar los remedios excepcionales o

Se dice que no existe un “derecho a la muerte digna” por diversas razones¹⁸. En primer lugar, no hay consagración expresa ni implícita de un derecho a la muerte. Incluso la mal llamada ley de “muerte digna”, modificatoria de la Ley de los Derechos del Paciente, nunca menciona ese concepto y, por el contrario, se centra en la dignidad del paciente y el cuidado de su vida hasta el último instante, poniendo especial énfasis en acciones no eutanásicas y en rechazar expresamente la eutanasia.

En segundo lugar, tampoco podría decirse que sea parte del contenido esencial de algún otro derecho sí reconocido de modo expreso o implícito. Es claro que no podría ser parte del contenido esencial del derecho a la vida. Tampoco podría afirmarse que existe un “derecho a la muerte” que forme parte del contenido esencial del derecho a la privacidad o a la autodeterminación de la propia vida (libertad en relación con cómo vivirla). El derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación de la propia vida no confieren un derecho concreto a cada acto que la libertad humana, fácticamente hablando, permite ejercer. Implican esencialmente la no injerencia externa frente a la toma de decisiones; siempre, además, que tales decisiones “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” (art. 19 de la Constitución Nacional). Como dice Ollero, debemos salir del dilema “o delito o derecho”, existe lo permitido, lo tolerado, etc. El autor concluye: “No tenemos derecho, en sentido propio, a hacer todo lo no prohibido. Simplemente podremos hacerlo de hecho, sin que de ello deriven respuestas obligadas por parte del ordenamiento jurídico”¹⁹.

Que el derecho a la autodeterminación no implica por sí mismo un derecho a la muerte lo han dicho diversos tribunales a lo largo del mundo. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos y la Suprema Corte de Justicia

desproporcionados en fase terminal. Por el contrario, el presunto derecho a que el médico ‘ponga fin a su vida’ es de muy distinta naturaleza” (MONTERO, Etienne, ob. cit., 29).

¹⁸ Se ha seguido en estos argumentos principalmente el trabajo de Sapag (SAPAG, Mariano, ob. cit., 176-177).

¹⁹ OLLERO, Andrés, “Eutanasia y Multiculturalismos. Derecho, moral y religión en una sociedad pluralista”, *Cuadernos de Bioética* 12, n.º 44 (2001): 50. Ver también, por ejemplo, Velasco Suárez explica claramente estas ideas afirmando que “no todo lo que no es delito está permitido” y “no todo lo permitido es un derecho”. El autor afirma que una conducta contraria a la naturaleza humana no puede ser un derecho, aunque a veces pueda ser tolerada (VELASCO SUÁREZ, Diego, *Eutanasia y dignidad. Perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica de un debate*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2021, 148-150).

de la Provincia de Buenos Aires son algunos ejemplos²⁰. Otros operadores jurídicos que piensan en la misma línea aportan sus propios argumentos²¹.

Por otro lado, si se supusiera que el mentado “derecho” o “libertad” de decidir siempre cómo y cuándo morir existiera —que, repito, no puede existir—, esa “libertad” no podría incluir la potestad de exigir que otro me mate, por acción u omisión. Es decir, si existiera, podría incluir la posibilidad del suicidio, pero no del suicidio asistido ni de la eutanasia, activa o pasiva. Si yo pudiera exigir una conducta de un tercero, me estaría inmiscuyendo en la libertad de otro. Siendo más concreto, si existiera la mencionada “libertad”, permitiría que una persona pueda dejar de alimentarse a sí misma, pero no la potestad de exigir al personal médico que no la alimente, por ejemplo, o evite poner los medios terapéuticos ordinarios. En estas últimas situaciones

²⁰ De la Suprema Corte de los Estados Unidos ver los casos *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health* (497 U.S., 261 (1990)), *Washington v. Glucksberg* (521 U.S., 702 (1997)) y *Vacco v. Quill* (521 U.S., 793 (1997)). Ver el detenido análisis de los últimos dos que realiza GORSUCH, Neil M., *The future of assisted suicide and eutanasia*, Princeton: Princeton University Press, 2006, 8-18 y un análisis desde una mirada especial que hace ZAMBRANO, María del Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires: Ábaco, 2005, 185-211.

De la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ver “*S. M. d. C. S/Insania*”, 09/02/2005. En el voto del juez Pettigiani puede leerse: “La existencia de un pretendido ‘derecho a la muerte’ no puede ser sostenida si se lo entiende como la consagración de una voluntad caprichosa de poner fin a la propia vida” (ver los últimos párrafos del ap. c) de su voto).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que no surge de las normas aplicables que el derecho a la autodeterminación incluya como derecho exigible para ser reconocido por todos los Estados de la Unión Europea el derecho a decidir en cualquier circunstancia que se le provoque la muerte, por eso no vio la despenalización de todas las prácticas eutanásicas o asistencia al suicidio como algo exigible a los estados (cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pretty vs. United Kingdom*, 29/04/2002, ap. 39). Se ha dicho que para el tribunal no existen en el convenio razones suficientes para obligar a la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido a los Estados firmantes, sino que el tribunal deja librada la cuestión al “margen de apreciación” de cada uno, margen en el que puede incluirse tanto la penalización como la despenalización siempre que el Estado muestre el cuidado debido por sus ciudadanos de su derecho a la vida (CÁMARA VILLAR, G., “La regulación de la eutanasia y del suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXVII (2021), 459).

²¹ Sambrizzi tiene dos capítulos en su obra (unas 50 páginas) titulados “Sobre la inexistencia de un derecho a disponer voluntariamente de la propia vida”, en los que desarrolla los argumentos a favor, rebatiéndolos, y en contra de una posible existencia de un derecho a disponer voluntariamente de la propia vida (SAMBRIZZI, Eduardo A., *Derecho y eutanasia*, Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley, 2005, cap. IV y V).

intervienen terceros. Allí, la distinción entre mera libertad y derecho es determinante. Lo importante es no dar erróneamente el salto de “no está prohibido” (que, repito, el Estado intenta evitarlo y resguardar la dignidad) a “tengo derecho a que me asistan para el suicidio, a que me apliquen una inyección letal”.

Según lo dicho hasta hora, el derecho a la propia muerte no existe, ni en sí mismo ni como parte del contenido esencial de un derecho reconocido. Pero ¿podría existir? Parece que no podría ser reconocido so pena de incoherencias o inconsistencias con derechos reconocidos y con la lógica del ordenamiento y el funcionamiento de los derechos humanos (de su vertiente positiva).

Por una parte, se estaría reconociendo un derecho que atentaría contra el bien básico “vida”, que sí se encuentra expresamente reconocido y se protege, incluso, por sobre la voluntad del titular, pues su disponibilidad no es absoluta. La muerte no es un bien básico que deba ser protegido, sino la negación del bien básico “vida”. Además, piénsese en un derecho humano a la muerte que el Estado, conforme la llamada “faz positiva de los derechos fundamentales”, deba procurar, asegurar, promover²².

²² Sapag, hablando de este último aspecto, afirma que la idea del Estado que promueve un derecho a la muerte parece ridícula (SAPAG, Mariano, ob. cit. 178).

**CONSENTIMIENTO FORMADO E INFORMADO: UNA PROPUESTA DE
ARMONIZACIÓN ENTRE LA ELECCIÓN DE TRATAMIENTOS Y LA
ACTUACIÓN MÉDICA**

Por Federico G. Menendez¹

I. CONCLUSIONES

1. En el marco de la relación sanitaria, la libertad de actuación médica del profesional debe armonizarse con la libertad de elección de tratamientos del paciente.

2. En el marco de la relación sanitaria, la existencia de una finalidad terapéutica resulta indispensable para el ejercicio legítimo y armónico de la libre actuación médica y la libre elección de tratamientos.

3. En el marco de la relación sanitaria, los medios terapéuticos propuestos por el profesional y elegidos por el paciente deben resultar técnicamente idóneos para la curación de este último o la promoción de su salud, conforme a los estándares de la ciencia, a partir de la evidencia científica disponible.

4. En el marco de la relación sanitaria, la estrategia terapéutica elegida libremente por el profesional debe ser compatible con el proyecto vital del paciente y previamente consentida por este último.

5. En el marco de la relación sanitaria, la libertad de elección de tratamientos no incluye el derecho a exigir una estrategia terapéutica con la que el profesional disienta basado en fundamentos técnico-científicos.

6. En el marco de la relación sanitaria, el médico tiene la facultad (y a veces el deber) de rechazar estrategias exigidas por el paciente o por agentes externos, cuando hubieran argumentos técnico-científicos que lo lleven a considerar dicha actuación como inadecuada para la promoción de la salud del paciente.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de La Matanza, Magíster en Derecho Administrativo, Diplomado en Teoría del Derecho y de la Argumentación Jurídica y Doctor en Derecho por la Universidad Austral. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo II (Carrera de Abogacía), y profesor de posgrado de Potestad de la Administración y garantías del administrado (Maestría en Derecho Administrativo), y en las Diplomaturas de Derechos Humanos y de Derecho Sanitario. Coordinador de la Carrera de Abogacía y de la Maestría en Derecho Administrativo.

II. FUNDAMENTOS

1. LA PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN ENTRE LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA Y DE ELECCIÓN DE TRATAMIENTOS

Como es sabido, para no devenir antisocial, todo derecho debe compatibilizarse con otros espacios de libertad ajenos a él y con exigencias de orden general. Desde una postura armonizadora², analizaremos algunos escenarios donde tienen cita la libertad de actuación médica y la de elección de tratamientos³.

Ambos derechos, *in abstracto*, requieren ser especificados con elementos doctrinales, legales y jurisprudenciales, que determinen el ámbito correcto y jurídico —es decir legítimo— de su ejercicio. Para ello, estudiaremos estos derechos con la mirada puesta en su finalidad y los bienes que protegen. Mostraremos también otras manifestaciones que se encuentran fuera de este ámbito, por resultar ilegítimas o no tutelables. Algunas podrán parecer *prima facie* incluidas en el contenido del derecho, o al menos ofrecer duda sobre su pertenencia a este grupo (ámbito material), y otras serán intuitiva y rápidamente excluidas por el lector, ya que —como se verá— no guardan vínculo alguno con las libertades analizadas (ámbito excluido)⁴.

De esta manera, se podrá concluir sin necesidad de jerarquización *a priori* ni *a posteriori* que no toda actuación materialmente médica está comprendida en el derecho a la libertad de actuación, ni toda decisión del paciente materialmente autónoma integra el ámbito formal de libre elección.

² Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000 y del mismo autor, *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, 1ª Ed.

³ Lo que se expondrá, no deja de ser un modelo, una abstracción limitada de la compleja realidad de los derechos en la relación médico paciente. Con la presente exposición se busca dar visibilidad a la libertad de actuación médica y sus límites en la relación sanitaria.

⁴ Para una mejor comprensión de la delimitación de los ámbitos material y formal en la regulación de derechos, recomendamos: TOLLER, Fernando María, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2005, Tomo II, pp. 1262-1267.

2. LA NECESARIA FINALIDAD TERAPÉUTICA EN LA RELACIÓN SANITARIA

Es sabido que todo el despliegue de la actividad médica tiene como principal objetivo “promover, proteger, curar y rehabilitar la salud física y mental de los individuos”⁵. Esta misma idea ha sido recogida por la OMS al afirmar solemnemente que el fin de la atención médica consiste en “poner al alcance de las personas y sus familias, los recursos de diagnóstico temprano, de tratamiento oportuno y de rehabilitación, de prevención médica y de fomento de la salud”⁶. El carácter terapéutico de la finalidad sanitaria ha sido reconocido tanto por la normativa⁷ y la doctrina⁸, como por la jurisprudencia nacional⁹ e internacional¹⁰. En esta línea, al identificar a la medicina como

⁵ FELD, Simon, *et al.*, *El control de la Atención Médica*, López, Buenos Aires, 1978, p. 55.

⁶ Declaración de Alma Ata de la OMS de 1978. En igual sentido, SONIS, Abraam *et al.*, *Medicina Sanitaria y Administración de Salud*, El Ateneo, Buenos Aires, 1978, Tomo II.

⁷ Por ejemplo, el artículo 32° de la Ley General de Salud mexicano, el artículo 8° de la Ley argentina 16.463, artículos 13° y 56° de la Ley argentina 17.132, entre otros. La doctrina la ha definido igual. Cfr. MIRKOVIC, Aude y ANDORNO, Roberto, “Nueva ley francesa de bioética del 2 de agosto de 2021. Análisis crítico de sus disposiciones en materia de procreación asistida”, *SJA* 4 (2021), p. 15, cita online TR LALEY AR/DOC/3285/2021 y CANTAFIO, Fabio Fidel, “Teoría general sobre el uso compasivo de medicamentos”, *DFyP* (2021), p. 189.

⁸ Cfr. BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1994, 2a Ed., p. 69; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, Tomo I, pp. 361-362; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho médico peruano*, Editorial Grijley, 2006, 2a Ed., p. 56; GARAY, Oscar Ernesto, “El médico. Conceptos generales”, en AA. VV., *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y jurídica: civil y penal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 56; VERA CARRASCO, Oscar, “Aspectos éticos y legales en el acto médico”, *Rev. Med. La Paz* 19 (2013), p. 73; entre muchos otros.

⁹ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 3 DE CONCORDIA, *B., O. A. y V., N. G. s/ medida autosatisfactiva*, 2016; CACAMDP, *S., G. y otro c/ IOMA*, sentencia del 24 de noviembre de 2012; CNACCF, Sala III, *D. S., W. c/ Sanatorio Colegiales S.A y otros*, sentencia del 25 de febrero de 2010, entre muchos otros. Asimismo, cfr. BELITZKI, Luis, “Daños y perjuicios causados en el ejercicio de la medicina en la jurisprudencia de la provincia de Córdoba”, *Jurisprudencia Argentina*, cita online 0003/70023317-1.

¹⁰ Cfr. CIDH, *Palacio Urrutia y otros c/ Ecuador*, Serie C 446, 2021, del voto del Dr. Zaffaroni, punto 109 y del mismo tribunal, *I. V. c/ Bolivia*, Serie C 329, 2016, puntos 313 y 314.

un arte y ciencia que se propone conocer para curar, es obligado sostener que todo el despliegue dentro de su marco deberá convenirse con su finalidad.

Adentrándonos en los derechos en juego, la libertad de actuación hace posible que el profesional obre conforme a ese conocimiento científico en beneficio del paciente. En efecto: en cuanto finalidad primera o inmediata, la libre actuación médica permite que el profesional opere guiado por los más altos estándares médicos, conforme lo determina para el caso la *lex artis ad hoc*. Así lo establecía el Superior Tribunal Español, al identificar esta libertad con la aptitud del profesional de elegir la solución más ventajosa para el bienestar del paciente, proponiendo los recursos que parezcan idóneos para el caso, de acuerdo con el estado de la ciencia¹¹. Con este enfoque, se busca que el profesional actúe con independencia de criterio, solo inspirado por los postulados de la *lex artis*¹² (general y abstracta), los cuales subsume para el caso en la *lex artis ad hoc*¹³ (individual y concreta).

Como se advierte, la libertad de actuación no es un bien autorreflexivo, sino que se encuentra al servicio de un bien ajeno como es la salud del paciente. Por este motivo, se reconoce que esta libertad presenta un carácter instrumental o vicarial. Dicho en otros términos, de manera mediata o secundaria, este derecho protege un bien que, por sus efectos, trasciende al propio profesional. La protección de esta libertad no solo

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL ESPAÑOL, SALA PRIMERA DE LO CIVIL, Recurso Número 2297/1999, Resolución N.º 125/2006 del 8 de febrero de 2006, Fundamento Jurídico 3º.

¹² PACHECO GÓMEZ define a *lex artis* como “una serie de reglas técnicas o procedimientos generales, aceptados por la ciencia médica, que son aplicables a situaciones similares; no obstante, como en toda la práctica médica, hay que atender el caso en concreto”. PACHECO GÓMEZ, Alejandro, *Legitimación del acto biomédico*, Editorial Alfil, México D.F., 2011, p. 77. De igual manera, cfr. MARTÍN LEÓN, Antonio. “Lex artis y protocolos médicos” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009, pp. 477-486, entre muchos otros.

¹³ Sobre el concepto de *lex artis ad hoc*, cfr. VÁZQUEZ LÓPEZ, J. Enrique, “La «Lex Artis ad hoc» como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”, *Cuadernos de Medicina Forense* 16 (2010), pp. 179-182; en similar sentido, SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “Delimitación jurídica y contenido de la denominada «lex artis» médica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 728 (2007), pp. 8-9 y MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996, p. 17.

resguarda el ejercicio libre de la profesión, sino teleológicamente, como finalidad segunda, la salud de los pacientes.

En el caso de la libre elección de tratamientos, su finalidad descansa en que el paciente pueda elegir el procedimiento terapéutico más compatible con su proyecto vital. Por ser reflejo de la autodeterminación, la facultad de elegir entre distintos tratamientos disponibles permite identificar al destinatario de la práctica médica como un agente moral independiente, de ordinario capaz de asumir decisiones para su vida.

Naturalmente, la elección de tratamientos debe responder a una finalidad curativa útil, pues su autonomía, no puede desvincularse de la autotutela de su integridad corporal. En el marco de la relación sanitaria, la autodeterminación se encuentra intrínsecamente emparentada con la preservación de la integridad física y psíquica del paciente. Entender la autodeterminación como exaltación del yo ilimitado, resultaría incompatible con la naturaleza de la relación médica, pues no se ordenaría a la finalidad que le dio origen al punto tal que su aceptación por parte del médico podría constituir un caso de medicina complaciente. A este respecto, ya sostenía HIPÓCRATES que

[u]n vendaje es propio de la medicina, si está hecho para beneficiar al paciente. [...] Hay que descartar los vendajes elegantes y teatrales que en nada benefician. Pues eso es un alarde vulgar y por completo fanfarrón, que a menudo produce daño al paciente. Y el enfermo no busca el adorno, sino lo conveniente.¹⁴

Si el fundamento de la relación sanitaria se encuentra en esa comunidad de personas que busca tratar la enfermedad y promover la salud, será legítima toda finalidad que tenga por objeto un fin terapéutico, es decir que esté ordenada a curar o mejorar un cuadro patológico, respetando los intereses del paciente. Es por ello que, como recaudo previo al análisis, se debe explorar y diagnosticar —es decir, identificar— la existencia de una patología actual o potencial. Algunas veces, estos procesos podrían verse

¹⁴ HIPÓCRATES, *Tratados hipocráticos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990, Tomo I, p. 176.

difuminados entre las solicitudes desmedidas del paciente y los afanes de progreso del hombre de ciencia.

Vale agregar que esta finalidad tiene de trasfondo el respeto de la dignidad de la persona, la cual no debe ser tomada como instrumento, sino como fin en sí mismo. Esta idea ha sido recogida en el orden deontológico-internacional¹⁵, constitucional, convencional¹⁶, legal¹⁷ y reglamentario¹⁸. Por una parte, prácticas contrarias a esta finalidad, tales como la prescripción de medicación o la internación involuntaria para castigar, se encuentran fuera del ámbito formal y material del derecho de libertad de actuación. Por otra, en relación al paciente, solicitudes de este estilo subvierten el fin de la medicina colocando al profesional como mero ejecutor de un deseo irracional para el cual no ha sido formado.

3. LA IDONEIDAD TÉCNICA A LA LUZ DE LA EVIDENCIA COMO RECAUDO DE RAZONABILIDAD

El examen específico de la idoneidad terapéutica constituye un juicio técnico que escapa a la formación del abogado. No obstante, el análisis de la adecuación entre los medios propuestos y la finalidad, integra un juicio lógico y prudencial que puede realizar cualquier letrado. Por este motivo, es posible juzgar si una determinada estrategia se condice con la inclinación de la relación médica, esto es: la promoción, mejoría o curación del paciente a través de un tratamiento compatible con su proyecto vital.

En la ciencia médica, el profesional realiza para cada caso un juicio de adecuación técnica. El galeno hace un análisis de razonabilidad terapéutica (también llamado “de idoneidad técnica”) en el que sopesa las circunstancias del paciente y las subsume en la *lex artis* a fin de dar con un tratamiento útil. Este análisis se realiza dentro de un ámbito de discrecionalidad médica. Allí, en principio, el jurista tiene vedado ingresar, pudiendo eventualmente someterlo a control cruzado con otros profesionales de la salud. En caso de que el galeno sometiera su juicio técnico a los

¹⁵ Cfr. Declaraciones de Lisboa y Ginebra sobre los derechos del paciente de la Asociación Médica Mundial.

¹⁶ Cfr. artículos 1º y 2º del Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, 1997.

¹⁷ Cfr. artículos 12º y 20º de la Ley argentina 26.657 de Salud Mental.

¹⁸ Cfr. art. 2º, inc. b) del Anexo del Decreto 1089/2012.

imperativos propios de una subordinación externa, la decisión se encontraría claramente viciada¹⁹. De hecho, como sostienen distintos cuerpos deontológicos, “ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”²⁰.

Es un hecho evidente que en el estado actual de la ciencia, los profesionales no pueden obrar con terapias ya superadas por el conocimiento científico. Los estándares actuales de la medicina basada en evidencia dejan atrás la práctica médica fundada en la intuición o en el dato anecdótico. Como se viene desarrollando, la libertad de actuación consiste en la facultad de elección, entre distintas opciones disponibles, de aquella que resulte más conveniente para el paciente, luego de haber analizado la validez, utilidad, seguridad y eficacia, conforme el estado de la ciencia.

Los casos en los que el paciente solicita un tratamiento inútil, pueden estar motivados por la desesperación, la angustia, o —seguramente serán los menos— el mero capricho. Por ejemplo: solicitar antibióticos para un resfriado, la extracción de un molar para acallar una molestia, la sedación por un plazo superior al necesario para evitar la incomodidad del postoperatorio, etc. En estos supuestos, luego de informar debidamente lo inadecuado o inaceptable del pedido, el médico se encuentra dispensado de actuar²¹. Al configurarse estos casos, la obligación del profesional se limita a brindar la información sanitaria al enfermo y discontinuar la atención a fin de no incurrir en el ejercicio de una medicina adicta. En estos casos y según las categorías que venimos comentando, el paciente no estaría haciendo un uso regular, sino un ejercicio abusivo de su libre elección. El hecho que el médico asesore al paciente y procure su bienestar conforme a su proyecto vital, no lo transforma en un servidor ciego y obediente obligado a complacer todas sus solicitudes, pese a considerarlas inadecuadas por

¹⁹ Cfr. DE FREITAS DRUMOND, José Geraldo, “Ética de la pericia médica”, *Gacetilla interna científica forense* 2 (2012), pp. 1-5.

²⁰ Artículo 48° del Código de Ética de la Asociación Argentina de Biología y Medicina Nuclear, 2020. En el mismo sentido, artículo 19° del Código Internacional de Ética para los Profesionales de la Salud Ocupacional de la *International Commission of Occupational Health*, 2002 y artículo XVI del Código de Ética Médica brasileño, entre otros.

²¹ Cfr. artículo 10.10 del Código de Ética médica español de la Organización Médica Colegial sancionado en 2022 y artículo 2.1 del Manual aprobado por la Resolución 1049/21 del Ministerio de Salud de la Nación argentina.

razones de ciencia o de conciencia²². A este respecto, afirma RODRÍGUEZ RIVERA que

[e]l enfermo tiene una infinidad de derechos, pero lo que espera del médico es finalmente que él haga lo mejor, es decir que le brinde una atención concienzuda, diligente y conforme al estado de los conocimientos científicos.²³

4. EL RESPETO DEL CONSENTIMIENTO FORMADO E INFORMADO

Llegados a este punto, puede sucedernos que encontremos casos donde la actuación del médico y del paciente resulten adecuadas para lograr los fines de la relación sanitaria. Pero es necesario dar un paso más. Es hora de abordar plenamente la configuración del ámbito formal de ambos derechos y su delimitación de la esfera material. Como ha dicho DÍEZ FERNÁNDEZ, “[e]l núcleo de la cuestión estriba [en] encontrar el punto de equilibrio necesario entre los deseos del paciente y la libertad y responsabilidad del médico”²⁴.

En algunos casos, sin perjuicio que el análisis de idoneidad técnica sea sorteado con éxito (pues las medidas son adecuadas y probadas) puede que se desconozca la libertad de elección de tratamientos o de actuación médica. Por ejemplo, puede suceder que el profesional realice una determinada práctica conforme a los más altos estándares científicos, como una transfusión sanguínea correctamente indicada. Sin embargo, resultará reprobable si desoye el rechazo previo del paciente Testigo de Jehová, ya que la terapia resultó incompatible con el proyecto vital informado con antelación. De este modo, a pesar de que en el obrar profesional no hubieron óbices científicos, el ejercicio de ese derecho devino irrazonable por afectar la elección del paciente. Por tanto, obrar conforme a estándares científicos con independencia de criterio, es una condición necesaria pero insuficiente para ejercer razonablemente la actuación médica. En el ejercicio del diagnóstico, prescripción y tratamiento, es necesario que el profesional

²² Cfr. UROSA, Claudio, “La autonomía en el ejercicio clínico”, *Medicina Interna* 30 (2014), p. 174.

²³ RODRÍGUEZ RIVERA, Luis, *La clínica y su método. Reflexiones sobre dos épocas*. Ediciones Díaz de Santos. Madrid, España, 1999, p. 53.

²⁴ DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de Ley andaluza de muerte digna”, *Cuadernos de Bioética* 21 (2010), p. 59.

compatibilice esa actuación médicamente adecuada, con las expectativas del paciente.

Del otro lado, el paciente también puede obrar interviniendo en la decisión médica conforme al estado de la ciencia, solicitando un tratamiento terapéutico entre los distintos disponibles por la *lex artis*. Sin embargo, puede desconocer el derecho a la libre actuación médica, si con su decisión pretende sustraer del profesional la facultad de elegir qué tratamientos considera más efectivos y eficientes. En los hechos, el paciente intentaría reemplazar la figura del profesional, con su “propio criterio médico”. Y así, más allá que en el obrar del paciente no existan reparos científicos (pues ambos tratamientos son compatibles con el proyecto vital) el ejercicio de ese derecho deviene irrazonable por afectar la libre actuación médica. En la práctica, significaría una intromisión indebida en el ámbito de discrecionalidad médica. Para que el ejercicio de la libertad de elección de tratamientos resulte razonable, es necesario que el paciente compatibilice esa decisión autónoma con el estado de la ciencia y la libre actuación profesional.

Se infiere, pero hay que destacarlo: la libertad de elección habilita al paciente a rechazar o aceptar terapias incluso en los casos donde se encuentra en riesgo su vida, pero no trae de suyo la facultad de exigir para sí la aplicación de un determinado tratamiento contrario a la evidencia científica²⁵ o al criterio profesional. Como sostiene PARDO, la legítima autonomía del paciente debe respetarse pero

el médico también tiene algo que decir en la relación médico/paciente, y no es un mero asalariado bajo las órdenes del enfermo, ni su único objetivo es causar el bienestar. Por tanto, del mismo modo que se espera que el médico respete al paciente, debe esperarse el respeto en sentido opuesto.²⁶

²⁵ La jurisprudencia europea parece llegar a la misma conclusión en los casos donde se contienen decisiones al final de la vida. Cfr. TEDH, 3ª Sección, *Mortier c/ Bélgica*, Asunto N.º 78017/17, 2022, apartados 119 y 138. En el mismo sentido, *Pretty c/ Reino Unido*, Asunto N.º 2346/02, apartado 40, 2022 y *Lings c/ Dinamarca*, Asunto N.º 15136/20, apartado 52, 2022.

²⁶ PARDO, Antonio, “¿Qué es la salud?”, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* 41 (1997), pp. 4-9.

En este sentido, la libertad de elección del paciente se encontrará dentro del ámbito formal siempre que resulte conforme a la *lex artis ad hoc* y respete la libre actuación médica. Así, todo comportamiento del paciente que sea contrario a la ciencia médica o siendo ajustada a ella, no respete la libertad de actuación, será una conducta ilegítima, meramente material. Haciendo una analogía con la figura del *consentimiento informado* —ámbito por antonomasia donde el paciente participa de la estrategia terapéutica y expresa su decisión—, deberíamos decir que el paciente debe respetar el *consentimiento formado* del profesional.

Por otro lado, el ámbito formal de la libertad de actuación incluye la prestación del servicio médico elegido por el profesional conforme a la *lex artis ad hoc* mientras que la conducta médica sin evidencia científica o con ella pero incompatible con el proyecto vital del paciente será sólo un reflejo, un ámbito de actuación material.

5. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN EN FAVOR DEL PACIENTE

La protección jurídica de la vida y la salud del paciente puede concretarse de múltiples formas. De manera eminente, ambos pueden garantizarse por dos medios: el primero, directo y absoluto, a partir del reconocimiento de derechos y políticas sociales que brinden acceso a recursos sanitarios; el segundo, indirecto y relativo, a través de la promoción y defensa de aquellos bienes y derechos que facilitan su realización.

Como se ha visto, la libertad de actuación es un derecho al servicio de la vida y la salud del paciente. El carácter vicarial que tiene la libertad de actuación permite al médico garantizar la calidad y eficiencia de la asistencia médica, tanto a nivel personal como institucional²⁷. Puede decirse que en toda defensa de la libertad de actuación médica, se encuentra implícita la defensa de la vida y la salud de los pacientes. Con esta idea, se entiende que el *consentimiento formado* del médico sea irrenunciable, pues se justifica en la protección del paciente como destinatario final de la práctica médica. Su carácter irrenunciable prohíbe que el profesional realice concesiones con los

²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre la atención de pacientes con ideación autolítica en urgencias: aspectos legales”, *Revista Asociación de Especialistas en Neuropsiquiatría* 36 (2016), p. 334. En el mismo sentido, cfr. PÉREZ SARAVIA, Manuel, “Jornadas de formación sobre biosimilares para reumatólogos de todo España”, *Revista del Consejo andaluz de colegios de Médicos* 110 (2015), p. 52.

enfermos, fuera de las instrucciones que le impone el correcto ejercicio de la práctica médica. Esta parece ser la inteligencia seguida recientemente por la Academia Nacional de Medicina en su última declaración. Allí ha recordado el valor de la libertad de actuación profesional y la objeción de ciencia médica como conceptos fundamentales en la promoción de una atención médica de calidad al servicio del paciente²⁸.

Distinto es el caso del *consentimiento informado* del paciente el cual es renunciabile pues aquél puede diferir —por varios motivos— la elección de un tratamiento a otras personas o al profesional.

²⁸ Cfr. Academia Nacional de Medicina, *Declaración sobre Libertad de actuación profesional y objeción de ciencia médica*, 3 de julio de 2024, disponible en <https://anm.edu.ar/libertad-de-actuacion-y-objecion-de-ciencia/>. En el mismo sentido, cfr. MENENDEZ, Federico G., “Libertad de actuación y objeción de ciencia en el ejercicio de la profesión médica”, Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral el 4 de diciembre de 2023, disponible en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/2581>.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA DEL ABORTO

Por Ángel Luis Moia¹

I. CONCLUSIONES

1. La práctica del aborto debe respetar las pautas de consentimiento informado previstas por el art. 59 C.C. y C. y la ley 26.529, ajustadas a las disposiciones de las leyes 27.610 y 27.611
2. El profesional interviniente debe informar a la mujer con la mayor amplitud posible de las alternativas existentes a la práctica del aborto, según el derecho vigente y los principios de ley 27.611.
3. El profesional interviniente debe proporcionar información clara y completa de todos los riesgos derivados de la práctica, según las circunstancias del caso.
4. La información que se le debe proporcionar a la mujer debe ser acompañada de los estudios actualizados y adecuados a la etapa de gestación, que puedan contribuir con la toma de la decisión de realizar la práctica.

II. FUNDAMENTOS

1. LA PRÁCTICA DEL ABORTO EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO Y LA INTEGRACIÓN NORMATIVA SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La admisión de la práctica del aborto en nuestra legislación mediante la ley 27.610 requiere de la adecuada integración de su texto con respecto al resto del ordenamiento. En particular su consideración dentro de los respectivos actos médicos, en tanto así se considere a esta práctica.

La ley específica prevé el ejercicio del así considerado derecho, estableciendo en su primer artículo su carácter de reglamentaria del mismo. La norma fija como eje de su aplicación la autonomía de la voluntad de la mujer (arg. art. 5 inc. d), previendo conjuntamente el acceso a la información

¹ Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil I (Parte General) en la misma Facultad.

como un derecho esencial el acceso a la información (inc. e). Según este mismo apartado, la información debe ser adecuada y completa.

Las escuetas referencias que se hacen a la información deben integrarse con las normas generales establecidas para las prácticas vinculadas con la salud de las personas. Así, resulta claro que las disposiciones del art. 59 C.C. y C. deben conjugarse con las expresamente previstas por la ley especial y con la ley de derechos del paciente (26.529).

A su vez, no puede pasarse por alto que la aprobación de la ley de aborto no fue un acto aislado, sino que fue acompañada por la ley nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (27.611). Tanto en el debate parlamentario como en su aplicación, se predicó la necesidad de entenderlas como una unidad en las políticas de estado.

La conjugación de ambas leyes indica una orientación material, coherente con las fuentes de grado superior que garantizan el resguardo de la dignidad de la persona humana. Prueba de ello es la expresa declaración que, a nivel legal predicán tanto la ley 27.610 (art. 3).

De este modo, la realización de la práctica exige el cabal cumplimiento de las previsiones del art. 59 C.C.y C., art. 3 ley 26.529 y concordantes, según el sentido de estas normas.

2. LA INFORMACIÓN A PROPORCIONAR EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 59 C.C. Y C.

El ejercicio de la libertad de la mujer y su consecuente autonomía - como lo postula el reconocimiento de la práctica del aborto-, exige como presupuesto el contar con información suficiente, adecuada y completa sobre la práctica en cuestión.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*el consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual*” (I.V. c/ Bolivia).

En estos términos, el profesional interviniente debe adecuar el contenido de dicho artículo en función de la realidad propia de la práctica del aborto. Así, cuando la norma impone el deber de informar sobre los procedimientos alternativos (inc. e), que no pueden agotarse en otras intervenciones médicas, sino también en las alternativas de tipo jurídicas y sociales que tengan relación con las causas del pedido de aborto.

Según los principios de ambas leyes especiales, el aborto como tal es una cuestión multicausal que no puede asumirse con una solución abstracta en sí misma. Por ello, debe adecuarse la información sobre la cual se decida sobre la práctica.

3. EL PROFESIONAL INTERVINIENTE DEBE PROPORCIONAR INFORMACIÓN CLARA Y COMPLETA DE TODOS LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA PRÁCTICA, SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

La realidad de esta práctica tiene aristas singulares en cuanto a la comunicación de los riesgos previsibles derivados de la práctica. En concreto, se han relevado una serie de repercusiones en el campo de la salud mental -más allá de las calificaciones legales- que se han categorizado como “*síndrome post aborto*” Este refiere a las derivaciones de esta práctica en tanto una experiencia traumática, de duración prolongada y que la misma ley 27.610 prevé sea materia de tratamiento médico (arg. arts. 1,2 inc. c, 5, 10 in fine).

No obstante la expresa previsión legal de su abordaje, el compromiso a la salud de la mujer exige su anociamiento previo, a fin de que sea considerado al momento de aceptar la realización de la práctica.

Si bien esta referencia no agota el contenido de la información relevante a brindar, da cuenta de las aristas especiales que exige el ajuste de las normas al caso concreto del aborto. Todas las normas involucradas señalan la necesidad de considerar la salud de la mujer desde una perspectiva integral, que comprende la dimensión de la salud mental. Es en este campo donde los estudios más actuales dan cuenta de las mayores repercusiones, aún cuando la intervención haya sido clínicamente exitosa.

4. LA INFORMACIÓN QUE SE LE DEBE PROPORCIONAR A LA MUJER DEBE SER ACOMPAÑADA DE LOS ESTUDIOS ADECUADOS A LA ETAPA DE GESTACIÓN, QUE PUEDAN CONTRIBUIR CON LA TOMA DE LA DECISIÓN DE REALIZAR LA PRÁCTICA.

El paulatino avance de la técnica médica impone una relectura dinámica de las exigencias que acompañan y fortalecen a la información a proporcionar a la mujer. Entre los derechos esenciales del paciente, el de gozar de los beneficios de los adelantos técnico-científicos, en especial en lo que hace a la preservación de su salud.

De esto se deriva que, junto con las explicaciones que el cuerpo médico debe brindar documentadamente, según el grado de avance del embarazo, deben proporcionarse a la mujer los estudios que muestren en concreto su realidad. Siguiendo el estado del arte en la medicina, existen estudios, como las clásicas ecografías o el más actual ultrasonido, que permiten dar cuenta del estado real y actualizado de la gestación.

No se trata de tratamientos exorbitantes ni invasivos, por el contrario, basta con repasar la legislación comparada para corroborar que se trata de estudios ordinarios que permiten acompañar el desarrollo del embarazo. En el caso del aborto como práctica, y según las pautas de la ley 27.611 (v.gr. art. 22), estas constancias deben integrar la información que se le brinde a la mujer como parte de las exigencias de la normativa vigente.

El profesional interviniente debe colaborar con la mujer gestante para que comprenda el contenido de estos estudios. Se trata de una exigencia de claridad (arg. art. 59 C.C. y C., art. 3 ley 26.529) a fin de que la gestante pueda decidir sobre la realización de la práctica con cabal conciencia de su estado.

CONSENTIMIENTO INFORMADO: POSIBILIDAD DE DELEGACIÓN

Por María Cristina Mourelle de Tamborenea¹

I. CONCLUSIONES

1. Los padres puedan por escritura pública -anticiparse a su eventual fallecimiento o situación de enfermedad o deficiencia que le impida gobernarse por sí misma-, otorgar el consentimiento informado por sustitución, a favor de una persona/s de su confianza para que en su nombre y representación tome/n decisiones en materia de salud para sus hijos menores o incapaces.

2. Asimismo, prevenir en este instrumento, permitirá, que las decisiones que se tomen en materia de salud, se realicen bajo las directrices que el o los padres establezcan, por parte de la persona/s que hayan designado.

3. Asimilándolo al nombramiento de tutor o curador ¿Por qué es importante que los padres otorguen este instrumento por escritura pública de manera preferente al testamento? Porqué las disposiciones que se puedan establecer en un testamento, sólo podrá tener en cuenta en caso de que el progenitor fallezca, pero si, por ejemplo, el progenitor sufre un accidente o enfermedad degenerativa que le impidiere cuidar de su hijo o hijos, dicho nombramiento hecho en testamento no se podrá tener en cuenta, pues esa persona aún no ha fallecido. Por lo tanto, para estas situaciones, resulta mucho más efectivo que el instrumento sea la escritura pública. Teniendo en cuenta que estas disposiciones se inscriben en el Registro de Testamentos de algunos Colegios de Escribanos, es importante destacar que sería necesario modificar el art. 178 de la Ley 9020 (que rige la actividad notarial en la provincia de Buenos Aires), no así la Ley 404 (que rige la actividad notarial en CABA).

4. Proponemos *de lege ferenda*: “Consentimiento informado para actos médicos. Cualquiera de los padres, previendo su fallecimiento o

¹ Prof. Titular Universidad Notarial Argentina (UNA). Abogada. Doctora en Notarial. Especialista en Derecho de Familia. Profesor consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Posgrado en Derecho de Familia, minoridad y adolescencia de la Facultad de Derecho de la UBA y del Colegio de Abogados de San Isidro. Directora de la Diplomatura en Planificación Sucesoria de la Universidad Notarial Argentina. Autora y coautora de libros y publicaciones.

incapacidad sobreviniente, puede por escritura pública dejar directivas médicas anticipadas y nombrar a la persona/s que por sustitución preste el consentimiento informado a sus hijos menores de edad o incapaces. Esta designación debe ser aprobada judicialmente”.

II. FUNDAMENTOS

“La vida se lleva por delante el derecho tradicional”

Luis Diez-Picasso

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA: LA AUTODETERMINACIÓN:

El principio de autonomía de la voluntad implica que las personas pueden establecer y regular sus intereses con plena libertad, y en este marco, permite el derecho de autodeterminación que se concrete en la facultad de decidir en todos los aspectos de la vida, decidiendo lo que se estime más conveniente. Este concepto y en relación con la salud, el respeto a la autonomía de los pacientes es uno de los pilares básicos sobre el que se edifica la actual relación médico paciente.

Un tratamiento acorde con los derechos fundamentales proclamados en la Constitución Nacional y, en especial, con la dignidad humana, exige la norma permita que los sujetos puedan tomar decisiones de forma libre y respetando sus creencias. La vida sin dignidad no es una existencia completa, sino que, en realidad, es un ejercicio de mal-vivir. Hemos de señalar que este derecho es un requisito indispensable para que se pueda formar una sociedad y que supone un criterio de justicia, esto es, una pauta para enjuiciar el Derecho positivo. Al margen de las normas jurídicas y del contenido de las mismas, la dignidad permite que podamos valorar críticamente, el ordenamiento jurídico y que concluyamos si es justo o injusto².

Estas aproximaciones, permiten que podamos hablar de un derecho de autodeterminación, esto es, de una facultad de decidir libre y voluntariamente acerca de las opciones vitales que se presentan. Se trata del poder otorgado a un sujeto para autogobernarse y desarrollar libremente su

² Dias Pereira, A. G., *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Ed. Coimbra Edit, 2015.

personalidad. Este derecho supone una manifestación y una expresión de la autonomía de la voluntad en la medida que permite que las personas se puedan autogestionar. En el ámbito sanitario, ello se traduce en la existencia del derecho al consentimiento informado³.

Un viejo fallo de la Cámara de Apel. Cont. Adm. y Trib. de CABA, interpretó que “El derecho a la información y, en particular, el derecho a consentir o rechazar estudios o tratamientos médicos tiene fundamento en el principio de la autonomía individual -artículo 19 de la CN-, que proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas. Es decir, por un lado, el entendimiento y, por el otro, la libertad de optar por un plan de vida según sus propios valores y creencias. En el ámbito de la salud, la aplicación del principio de autonomía implica que el médico debe respetar la decisión del paciente, después de una adecuada información referente al estudio o tratamiento. Es, en consecuencia, el concreto reconocimiento a la autodeterminación, materializado a través de la fórmula del consentimiento informado. Su fundamento radica en la dignidad de la persona, el respeto a la libertad personal y el derecho a decidir su propio plan de vida⁴.

2. CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado es la consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. Para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. A través de éste, el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando

³ Fraguas Madurga, L., El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos, Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud, núm. 21, 2015, pp. 117-136.

⁴ Cám. de Apel. Cont. Adm. Y Trib. de CABA, 16/11/2001, “Benitez, María Romilda c/ Gobierno de la Cdad. de Bs. As. s/ Medida Cautelar”, <http://www.saij.gob.ar/derecho-salud-derecho-informacion-derechos-personalisimos-derechos-garantias-constitucionales-derechos-paciente-salud-publica-consentimiento-paciente>

exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados⁵.

Podemos decir que, más que un documento formal, es un modelo de una virtuosa relación entre los profesionales de salud y los pacientes, sus familiares y /o representantes, donde el respeto por la autonomía y autodeterminación del sujeto afectado por la enfermedad, es el principio más importante en el proceso de decisión del paciente acompañado por el médico⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera, que “El consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”⁷.

a) Consentimiento informado en materia de salud

El principio bioético de autonomía reconoce el derecho de toda persona adulta, capaz, en ausencia de coacciones y debidamente informada, a decidir si acepta o no un determinado tratamiento, es decir, a decidir lo que considera bueno para sí mismo, lo que en ocasiones puede no coincidir con la opinión médica⁸. Este consentimiento informado no es otra cosa que la consagración del derecho a la autodeterminación. Es la consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. Para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención.

⁵ Mourelle de Tamborenea, María Cristina, “Planificación Sucesoria”, obra colectiva, Ed. La Ley, Bs. As., 2022, p. 52.

⁶ Ortiz, Armando, Burdiles, Patricio, Consentimiento informado, <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-medica-clinica-las-condes-202-articulo-consentimiento-informado-S0716864010705824>

⁷ CIDH, caso “I. V. vs. Bolivia, noviembre 2016.

⁸ Beauchamp TL, Childress JF. Principles of biomedical ethics. 3rd ed. New York: Oxford University Press; 1989.

Luego de esa información, el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados.⁹ Sobre el tema, ha dicho la jurisprudencia que: consiste en un proceso en el cual el médico y el paciente capaz intercambian información suficiente y comprensible acerca de la decisión sanitaria a tomar, de tal manera que se produce una dinámica activa y cooperativa de generación de esta última¹⁰.

b) El consentimiento y los derechos personalísimos

La persona humana, además de la posibilidad de adquirir derechos de toda especie durante su vida, lleva consigo desde el origen algunos derechos que, precisamente por ello, se denominan “esenciales”, derechos estos que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona, pudiendo mencionar entre otros el derecho a la vida, a la integridad física, a disponer de su propio cuerpo, dignidad, y libertad¹¹.

Existe un cambio de paradigma en la relación médico-paciente que se ve manifiestamente en el articulado del nuevo código civil y comercial, pues el punto de partida es el paciente y es quien tiene el control de su vida y su muerte¹².

El art. 55 del Cód Civ. y Com. sienta el principio universal de disposición de los derechos personalísimos al decir que el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, y que no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. La norma trata de equilibrar dos cuestiones: por un lado, la posibilidad de disponer de derechos

⁹ Mourelle de Tamborenea, María Cristina, Voluntades anticipadas: el derecho de autodeterminación y las directivas anticipadas, Diario La Ley, 06/05/2024, p. 1 y sgtes.

¹⁰ JPers. y Fam. 2a Nom., Orán, Salta, 29/4/2021, “V., Esteban y otros s/medida autosatisfactiva de acceso a la información y al consentimiento informado”, Rubinzal Online: RC J 2369/21.

¹¹ Propatto, Anahí Elizabeth, “Consentimiento informado y derecho a la autonomía personal”, en Revista Derecho Privado, Infojus, año III, nro. 9, diciembre de 2014, p. 179

¹² Junyent Bas, Beariz M., Sandoval Junyent, Sebastián, Consentimiento informado para actos médicos, Estudios de Centro, Volumen 1 Numero 2, 2023, p. 22.

propios de una persona y, por el otro, la necesidad de establecer límites a esa disposición, teniendo en cuenta la naturaleza y esencia de esos derechos¹³.

Por su parte, el art. 59 del Cód. Civ. y Com. , bajo el título de “Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud”, establece que el paciente, para manifestar su voluntad a efectos de realizar un acto médico o una investigación sanitaria, debe previamente exigir que la información recibida sea “... clara, precisa y adecuada”, respecto de su salud, el procedimiento propuesto, los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados, los tratamientos que se pueden rechazar y el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento, entre otros. Es importante destacar, que el citado art. 59 in *fine*, recepta: “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

3. ¿QUÉ ES UNA DIRECTIVA ANTICIPADA?

La directiva anticipada, ha sido definida como el reconocimiento que debe imperar por parte del derecho para que toda persona capaz pueda disponer a través de un mandato y nombrar a una o más personas que actuarán por el otorgante sobrevenido incapaz y con respecto a cuestiones atinentes a la salud, persona, y/o manejo total o parcial de su patrimonio¹⁴. Si tuviéramos que dar un concepto del instituto, diríamos que se trata de un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con la finalidad de que las mismas

¹³ Lamm, Eleonora, en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 146. p. 133.

¹⁴ Mourelle de Tamborenea, María Cristina - Carabelli, Matías - Mauriño, Alejandra - Padula Marcelo - Rapa, Marcela - Tamborenea, Juan M., “Autocuratela”, *Revista Notarial*, nro. 957, p. 635.

produzcan efectos cuando el otorgante no pueda expresar su voluntad debido a una incapacidad sobreviniente u otras consecuencias similares. Consiste en un consentimiento informado por anticipación y realizado con anterioridad al supuesto o supuestos en los que debería entrar en vigor, por lo que podemos decir que “se trata de documentos portadores de ‘declaraciones de voluntades unilaterales’ con carácter vinculante, pero no ya para el emisor, sino para los terceros, incluso familiares, médicos y jueces, que atañen al declarante, a su propio interés personal y patrimonial, precisamente para cuando él no esté en condiciones de gobernar su persona o su patrimonio en razón de una incapacidad sobreviniente”¹⁵.

La posibilidad de disponer por medio de una directiva anticipada nos marca un claro ejemplo del nuevo paradigma: la revolución bioética que embanderó la autonomía del paciente en un medio acostumbrado a un modelo médico hegemónico.

a) *¿Cuál es el fundamento jurídico de las Directivas Anticipadas?*

Las directivas anticipadas encuentran su fundamento legal en el respeto por los derechos personalísimos, la libertad, la igualdad, la dignidad y la autodeterminación personal. Todos ellos se encuentran garantizados en nuestra Carta Magna, tal como surge del art. 19, y en los principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad dispuestos por el art. 75, inc. 22, el cual otorga *status supra* legal a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, consagrando entre otros el derecho de la salud¹⁶.

Por su parte, en nuestra legislación interna, debemos destacar la obligación que recae sobre los profesionales de la salud con respecto a la negativa del paciente a tratarse –teniendo en cuenta lo que surge de lo establecido en el art. 19, inc. 3º, de la ley 17.132 regulatoria del ejercicio de la medicina, al que debe sumarse la sanción de la ley 26.529–, y que fuera aprobada por el Congreso de la Nación el 21 de octubre de 2009 bajo la denominación de: “Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado”, con alcance a nivel nacional. Esta ley ha venido a establecer expresamente el respeto por el derecho a la autonomía

¹⁵ Herrera, María Marta L., “La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad”, ED 231-728, 2009, p. 2.

¹⁶ Mourelle de Tamborenea, María Cristina, en *Directivas Anticipadas*, en Planificación Sucesoria, Ed. La ley, Bs. As., 2023, p. 30 y sgte.

de la voluntad del paciente (art. 1º, inc. e]) y el de emitir directivas médicas anticipadas en relación con su salud, tal como lo establece el art. 11 de la misma¹⁷.

Posteriormente, esta norma fue modificada por la ley 26.742, sancionada el 9 de mayo de 2012, la cual también otorga la facultad de emitir una directiva médica anticipada estableciendo la forma que deberá cumplirse para su validez y demás requisitos. El 5 de julio de ese mismo año se aprueba la reglamentación de la ley 26.529, mediante el Decreto 1089/2012¹⁸.

b) Consentimiento por sustitución

¿Quiénes son las personas encargadas de sustituir la decisión del paciente que se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad? Sobre el tema, ha dicho la jurisprudencia respecto de la ley y su modificación: “La Ley 26529 modificada por la Ley 26742, y su reglamentación, vienen a subsanar la situación de desigualdad (art. 16, Constitución Nacional) en la que se encontraban las personas incapaces en estado de inconciencia, en razón de que, si bien la Ley 26529, contenía previsiones respecto del consentimiento informado por medio de sus representantes o familiares, algunas interpretaciones restrictivas seguían dejándolos al margen del ejercicio efectivo de sus derechos como pacientes”¹⁹.

Tanto el Código Civil y Comercial como la ley 26.529 y el Dec. 1089/2012 precisan en qué supuestos es posible sustituir la decisión del paciente. Pero, al respecto la regulación no es uniforme.

Para la ley 26.529 se aplica el mecanismo de sustitución de la decisión para los casos de: 1. los pacientes con incapacidad, y 2. aquellas personas imposibilitadas de brindar el consentimiento informado por causa de su estado físico o psíquico. Según el art. 5º del Dec. 1089/2012 tienen que ser sustituidos:

1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación;

¹⁷ Id. Ant.

¹⁸ Reyes, Romina D., *La regulación de las directivas médicas anticipadas en el ordenamiento jurídico argentino*, en *Revista de Derecho Privado*, Infojus, año III, nro. 9, p. 195.

¹⁹ TSJ Neuquén, 19/4/2013, “D. M. A. s/declaración de incapacidad”, Rubinzal Online: 178/2011; RC J 7064/13.

2) los pacientes incapacitados legalmente²⁰, y

3) los pacientes menores de edad. Por su parte, para el Código Civil y Comercial, la decisión solo puede ser por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad²¹.

Tengamos en cuenta la incorporación a nuestro ordenamiento de la figura de los apoyos regulada en el art. 43 del Cód. Civ. y Com.²².

La persona que sea designada para prestar apoyo tendrá facultad para ayudar a tomar decisiones sobre la salud a la persona asistida. La implementación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica implica medidas para asistir, pero no representar ni sustituir a la persona en la toma de decisiones, prescindiendo de su voluntad como sería el nombramiento del curador.

4. ¿PUEDEN LOS PADRES DELEGAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA DE SALUD A FAVOR DE UN SUSTITUTO?

cuando ha sido declarada tal por una sentencia judicial en los términos del artículo 32 in fine.²⁰ La remisión que hace el art. 6 de la ley 26529 a los supuestos de "incapacidad" se vincula con los casos de incapaces de ejercicio previstos en el artículo 24 CCC, a saber: la persona por nacer, la persona menor de edad que no cuenta con edad o grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial. En este último supuesto, se trata del estricto caso previsto por el artículo 32 in fine: "Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador". Es decir, una persona mayor de edad es "incapaz". Lafferriere, Jorge N., ¿Quién decide? ¿Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina?, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9001/1/quien-decide-orden-prelacion.pdf>.

²¹La CS interpretó que el art. 6°, ley 26.529, no autoriza a las personas allí designadas a decidir por sí y a partir de sus propias valoraciones subjetivas y personales con relación al tratamiento médico de quien se encuentra impedido de expresarse en forma absoluta y permanente a su respecto. De este modo, lo que la norma exclusivamente les permite es intervenir dando testimonio juramentado de la voluntad del paciente con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de este CS, 7/7/2015,"D., M. A. s/declaración de incapacidad", Rubinzal Online: 376/2013; RC J 4524/15.

²² Art. 43 Cód. Civ. y Com.: "Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

El Código Civil y Comercial mantiene la posibilidad de que los padres designen al tutor de sus hijos, y en este marco se deroga el trato discriminatorio que el Código Velezano hacia entre padre y madre en los supuestos de posterior matrimonio de la madre.

Conforme lo dispuesto por el art. 106 del Cód. Civ. y Com.,²³ la tutela puede ser otorgada por cualquiera de los padres -que se encuentren en ejercicio de la responsabilidad parental-, ya sea mediante testamento o escritura pública, requiriendo aprobación judicial. La elección del o los tutores puede recaer en parientes o no, siendo fundamental que el niño, niña o adolescente tenga una vinculación afectiva con el o los tutores, que forme parte de su centro de vida²⁴. Se advierte el respeto por la autonomía de las disposiciones de los progenitores, en la medida que las mismas respondan al interés superior del niño, niña o adolescente, debiendo el juez en caso de discrepancia optar por aquella que resulte acorde con dicho criterio rector, que constituye uno de los principios generales de la responsabilidad parental, conforme surge de lo dispuesto por el art. 639 del Cód. Civ. y Com. Por su parte, el art. 139 del Cód. Civ. y Com., regula en el segundo párrafo -en sentido similar a lo previsto en relación a la tutela-, la posibilidad de que los padres designen la/s persona/s que han de ejercer la curatela y/o desempeñen el rol de figura de apoyo.

5. ¿CUÁL ES EL LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?

Conforme surge del art. 60 del Cód. Civ. y Com., las directivas que impliquen el desarrollo de prácticas eutanásicas se tendrán por no escritas. Para alcanzar la plena operatividad de este derecho es importante evitar incurrir en errores conceptuales que tiendan a confundir actos eutanásicos con respecto a las directivas médicas anticipadas. En este sentido, debe

²³ Art. 106 del Cód. Civ. y Com.: "Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas. Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente. Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado".

²⁴ Baliero de Burundarena, Angélica, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Directores: Herrera Caramelo-Picasso, Infoleg, T 1, 2015, pag. 223 y 224.

prevalecer la libre voluntad expresada por un paciente con relación a la aceptación o rechazo de un tratamiento, cuando se han dejado expresas instrucciones al respecto, incluso cuando medien riesgos que sean conocidos y aceptados por él. Esto no es eutanasia; es evitar violentar las creencias, convicciones, valores, principios y deseos íntimos de un ser humano, permitiéndole vivir con dignidad. Sobre este punto, adquiere particular importancia no transformar en regla la excepción contenida en la última parte del artículo 11 de la ley, que establece un límite al ejercicio del derecho a la autodeterminación del paciente cuando se trate de prácticas eutanásicas. Ese supuesto contemplado por la norma en este punto se refiere al caso en el que mediante una Directiva Médica Anticipada se intente disimular una práctica eutanásica, supuesto en el cual simple y claramente corresponde correr el velo de la apariencia para atacar esa práctica eutanásica encubierta, y sancionarla, tornándola un acto jurídico inexistente.

La Cámara Civil y Comercial de Morón, sala 2da, ha entendido que el derecho a la vida –comprensivo de la preservación de la salud–, es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto en sí mismo, su personalidad es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Como consecuencia de ello, en cuestiones que involucran el derecho a la salud, las eventuales dudas han de solventarse en favor del paciente, nunca en su perjuicio, en tanto esta materia se encuentra gobernada por el principio *pro homine*.

SOBRE LA NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS IDÓNEAS PARA QUE SE RESPETE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Por Elizabeth Ornat¹

"Sin un cuerpo que le dé un rostro, el hombre no existiría. Vivir es reducir permanentemente el mundo al propio cuerpo, a través de la dimensión simbólica que encarna. La existencia del hombre es corporal".

David Le Bretón

I. CONCLUSIONES

1. Con el avance de la perspectiva de los derechos humanos; el énfasis en la especial protección de los grupos vulnerables y el surgimiento de las nuevas tecnologías que hacen más complejo comprender los procedimientos médicos que se proponen, debería girarse el interés o la preocupación respecto del consentimiento informado para actos médicos hacia los pacientes que es la parte más frágil de la relación médico-paciente. Es decir, evaluar si la persona a quien se le propone una práctica médica se encuentra en condiciones adecuadas de evaluar la decisión y si puede expresar su voluntad libremente o si la persona que lo hace por ella, responde realmente a sus deseos y preferencias o si existe algún tipo de presión o condicionamiento.

2. Como lógica consecuencia de ponderar la persona en su dignidad, se impone un especial miramiento respecto de las personas que, por alguna circunstancia, al momento de tener que prestar su consentimiento no se encuentren en pleno uso de su voluntad, ya sea por falta de discernimiento o de libertad, según hemos acotado el tema en el presente trabajo. Se debe aplicar en estos casos lo que Úrsula Basset llama "criterios de vulnerabilidad" o más específicamente, para el tema en trato,

¹ Asesora de Personas Menores de Edad y con Capacidad Restringida, Ministerio Público de la Defensa y Pupilar. Profesora de Derecho Civil I Parte General y de Familia en la Universidad de Mendoza. Magister en Magistratura y Gestión Judicial y coordinadora de la carrera. El presente trabajo cuenta con el aval del Dr. Luis María Calandria, Titular de Derecho Civil Parte General de la Universidad de Mendoza.

diferenciar los “*consentimientos fuertes, consentimientos débiles y matices*” que tienden a determinar si, al momento de dar su consentimiento para un determinado acto jurídico la persona no se encuentra disminuida por alguna circunstancia permanente o transitoria, en cuyo caso, se deben aplicar las acciones positivas para lograr la igualdad que pregonan el art. 16 de la Constitución Nacional, pero en forma efectiva, como lo proponen los inc. 22 y 23 del art. 75 del mismo cuerpo legal.

3. Para ello, adquieren gran importancia las normas sobre capacidad progresiva para los menores de edad; sistemas de apoyo y salvaguardias para las personas con restricción de capacidad así como cualquier otro dispositivo que pueda garantizar que el acto médico que se va a realizar lo es con el consentimiento pleno y libre del paciente que pueda ver afectada su libertad de decidir por cualquier motivo.

4. A estos fines estimo que resultan de una importancia singular el acompañamiento efectivo y calificado del paciente.

5. Uno de estos que se destaca por su grado de preparación y experiencia son los Comités de Bioética que deberían ser un organismo de consulta y asesoramiento permanente tanto para los profesionales como para los pacientes que necesiten una orientación para tomar su decisión.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la conformidad de los pacientes para la realización de actos médicos puede desglosarse en dos aspectos de estudio bien diferenciados.

El primero de ellos presentó su interés desde un primer momento y está orientado a saber si el paciente ha prestado su conformidad con la práctica a fin de evaluar la responsabilidad del profesional de la salud que la hubiera realizado a cuyos efectos resulta necesario evaluar el cumplimiento de todos los requisitos predispuestos por la ley, especialmente en lo referido a la información que se le debía brindar y a la manifestación de la voluntad del paciente.

El estudio de este aspecto del instituto se refiere principalmente a tratar de evitar errores que vician la intención del paciente.

En efecto, con el avance de la perspectiva de los derechos humanos; el énfasis en la especial protección de los grupos vulnerables y el surgimiento de nuevas tecnologías que hacen más complejo comprender los procedimientos médicos que se proponen, debería girarse el interés o preocupación hacia los pacientes, que son la parte más frágil de la relación médico-paciente², tal como se explicará más adelante.

Concretamente, en lo que respecta a si la persona que va a recibir un tratamiento médico está realmente de acuerdo con el mismo, para lo cual resulta imprescindible no sólo que la información que reciba sea la adecuada y suficiente, sino también y fundamentalmente, que la persona que va a recibir la práctica médica pueda asimilar perfectamente qué prestación se le está proponiendo para que pueda decidir a conciencia y con la libertad suficiente, ya sea que lo haga por sí mismo con la asistencia de alguna persona de su confianza.

Si esto no es posible, la *manifestación de la voluntad del paciente*, debería darla otra persona en representación suya pero aún en este caso, quien suplente el consentimiento no por ello debe desligarse de las preferencias y creencias de su representado en la medida que las conozca o pueda conocerlas.

La perspectiva que se propone es consecuencia de la recepción la normativa que concibe a la persona humana como el eje del este sistema normativo; tiene valor en sí misma y merece que se le reconozca y tutele su

² Ver Guglielmino, Adriana del Carmen; “Niño que sobrevive a una práctica abortiva. ¿Se vislumbra la firma del consentimiento informado en una interrupción legal del embarazo como un nuevo supuesto de declaración judicial de adoptabilidad?:” • RCCyC 2024 (febrero) , 168 • TR LALEY AR/DOC/3130/2023. O la situación planteada en los autos Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 25 • 25/06/2023 • L. J. L. s/ autorización • La Ley Online • TR LALEY AR/JUR/183089/2023 en los que se deniega la autorización solicitada por la viuda, para utilizar, en un tratamiento de fertilización post mortem, el material genético criopreservado. En ausencia de regulación especial en la materia no se advierte que se hubiese demostrado debidamente la vigencia de la voluntad procreacional del cónyuge para la práctica que se requiere, sobre todo atento la falta de actualidad de su consentimiento informado previo y obligatorio, que no se habría exteriorizado nuevamente con posterioridad al mes 12/2016 y la fecha de su fallecimiento (17/09/2020); no resultando tampoco pertinente, como pretende la cónyuge superviviente, darle el alcance que le atribuye a la cláusula del poder general de administración y disposición que le fue otorgado en el año 2013. Ninguna mención se hace allí en cuanto a que el causante consintiera la realización de un tratamiento de reproducción humana asistida post mortem.

dignidad; dignidad que, además, constituye el fundamento único de todos y cada uno de sus derechos personalísimos.

Por último, debe tenerse muy presente que el creciente uso de la tecnología puede presentar algunas veces una complejidad difícil de comprender por el paciente que va a recibirla, pero por otra parte, han surgido dispositivos y métodos que posibilitan el juicio de personas que sin ellos no podrían decidir. Me refiero en este último caso, especialmente a las personas con algún tipo de discapacidad.

Se resalta con ahínco la preponderancia que se le da a la libre determinación de las personas que deriva de su dignidad, pero este principio se pone en crisis en el caso de personas que no han alcanzado su total desarrollo o encuentran disminuido su discernimiento en forma prolongada o aún momentánea o se sienten presionadas por alguna circunstancia.

De lo dicho hasta aquí se advierte que en este tema y desde la perspectiva desarrollada anteriormente que toman un rol fundamental conceptos y principios del derecho civil como acto voluntario y sus vicios, consentimiento; asentimiento; capacidad de las personas, algunos de los cuales respecto de los cuales hago propia la reivindicación que Úrsula Basset hace referido al consentimiento y lo extiendo también a los demás temas expuestos en el párrafo anterior, aunque no todos en la misma medida.³

Dice la prestigiosa autora que el bajo perfil de la institución es llamativo, considerando su amplia incidencia en todas las ramas del derecho civil. Es una pieza clave a lo largo de todo el derecho y un quicio de referencia en el razonamiento jurídico desde el siglo de las luces, que cifra el derecho en el acto jurídico, y presupone el consentimiento para el contrato. Se sitúa así en un lugar privilegiado de renuncia de la libertad personal y fuente de obligaciones específicas. Se ha dicho con justeza que es un excelente barómetro del estado de una sociedad y sus relaciones interindividuales, pero al mismo tiempo de la función de protección del derecho a la persona humana. Y, pese a todo esto, no tiene rostro propio. Tiene bien merecidos sus quince minutos de fama.⁴

³ Basset, Ursula; “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución” LA LEY 01/07/2021

⁴Basset, Ursula; “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución” LA LEY 01/07/2021

En el entendimiento de que la intención y la manifestación de la voluntad se encuentran analizados en el aspecto que está más referido a la responsabilidad médica, la presente ponencia se referirá sobre el discernimiento y la libertad necesarias para constituir el acto jurídico voluntario y, en consecuencia, eficaz.

Además, muchas de las reflexiones que expongo en este trabajo surgen principalmente de mi experiencia como asesora de Personas Menores de Edad o con Restricción de la Capacidad ya que me preocupa que en la práctica que no siempre se respete la voluntad del paciente o se lo haga en forma parcial.

Con esa intención, develará la importancia que estas nociones tienen en este tema a fin de poder dar al paciente la posibilidad de que puedan tomar las decisiones que mejor armonicen con su propio proyecto de vida.

Por otro lado, también debe tenerse presente el cambio radical que ha tenido nuestra legislación en materia de capacidad.

Al respecto, destacados autores han señalado que la reforma del sistema jurídico en materia de capacidad jurídica es probablemente el asunto más importante que afronta la comunidad jurídica internacional en este momento, ya que afecta a cada uno en sus propias vidas, el mismo tiempo que cada uno está involucrado en el debate. Esto se debe a que las cuestiones que están en juego trascienden la discapacidad y apuntan al corazón de lo que entendemos por ser humano.⁵

También debemos considerar la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, la que fue homologada unánimemente por ciento noventa y un países en la 33.^a Sesión de la Conferencia General de la UNESCO realizada en París el 19 de octubre de 2005 que trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, éticas, jurídicas y ambientales, cuyos principios sirvieron de guía para la inclusión de sus postulados en el nuevo Cód. Civ. y Com. y en la mayoría de las leyes argentinas⁶.

⁵Gerard Quinn, en *Tratados de Derechos Humanos y su Influencia en el Derecho Argentino*, dirigido por Silvia Palacio de Caeiro; Ed. La Ley; Bs. As.: 2015

⁶Trucco, Marcelo, <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-proteccion-de-la-salud-en-la-legislacion-argentina-encuadre-nacional-e-internacional>.

2. CONCEPTUALIZACIÓN

a) *La persona humana como centro y fin del ordenamiento jurídico*

Siguiendo la premisa del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y, como consecuencia, situar la como centro del orden jurídico, el Código Civil y Comercial de la Nación, aborda distintos temas referidos a ella como sus derechos y actos de carácter personalísimo.

A este respecto y luego, de un arduo debate que contemplaba distintas posiciones filosóficas, el Código toma una postura concreta respecto del comienzo de la vida humana considerándolo desde el momento de la concepción.

Además, sistematiza los derechos personalísimos en el Capítulo 3 del Libro Primero "Parte General" que titula "Derechos y actos personalísimos" –y remite a otras normas que hacen a la prevención y a la reparación de los daños ocasionados a los bienes jurídicos que ellos protegen- que comienza estableciendo la inviolabilidad de la persona humana y el respeto por su dignidad; regula sus caracteres concordantes con este principio e incluye el tratamiento del consentimiento informado para los actos médicos e investigaciones para la salud como el acto válido para poder hacer efectivos algunos de esos derechos.

La dignidad de la persona humana es la cualidad intrínseca que posee cada individuo simplemente por el hecho de ser humano, independientemente de su raza, género, origen u otra característica... es y debe ser el principio fundante del orden jurídico nacional e internacional, punto de partida y llegada de toda teorización y práctica del derecho ⁷.

Estos conceptos coinciden con distintos instrumentos de derechos humanos, como ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su preámbulo estipula: "considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; y en su art. primero: "todos los seres humanos nacen libres e

⁷ Sostiene Santiago, que la dignidad no es un dogma de fe ni un postulado ideológico. Es una realidad que se descubre no bien se reconocen las enormes diferencias que distinguen a los seres humanos de las otras realidades existentes en el mundo; 2022 p. 15.

iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

En el mismo sentido se pronunciaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, especialmente en lo que respecta a la presente exposición, la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, normalmente referida como Convención de Belem do Parácuyos principios se receptan en la ley N° 26.485.

Siguiendo las enseñanzas de Serna, podemos afirmar que la dignidad de la persona humana es el fundamento de los derechos fundamentales, mientras que su naturaleza, su modo de ser, es la que brinda el contenido propio de cada uno de esos derechos (Serna Bermudez, 1995, pág. 305). Por ello, la dignidad personal es un concepto fundamental que trasciende las barreras temporales, culturales e ideológicas.⁸

Señala Andruet que lo que más ha penetrado en la ciencia jurídica contemporánea es lo relacionado con el '*bíos*' que corresponde a la idea de '*vida calificada o forma de vida*' de la persona, que es siempre el centro del Derecho, no así al concepto de '*zoé*' o sea '*vida biológica simplemente*' y que contemporáneamente ambas son materia de apropiación biopolítica, relacionadas ellas con la '*techné*'. Todo ello nos coloca frente al constructo jurídico-político de la '*corporalidad*' como criterio iusfilosófico central de nuestro tiempo y no ya como mero conglomerado cárnico-sanguíneo, para decirlo de modo torpe.⁹

Por ello, explica, la ciencia del Derecho no se agota en las nociones de responsabilidad, daño y culpa en torno a la '*corporalidad*' de la persona, sino que se extiende a superficies que se construyen a la luz de la discusión de la '*autonomía de la voluntad de las personas*'; y con ello es que se ha

⁸Alexis Matías Marega- María Victoria Petean La protección de la dignidad como factor fundante en el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores; IJ Editores ~ Cita on line: IJ-V-DCLXXXVI-106

⁹Andruet (h.), Armando S.; "El Bioderecho y el conocimiento cuasicientífico para la inclusión en salud" LA LEY 18/09/2023 , 1 • LA LEY 2023-E , 153

dotado de contenido jurídico a la misma 'corporalidad' humana, en consecuencia es ahora algo más que 'corporalidad': es "corporeidad", y donde la dignidad humana se hace propiamente un fenómeno para los demás¹⁰.

b) Consentimiento informado para los actos médicos: la importancia del respeto por la autonomía de la voluntad

Para la Real Academia la etimología de consentir es *consentire*, sentir con y se entiende que consentir es "permitir algo o condescender en que se haga", "otorgar, obligarse" (en sentido jurídico) y "acatar una resolución judicial o administrativa sin interponer recursos disponibles" (en el derecho argentino) ...*Consentir* refleja una subjetividad (*sentire*, una moción propia de un sujeto) que expresa acuerdo (*cum*). Se trata de una disposición psicológica individual que expresa aquiescencia...

Explica Tobías que el consentimiento informado es 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 -dise-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.¹¹

La Ley 26529 y su reforma 26742 del 2012, llamada ley de "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud" - que mantiene su vigencia en todo lo que no haya sido modificado por la ley N° 26994- establece que el consentimiento informado es la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, emitida luego de recibir por parte del médico o profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada respecto de: su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; beneficios esperados del procedimiento; los riesgos,

¹⁰Andruet (h), (h.), Armando S.; "El Bioderecho y el conocimiento cuasicientífico para la inclusión en salud" LA LEY 18/09/2023 , 1 • LA LEY 2023-E , 153

¹¹Tobías, José W., "El consentimiento informado y sus límites", Editorial: Información Legal ~ LA LEY 16/12/2019; Cita online: AR/DOC/3915/2019.

molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o sus alternativos; el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible; el derecho a recibir cuidados paliativos.¹²

Debido a que este acto es la vía para hacer efectivos derechos personalísimos, como se explicó anteriormente, la autonomía de la voluntad adquiere un valor absoluto por lo que ninguna persona, salvo estado de urgencia (o seguridad pública¹³), puede tomar decisiones sobre el cuerpo de otra, pues la estimación de conveniencia del acto que hagan los médicos no les permite, disponer sin la manifestación de voluntad del paciente que debe ser previa y debidamente informada.¹⁴

Siguiendo este criterio, el nuevo Código, regula el consentimiento informado como un acto fundamental para llevar adelante todo tipo de acto médico (quirúrgico, de investigación, etc.) que pueda tener connotaciones sobre la salud de la persona persistiendo en el paradigma de la autonomía en cuanto al desarrollo de la propia personalidad.¹⁵

La Ley 26529 establece en ocho incisos, las condiciones que el profesional de la salud debe informar al paciente antes de la realización de la práctica médica, a fin de que aquel conozca claramente a lo que se expondrá y medite sobre las circunstancias que rodean el acto médico durante su realización y con posterioridad. Todo ello con el objeto de que el paciente exprese su voluntad afirmativa o negativa respecto a la práctica en cuestión.

Esta ley también recepta el principio de la autonomía de la voluntad del paciente, facultándolo a aceptar o rechazar determinadas terapias o

¹²Expte.: 06/06/2022 G., A. N. vs. I., S. V. y otro s. Daños y perjuicios; CNCiv. Sala D; Editorial: RubinzalCulzoni ~ Cita on line: RC J 3710/22

¹³ Fallo “N.N. o D., V. s/ protección y guarda de personas”

¹⁴[B., M. L. y otro vs. C. M., D. y otro s. Daños y perjuicios /// 1ª CCCMPT, Mendoza, Mendoza; 30/11/2015; Rubinzal Online; 120584/51207; RC J 346/16](#)

¹⁵Bueres, Alberto; “Código Civil y Comercial de la Nación”, T 1ª; Hamurabi; Bs. As; 2014; p. 59

procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Una consecuencia del paradigma bioético de la autonomía y requisito necesario para los negocios jurídicos que tengan como objeto el propio cuerpo o puedan afectar la salud es el consentimiento informado. En el actual Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 59 recepta el concepto del consentimiento informado como la declaración de voluntad jurídica expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada pues de lo contrario dicha voluntad estaría viciada. Esto se relaciona con lo que en derechos humanos se denomina *autodeterminación de la persona*, ya que la esencia de los intereses en juego es lo que determina que la última palabra la tenga el paciente. Asimismo, de esta necesidad de manifestación exterior se desprende otra consecuencia necesaria: la libre revocabilidad de la misma. Toda cláusula que coarte esta libertad de retractarse que tiene el paciente, resulta inválida, ya que en ningún caso quien decidiera someter su integridad física, salud o vida a alguna intervención podría quedar "esclavo de sus palabras".¹⁶

En síntesis, la aplicación de los principios referidos nos conduce al axioma que el paciente es el único e irremplazable árbitro de la situación planteada, y tal principio no puede ceder aunque medie amenaza a la vida...nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamientos médicos de ninguna clase, e inclusive se ha resuelto con claridad y contundencia que una persona puede negarse a conocer que está enfermo¹⁷

Por aplicación de este respeto de la autonomía de la voluntad la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó precedente en el "Bahamondez",¹⁸ en el que una persona se negó a recibir transfusiones de sangre por su condición de testigo de Jehová. Los médicos solicitaron una autorización para se autorizara el tratamiento, pero fue rechazado con fundamento en que, más allá del juramento hipocrático de los médicos que les ordena salvar vidas y el juicio de valor que esta decisión pueda causar en terceras personas, la dignidad humana del paciente debe prevalecer ante el daño que pudiera

¹⁶ Villar, Ana, cit.

¹⁷ Derecho del paciente-doctrina y jurisprudencia. JORGE MOSSET ITURRASPE. MIGUEL A. PIEDECASSAD. Editores RUBINZAL-CULZONI, 2011, pág. 204.

¹⁸ "Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar". Fallos: 316:479; L. L. 1993-D 130.

resultar como consecuencia de la negativa a recibir la atención médica rechazada.¹⁹

Entendió el Superior Tribunal que cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo... más allá de su naturaleza trascendente..., su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato 'derechos reales, derechos de crédito y de familia', está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre" ²⁰

En el mismo sentido se pronunció en el caso Albarracín en el que dijo que "La libertad de una persona adulta de tomar decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en

¹⁹ Tobías, José; "El consentimiento del paciente en el acto médico. Negativa a asentir. El caso "Bahamondez", en Colección de Análisis jurisprudencial. Derecho Civil. Parte General. Unidad II; Personas Físicas. Derechos Personalísimos", Ed LL; p. 42 y sig.

²⁰Tobías, José, "El consentimiento del paciente en el acto médico. Negativa de asentir. El caso "Bahamondez", en Colección de Análisis jurisprudencial. Derecho Civil. Parte general. Unidad II: Personas Físicas. Derechos Personalísimos", Ed. L. L., pág. 42 y sgtes.

juego y que la restricción del derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés".²¹

Explica Tobías que los actos personalísimos que recaen sobre el propio cuerpo y el derecho personalísimo a la salud se rigen por lo que se denomina *Paradigma Bioético de la Autonomía* que implica que cada quien puede formar sus propias reglas en lo que respecta a sí mismo siempre y cuando se preserve y respete su dignidad humana²².

c) Perspectiva de vulnerabilidad

Como lógica consecuencia de ponderar la persona en su dignidad, se impone el especial miramiento de las personas que, por alguna circunstancia, al momento de tener que prestar su consentimiento para la realización de actos médicos no se encuentren en pleno uso de su voluntad, ya sea por falta de discernimiento o de libertad, según hemos acotado el tema en el presente trabajo.

Cabe recordar que esta contemplación diferenciada es una directiva que emana de nuestra Constitución Nacional en sus arts. 75 inc. 22 y 23, de manera que no tenerla en cuenta sería una grave trasgresión al orden jurídico.

En este sentido, la CIDH fijó su postura en cuanto a que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial. Consecuentemente no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...²³

En general, debe tenerse en cuenta que toda persona humana enferma ya de por sí se encuentra en situación de vulnerabilidad -tal como lo explicó

-CSJN "Albarracín Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias". A. 523 XLVIII. Resuelta el 01/06/12.²¹

²²Villar, Ana; "Derechos personalísimos, fundamentales y humanos: un mismo objeto, diversas perspectivas" Cita: 1004/2019

²³Copello Barone, Natalia P.; "El derecho a la salud en Argentina: su reinención a la luz de los derechos humanos"; RCCyC 2023 (agosto) , 347

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ximenez Lopez²⁴- por lo que resulta acreedora de un tratamiento diferenciado.

Para que el consentimiento pueda dar nacimiento a un acto jurídico válido debe ser realizado con discernimiento; intención y libertad, por lo que lo vician el error o ignorancia, el dolo y la violencia.

Entorpecen la libertad en la decisión por la premura y el nerviosismo propio de la situación y en consecuencia se ha dicho que debe evitarse, 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 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 sobre la oportunidad del tratamiento propuesto.²⁵

Por eso, resulta sumamente importante a este respecto tener en cuenta lo que Ursula Basset llama *consentimientos fuertes, consentimientos débiles y matices*.

Es decir que la voluntad puede estar viciada o mermada en alguna medida y esto debe ser tenido en cuenta para no vulnerar derechos de personas que pueden encontrarse disminuidas en su discernimiento por algún motivo que puede ser un vicio de la voluntad de distinta magnitud.

Esto nos lleva a otra forma de estudiar el *consentimiento*, esta vez, a partir del revés de la trama: los vicios del consentimiento evidencian que se trata de una declaración o manifestación de la voluntad que podría estar viciada. El consentimiento (y su análisis como acto jurídico unilateral) se evidencia entonces como una piedra angular de la protección de la vulnerabilidad, que es la contracara de la gran bóveda del derecho contemporáneo: la *autonomía de la voluntad*.²⁶

El consentimiento puede verse debilitado por el objeto del acto jurídico por las circunstancias en las que se encuentra el sujeto.

²⁴ "Ximenez López vs. Brasil", de fecha 4 de julio de 2006.

²⁵ Tobias, JoséW., "El consentimiento informado y sus límites", Editorial: Información Legal ~ LA LEY 16/12/2019; Cita online: AR/DOC/3915/2019.

²⁶ Basset, Úrsula; "Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución" LA LEY 01/07/2021

Los vicios señalados anteriormente pueden provenir por la falta de discernimiento debido a la inmadurez o a que el sujeto tenga una adicción o enfermedad suficientemente grave y prolongada de manera que el pleno ejercicio de sus derechos le pueda causar un daño a su persona o a sus bienes o por insuficiencia de discernimiento o de libertad derivado de problemas emocionales o sociales.

Como derivación lógica de los puntos anteriores, no pueden dejar de meritarse las normas sobre capacidad de la persona humana que también han recibido el influjo del ordenamiento internacional reflejado en Convenciones; Tratados; sentencias; opiniones consultivas, etc.

Un efecto directo de este valor es la obligación de poner énfasis en la aplicación del principio del reconocimiento de capacidad de ejercicio de las personas y la necesidad de valorar su proyecto de vida de la persona, al que podrá acceder en la medida en que se respete su autonomía, es decir, tomar sus propias decisiones por sí o acompañarlo para que pueda expresarse o se pueda considerar su opinión en la mayor medida posible cuando no pueda manifestarse en forma independiente.

Se ha señalado reiterada y enfáticamente que el consentimiento de un paciente que va a recibir un acto médico no puede ser suplido por otra persona y es libremente revocable (artículo 56, in fine Código Civil y Comercial de la Nación). Este principio plasma el pensamiento más moderno que venía trayéndose en los últimos tiempos subvirtiendo antiguas perspectivas que propugnaban una visión paternalista que colocaba en la relación médico-paciente al primero como quien daba las indicaciones sobre cómo actuar para preservar la salud de los últimos²⁷.

¿Ahora bien, cómo garantizar la aplicación de este principio liminar de la autonomía personal al momento de prestar el consentimiento para la realización de un acto médico sobre el propio cuerpo cuando la voluntad está disminuida por alguna de las causas señaladas en el punto anterior?

- a. *Debilitamiento de la voluntad por insuficiencia de discernimiento derivado de la falta de madurez de la persona humana.*

²⁷ Villar, Ana, “Derechos personalísimos, fundamentales y humanos: un mismo objeto, diversas perspectivas” Cita: 1004/2019

Como es sabido, en el caso de los menores de dieciocho años rige el principio de capacidad progresiva presente ya en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño y plasmado claramente en varios artículos del Código Civil y Comercial y muy especialmente en el art. 26 en lo que se refiere al consentimiento para los actos médicos.

Si el niño o adolescente no puede comprender suficientemente el acto médico que se le propone, la conformidad deberá prestarla su representante legal, teniendo en cuenta los postulados rectores de: autonomía progresiva; derecho a ser escuchado y mejor interés del niño.²⁸

En caso de conflicto entre los deseos del niño y sus padres, deberá decidir el juez, siguiendo el principio rector del interés superior del niño, pero también el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, de manera que si se aparta de la misma, deberá dar las explicaciones correspondientes.

A modo de ejemplo cabe citarse el fallo de la CSJN que ante la negativa de una familia a cumplir con el protocolo oficial de vacunación para su hijo menor de edad. En esa oportunidad sostuvo que el derecho de autonomía personal (art. 19, CN) de los padres se ve limitado por la salud de la comunidad y, muy especialmente, en el interés superior del niño que se traduce en el caso por la preservación de su salud.²⁹

En los casos judicializados porque los progenitores rechazan de prácticas médicas exponiendo a sus hijos a situaciones de riesgo la salud o la vida, en general ha primado la decisión de ordenar el acto médico fundándose en el interés superior de los menores de edad y teniendo en cuenta que las creencias son de los padres y no de los hijos.

Ahora bien, en estos casos, si quien rechaza el tratamiento es un menor de edad que puede comprender las consecuencias de la determinación, por aplicación del principio de capacidad progresiva habría que escudriñar minuciosamente si tiene el discernimiento suficiente para tal decisión; si existe algún tipo de presión o condicionamiento y las demás circunstancias del caso que siempre superan las previsiones tanto del legislador como de todos los operadores del derecho y el juez debería tomar

²⁸ Código Civil y Comercial de la Nación y Normas complementarias”, dirigido por Alberto Bueres; Ed. Hamurabi; T 1 A; Bs. As.; 2014: p. 292.

²⁹ fallo “N.N. o D., V. s/ protección y guarda de personas”

la difícil decisión de acuerdo, tanto a las previsiones del Código Civil y Comercial como del plexo normativo y pautas a las que remiten los art. 1; 2 y 3 de dicho cuerpo legal³⁰

En las situaciones previstas por el art. 26 en general no se presentan dudas, solo que considero que el mayor de dieciséis años sólo se lo considera como un mayor de edad para los casos de “cuidado” de su cuerpo, por lo que, si el tratamiento que solicita pone en riesgo su integridad psicofísica, se podría optar por dos alternativas: 1) recurrir a sus representantes legales o 2) aplicar analógicamente el párrafo anterior. Me inclino por la segunda opción.

Como señalé en mi ponencia de las XXVIII Jornadas de Derecho Civil, en el caso del adolescente a quien se le reconoce la aptitud para recibir tratamientos que *a priori* no sean invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, si no se implementa debidamente, podría llegar a entorpecere incluso impedir el ejercicio de la responsabilidad parental en razón de que los progenitores pueden ignorar decisiones de sus hijos que bien podrían merecer una orientación o consejo.

Como en aquella oportunidad, ahora reitero que esta reflexión no implica ninguna crítica a ninguna norma sino preocupación por la correcta aplicación de las mismas y el regular ejercicio del derecho de educación y orientación de los hijos que innegablemente tienen sus padres y que en la gran mayoría de los casos, implicará dar cumplimiento con la manda convencional del superior interés del niño (art. 3 CDN)

Otra preocupación es que es posible que los adolescentes reciban tratamientos médicos que en un primer momento aparezcan como no invasivos (4º párrafo del art. 26 del CCCN), pero que por complicación propia de la práctica u otra circunstancia fortuita, pueden derivar en prácticas invasivas.³¹

³⁰Tobias, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, Editorial: Información Legal ~ LA LEY 16/12/2019; Cita online: AR/DOC/3915/2019.

³¹EXP. 11542316 “D., L. - CONTROL DE LEGALIDAD (LEY 9944 - ART. 56), Córdoba. En el fallo se dijo que “La determinación de la ILE de la mujer, adulta o niña, es un punto sin retorno para el nacido, la gestante y los parientes de esta última” por lo que declaró la situación de adoptabilidad del niño nacido sin necesidad de dar el trámite y citar a la progenitora. valoró que el consentimiento informado para el acceso a una interrupción de embarazo habla por sí mismo de la determinación de la gestante “a no asumir los

Por eso, comparto la opinión de Bueres en cuanto a que este artículo se lo debe interpretar de manera flexible y dinámica, que tienda más a la determinación de las competencias o aptitudes según el criterio Grilly y equilibrándolo con el respeto por los derechos de los padres de educar a sus hijos, tal como lo establecen los tratados internacionales.³²

b. Debilitamiento de la voluntad por insuficiencia de discernimiento derivado de una adicción o enfermedad mental grave y prolongada u ocasional.

Debe tenerse muy en cuenta que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 5 y 12 prevé que las personas con discapacidad gozan de todos los derechos y deben poder ejercerlos por sí en la medida de sus posibilidades. De manera que si una persona con discapacidad tomara una decisión pudiendo tomar conciencia de las consecuencias de sus actos, su voluntad debe ser respetada. Lo contrario implicaría un acto de grave discriminación.

La Ley 26529 establece que “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... El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: Cuando mediare grave peligro para la salud pública) 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.

Como se advertirá, las normas transcriptas plantean una regulación diferente a la del Código Civil y Comercial de la Nación.

cuidados de quien, eventualmente, sobreviva a la interrupción de la gestación” De esta manera, Wallace le otorgó un valor fundamental al consentimiento informado que, en este caso, fue firmado por la gestante, una niña de 12 años, y su progenitora como representante legal. La magistrada expresó que se trata de una pieza vital que da consistencia jurídica a la voluntad de la gestante y que sustituye la participación de aquella en el proceso de adopción.

³² Conf. Bueres, Alberto; “Código Civil y Comercial de la Nación”, T 1ª; Hammurabi; Bs. As; 2014 P. 294 y 295.

Por ello, parte de la doctrina ha señalado que si bien la ley 26.994 no dispone en forma expresa la derogación de la ley 26.529 de los Derechos del Paciente, al verificarse una palmaria discordancia normativa entre dos normas existentes a nivel nacional sobre la materia, se debe interpretar su derogación tácita en función del principio "ley posterior deroga ley anterior".

Otros autores entienden que "el Cód. Civ. y Com. no deroga la ley 26.529" ya que en sus Fundamentos se explica que el Cód. Civ. y Com. no afecta las leyes que conforman estatutos cerrados, que permanecen vigentes. El Cód. Civ. y Com., a través de los arts. 58, 59 y 60, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la salud. Este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el Cód. Civ. y Com. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, hay que buscar, la norma más protectora de los derechos en juego...

No advierto contradicción entre esta norma y el art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que considero que esta última le realiza agregados que concuerdan con las previsiones sobre discapacidad mental que contiene. De ahí que disponga que a las personas con discapacidad se les deberá proveer los sistemas de apoyo que necesite y que si la persona está absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica... el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal; el apoyo; el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente siempre que medie caso de riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En caso de ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Además, entiendo que estas normas específicas facilitan el actuar médico especialmente en casos de emergencia.

Por último, cabe aclarar que en general no será necesario recurrir al Registro de Capacidad de las Personas, con la complicación que esto ocasiona especialmente en una emergencia porque ya no es obligatoria la inscripción de la sentencia, sino que queda a criterio del juez y porque las normas señaladas cubren todas las situaciones posibles. En algún caso, a lo sumo, se necesitará la presentación de alguna documentación que acredite el vínculo familiar o el nombramiento de figura de apoyo que son documentación que deben poseer normalmente las personas para cualquier trámite.

Una situación análoga se presenta con las personas mayores de edad, cuya situación se encuentra regulada en la ley N° 27360/17 que enfatiza que la persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, y dispone que las personas mayores de edad tienen derecho el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor y que a fin de garantizar este derecho, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

c. Debilitamiento de la voluntad por insuficiencia de discernimiento o libertad derivada de la salud emocional del paciente o presiones del entorno.

En general podría afirmarse que es imposible realizar una abstracción total de la situación social o personal afectiva o emocional de la persona que va a dar su consentimiento para un acto médico.

No obstante, esa situación normal podría llegar a tomar ribetes de presión del entorno o de debilidad emocional del paciente que podrían llegar a viciar el consentimiento.

Podría citarse a modo de ejemplo la situación no poco frecuente de mujeres que consienten la realización de distintos tratamientos médicos - algunos incluso irreversibles- presionadas por sus parejas o por el entorno familiar o social.

Esta situación se presenta también en niñas que necesitarían una preparación y acompañamiento efectivo para que tomen una decisión segura.

En el caso "Ximenez López vs. Brasil", citado anteriormente, la CIDH mencionó que los Estados tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal particularmente vulnerables, cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. En dicha sentencia se hace referencia al usuario del sistema de salud mental.

Se puede dar un caso de opresión psicológica, abuso de poder o algún tipo de influencia indebida cuando, por ejemplo, existe una relación entre la víctima o el victimario y existen lazos afectivos o psicológicos entre ambos (profesores, alumnos, médicos, pacientes, líderes religiosos y creyentes, familiares y niños, entre otros), que generan un abuso en relación con la psique de la víctima.

3. CONCLUSIONES

Como se dijo al iniciar la ponencia, la misma tiene por objeto reflexionar sobre las situaciones que se presentan al momento de prestar el consentimiento informado para actos médicos, viéndolas desde la perspectiva del respeto absoluto por la dignidad de la persona sobre la cual va a recaer el acto médico.

Partiendo de los conceptos tomados de Andruet en cuanto a que lo que más ha penetrado en la ciencia jurídica contemporánea es lo relacionado con el '*bíos*' que corresponde a la idea de '*vida calificada o forma de vida*' de la persona, que es siempre el centro del Derecho, y que contemporáneamente ambas son materia de apropiación biopolítica, relacionadas ellas con la '*techné*', surge el constructo jurídico-político de la '*corporalidad*' como criterio iusfilosófico central de nuestro tiempo, por lo que la ciencia del Derecho no se agota en las nociones de responsabilidad, daño y culpa en torno a la '*corporalidad*' de la persona, sino que se extiende a dar mayor valor a principios como el de la '*autonomía de la voluntad de las personas*'; destacándose la importancia de la "*corporeidad*", donde la dignidad humana toma una mayor dimensión en la ciencia jurídica.

Esto nos lleva a la determinación del axioma que el paciente es el único e irremplazable árbitro de las decisiones sobre los actos médicos que se le proponen sobre su propio cuerpo, y en consecuencia de tal principio no puede ceder su libre determinación, aunque medie amenaza a su vida.

Es que, como se señaló anteriormente conforme lo explicado por Tobías, los actos personalísimos que recaen sobre el propio cuerpo y el de la salud, se rigen por el paradigma bioético de la autonomía de la voluntad que implica que cada persona puede tomar sus propias decisiones en lo que a ella respecta, siempre y cuando se preserve y respete su dignidad humana.

Es decir que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamientos médicos de ninguna clase, e inclusive se ha resuelto que una persona puede negarse a conocer que está enfermo.

Ahora bien, como lógica consecuencia de ponderar la persona en su dignidad, se impone un especial miramiento respecto de las personas que, por alguna circunstancia, al momento de tener que prestar su consentimiento no se encuentren en pleno uso de su voluntad, ya sea por falta de discernimiento o de libertad, según hemos acotado el tema en el presente trabajo. Se debe aplicar en estos casos lo que Úrsula Basset llama “criterios de vulnerabilidad” o más específicamente, para el tema en trato, diferenciar los “*consentimientos fuertes, consentimientos débiles y matices*” que tienden a determinar si, al momento de dar su consentimiento para un determinado acto jurídico la persona no se encuentra disminuida por alguna circunstancia permanente o transitoria, en cuyo caso, se deben aplicar las acciones positivas para lograr la igualdad que pregona el art. 16 de la Constitución Nacional, pero en forma efectiva, como lo proponen los inc. 22 y 23 del art. 75 del mismo cuerpo legal.

Por aplicación de estas nociones, debe tenerse en cuenta que:

1.- por principio, todo paciente, por el sólo hecho de serlo ya se encuentra en una situación de fragilidad en mayor o menor medida;

2.- debe reconocérsele la mayor autonomía posible a las personas disminuidas en su discernimiento por cualquier circunstancia pudiendo ser asistido por alguna persona de su confianza y que en caso de tener que solicitar el consentimiento para el acto médico a otra persona, ésta última debe actuar -en la medida de lo posible- como lo hubiera hecho su representado.

Debe tenerse muy en cuenta que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 5 y 12 prevé que las personas con discapacidad gozan de todos los derechos y deben poder ejercerlos por sí en la medida de sus posibilidades. De manera que, si una persona con discapacidad tomara una decisión pudiendo tomar conciencia de las consecuencias de sus actos, su voluntad debe ser respetada. Lo contrario implicaría un acto grave de discriminación.

3.- en el caso de los menores de edad, por aplicación del principio de capacidad progresiva podrá tomar las decisiones que la ley le autoriza pero se debe ser minucioso para establecer a ciencia cierta si tiene el discernimiento suficiente; si existe algún tipo de presión o condicionamiento y las demás circunstancias del caso que siempre superan las previsiones tanto del legislador como de todos los operadores del derecho teniendo en

cuenta las previsiones del Código Civil y Comercial como del plexo normativo y pautas a las que remiten los art. 1; 2 y 3 de dicho cuerpo legal³³

Dentro de esas previsiones, en el caso del adolescente a quien se le reconoce la aptitud para recibir tratamientos que *a priori* no sean invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, se debe evaluar si el proceder no está impidiendo o entorpeciendo el ejercicio de la responsabilidad parental en razón de que los progenitores pueden ignorar decisiones de sus hijos que bien podrían merecer una orientación o consejo, lo que transgrediría normas convencionales como los arts. 3; 4; 5 y 9 de la CDN.

Esta preocupación aumenta para los casos no infrecuentes de los adolescentes reciban tratamientos médicos que en un primer momento aparezcan como no invasivos (4º párrafo del art. 26 del CCCN), pero que por complicación propia de la practica u otra circunstancia, pueden derivar en prácticas que sí lo sean.

Esta situación empeora si el menor de edad se cree con la aptitud necesaria para actuar, sin estarlo, porque en este caso, con seguridad omitirá consultar con personas que puedan orientarlo.

4.- En general podría afirmarse que es imposible realizar una abstracción total de la situación social o personal afectiva o emocional de la persona que va a dar su consentimiento para un acto médico. No obstante, esa situación normal podría llegar a tomar ribetes de presión del entorno o de debilidad emocional del paciente que podrían llegar a viciar el consentimiento.

Pero la situación que más preocupa por su casi total invisibilidad, es la de las personas presionadas por el medio y la de las personas - generalmente mujeres- víctimas de violencia de género que, como se sabe, ven muy disminuida sino neutralizada su capacidad de decisión sobre su familia y aún en lo referido a su propio cuerpo.

En consecuencia, los operadores del derecho o de la medicina deberían estar muy atentos para evitar que estas situaciones se presenten, asesorando y acompañando suficientemente al paciente para que pueda tomar su decisión libremente y a conciencia.

³³Tobías, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, Editorial: Información Legal ~ LA LEY 16/12/2019; Cita online: AR/DOC/3915/2019.

5.- No advierto contradicción entre la Ley N° 26.529 esta norma y el art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que considero que esta última contiene previsiones que, sin modificar la ley específica, contemplan casos novedosos que facilitan el actuar médico y además, realiza la concordancia las leyes de discapacidad del paciente.

En síntesis, entiendo que la tal esmerada legislación sobre la libertad de decisión necesaria para dar el consentimiento informado para actos médicos puede verse amenazada en su finalidad si no se contempla en forma legislativa y, muy especialmente, a través de los protocolos de actuación que garanticen la igualdad de oportunidades para estos grupos vulnerables señalados.

En este orden de ideas, la CIDH también hace referencia al método de interpretación de las normas, las que dice que deben ser entendidas y aplicadas en forma dinámica que las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos Humanos en ellas contenidas deben ser aplicadas de manera práctica, teniendo en cuenta las costumbres, pero también las necesidades sociales actuales preservándola de todo anacronismo, debe ser interpretada la luz de las condiciones de la vida actual...Sin embargo, ello también tiene significativa importancia a los efectos de que la misma CIDH le interesa si sus normas son aplicadas concretamente, si las mismas pueden ser realizadas en la sociedad de manera plena o eficaz, de modo que el contenido de sus disposiciones no sean meras ilusiones o simples expresiones de deseos.³⁴

En el fallo "Furlán y familiares vs. Argentina" del 31/08/2012, se consideró que existió violación del art. 26 de la Convención Interamericana por las omisiones y deficiencias en la atención médica y la falta de orientación adicional por parte de las distintas instituciones del Estado involucradas, al obstaculizar el acceso a los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado que hubiera prevenido o disminuido el deterioro de la salud física y mental de la víctima.

A fin de hacer efectivo el plexo normativo señalado entiendo que revisten fundamental importancia los Comités de ética hospitalarios regulados por la ley 24.742 aunque en realidad fueron una creación casi

³⁴Copello Barone, Natalia; "El derecho a la salud en Argentina: su reinención a la luz de los derechos humanos" RCCyC 2023 (agosto), 347

pretoriana; sus antecedentes se encontraban en algunos comités de ética que eran referentes y reconocidos y consultados por situaciones complejas. Estos comités, integrados por un grupo interdisciplinario de personas, médicos, personal paramédico, miembros de la comunidad, abogados y miembros de distintas religiones, desarrollan su actividad dependiendo de la Dirección de los Hospitales, especialmente los que asesoran, aconsejan, son un cuerpo consultivo, aunque no tienen poder de decisión vinculante.

CONSENTIMIENTO INFORMADO – PROPUESTAS RESPECTO A LOS ACTOS MÉDICOS.

Por Amanda Elizabeth Palacios¹ y Marta Lucila Alejandra Torres Raineri²

I. CONCLUSIONES

Del análisis que implica el Consentimiento Informado en los Actos Médicos, sería conveniente adecuar la norma a las circunstancias particulares de determinadas prácticas médicas; Se propone: a) en los casos de urgencia que pusieran en riesgo la vida de las personas, quienes deban tomar la decisión, sean asistidos por personal idóneo; b) en prácticas no urgentes la información debe ser brindada con anticipación de al menos 72 horas; c) en casos del consentimiento por representación, se debería contar con información suficiente de la práctica a realizarse y d) en caso de afectación de los derechos subjetivos, el derecho objetivo deberá responsabilizar a los médicos, instituciones médicas y a los seguros, más allá de si se dio el consentimiento.

II. FUNDAMENTOS

1. RESUMEN

El consentimiento informado es consecuencia del reconocimiento y consagración de los derechos y actos personalísimos y como tal son derechos subjetivos específicos, extrapatrimoniales, oponibles erga omnes y “son

¹ Abogada, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Derecho Ambiental, Posgrado “Responsabilidad Social Ambiental Empresaria”, Profesor Adjunto a cargo de Derecho Civil Parte General y Adjunto a cargo de Derecho Sucesorio, Facultad de Derecho y Ciencia Política, UCSF -Sede Santos Mártires- Secretaria Relatora del Tribunal de Cuenta de la Provincia de Misiones.

² Abogada, Especialista en Derecho de la Empresa, Posgrado “Responsabilidad Social Ambiental Empresaria” Profesor Asociado Simple Derecho Empresario, Adjunto Semi Derecho Privado I, Facultad de Ciencias Económicas, UNaM, Responsable de Área Derecho, en Área Integrada II. Funcionaria Judicial Poder Judicial Pcia. Misiones

disponibles” por eso la persona humana presta su consentimiento informado; porque es un acto voluntario de ahí que la persona “Autoriza o rechaza”.

Como ya es sabido, el acto voluntario debe ser realizado con los elementos internos - discernimiento, intención y libertad- y el elemento externo - manifestación por un hecho exterior - conforme lo dispuesto en el art. 260 del CCyC que reza: “Actos voluntarios es el ejecutado con intención discernimiento y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”; esta exteriorización puede ser oral escrita o por signos inequívocos.

Razón por la cual, en los “actos médicos” donde la manifestación de la voluntad debe estar además munidas de determinados conocimientos, se necesitará del consentimiento informado: “acto por el cual el médico describe al paciente de la manera más claro posible el estado de salud y el procedimiento a seguir detallando los beneficios y riesgos que ellos implique, requiere de parte del paciente el entendimiento y la aprobación de dicho procedimiento”.

Ahora bien, existen situaciones en las cuales ese consentimiento informado se realiza de forma precipitada por la urgencia del caso o que quienes lo dan no tiene un cabal conocimiento de la complejidad de las prácticas a realizarse - encontrándose la persona indefensa, en un estado de necesidad - u otros en los cuales la capacidad cognitiva del paciente se encuentra afectado por razones de edad o enfermedad en los que son sus representantes los que deben contar con estos conocimientos e información para la toma de decisiones.

Los actos humanos se presumen voluntarios, de manera que las situaciones de excepción que obstaculizan a la celebración de un acto sin vicios deben demostrarse.

El C C y C en su art. 59 contempla el consentimiento informado en lo que se refiere a la actuación médica, dicho precepto coincide casi textualmente con lo establecido en el Capítulo III (arts. 5° y ss) de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente, que contempla en su inciso g (incorporado por la ley 26.742 el derecho a la “muerte digna”, o al rechazo de cualquier supuesto de terapias fútiles o de encarnizamiento terapéutico cuando el cuadro, por irreversible o terminal, evidencia que las mismas carecen de efectos curativos reales.

2. INTRODUCCIÓN

La autonomía del paciente y la doctrina del consentimiento informado tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana e inglesa (v. voto del juez Cardoso en el leading case "Schloendorff v. New York Hospital).

En nuestro país, su desarrollo ha tenido un fallo paradigmático de la Corte Nacional en el conocido precedente "Bahamondez" (1993). El derecho que se reconoce a toda persona de aceptar o rehusar un tratamiento o intervención médica propuesta por los médicos reposa en la autodeterminación y respeto de sus decisiones personales atinentes a su salud (art. 19 CN).

Durante el siglo XXI, se dictaron una serie de leyes nacionales incorporaron los postulados mencionados en relación al consentimiento informado en los actos médicos. A título de ejemplo, se mencionan los siguientes: ley 26.529 de Derechos de los Pacientes 26.529, ley 26.742 "derecho a la muerte digna", ley 17.132 de Régimen legal del ejercicio de la medicina (art.20), ley 24.193 de Trasplante de órganos (art. 13), ley 22.990 de sangre (art. 46) ley 26.657 de Protección de la salud mental (arts. 7 inc. j y 19).

La regulación normativa infraconstitucional de los derechos de la personalidad, de manera integral, ha sido un reclamo constante y reiterado de la doctrina nacional argentina, y que el CCyCN regula de manera sistemática en su Libro Primero, Título I, Capítulo 3, artículos 51 a 61 "Derechos y Actos Personalísimos", y dentro de éstos el "Consentimiento Informado en los actos médicos -art 59 y 60 del CCyC.", constituye el tema de este trabajo.

De Bahamondez a la fecha se ha escrito y legislado bastante, no ahondaremos en el análisis de toda la normativa, no obstante ello es importante resaltar que a casi una década de la vigencia del C.C. y C. se ha observado, que así como la medicina avanzó a pasos agigantados no todos los ciudadanos son capaces de comprender fehacientemente las prácticas que van a recibir, entendemos que existen pautas a considerar en resguardo del paciente, la autonomía de la voluntad, y la responsabilidad posterior tanto a médicos e instituciones médicas, derivada del acto médico, independientemente del otorgamiento del consentimiento otorgado.

3. MARCO REGULATORIO

- Código Civil y Comercial de la Nación - Art. 59.

- Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

4. DESARROLLO

La regulación del consentimiento informado en el C. C. y C en el Capítulo destinado a los derechos personalísimos demuestra su relevancia e importancia dada su íntima relación con la dignidad, integridad y autonomía de la persona.

Los derechos personalísimos -también llamados «derechos de la personalidad»- son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción u omisión del Estado ni de otros particulares”³ ;

Se trata de derechos extrapatrimoniales, indisponibles, o relativamente indisponibles, que acompañan a la persona a través de su existencia.

El Código Civil y Comercial de la Nación de 2015⁴ reguló de forma integral en el Título 1 Capítulo 3 estos derechos y dando respuesta a la demanda de la doctrina, sistematiza los derechos de la personalidad bajo el nombre:” Derechos y actos personalísimos”.

Respecto al consentimiento informado el art. 59 expone el principio básico para tratamientos médicos, a saber:” *que nadie puede ser sometido a un tratamiento médico sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario*”. Empero, el nuevo texto contiene además una definición del consentimiento informado o esclarecido y enumera el contenido de la información que debe recibir el paciente. Continúan vigentes las pautas en la materia establecidas en la ley 26.529 sobre Derechos del paciente que, en lo que aquí interesa, se ocupa del consentimiento informado en su art. 5°.

³ RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis Daniel “*Derecho Civil Parte General*” Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016, p.365.

⁴SAUX, Edgardo Ignacio, “*Tratado de Derecho Civil Parte General*” Tomo II , Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2018.

Esta última norma, contiene las reglas ahora expuestas en los incisos g y h del art. 59 que habían sido incorporadas a la ley 26.529 por ley 26.742 de "muerte digna". La ley 26.529 exige que, en determinados casos, el consentimiento sea escrito.

El art. 59 nada expresa en torno a la forma de la declaración de voluntad, a excepción de lo que se refiere a investigaciones cuya eficacia o seguridad no esté comprobada científicamente, respecto las cuales el art. 58 exige sea escrito.

El principio sentado en análisis es que ningún acto médico o investigación en salud puede realizarse sin el previo consentimiento libre e informado del paciente o la persona competente.

Puede afirmarse que el consentimiento informado consiste en la aceptación (o rechazo) por parte de una persona competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, una vez que ésta ha sido adecuadamente informada acerca de aquello que se le propone consentir.

Los requisitos básicos son la libertad, competencia e información suficientes.

La finalidad principal es favorecer la participación de las personas en el proceso asistencial que les atañe y promover su corresponsabilidad en la toma de decisiones clínicas.

La persona puede consentir un tratamiento pero también puede rechazarlo, y esto es lo que expresamente prevé el texto mencionado. Al permitir este rechazo, consagra expresamente el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

En cuanto a los tipos de consentimiento informado el artículo 59 contempla dos tipos de consentimiento informado: el otorgado para la atención médica del individuo y el dado para someterse a una investigación en seres humanos, es decir, para lo regulado en el art. 58, de modo que el consentimiento previsto en el inc. f del art.59 debe, no solo cumplir con lo que específicamente se prevé allí, sino también reunir los requisitos generales que se contemplan en esta norma.

La información debe ser clara, precisa y adecuada a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo, gravedad, tipo de enfermedad, etc.) y a su finalidad (tener conocimiento del estado de salud, obtener el consentimiento, conseguir la colaboración activa, etc.).

Referente a la representación el C CyC lo regula expresamente y precisa en qué supuestos es posible sustituir la decisión del paciente, la premisa es que si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, tiene habilidades para tomar una decisión y puede comunicar su voluntad, es “competente” para consentir por sí mismo un tratamiento médico sin la intervención de un “representante”; sólo por excepción, y en exclusivo beneficio del sujeto, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que guarda con aquel una relación de afecto humano/familiar que lo habilita a “decidir por” el otro.

El art. 59 prevé que ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Respecto a los menores de edad, en sintonía a los tratados internacionales el artículo 26 del C C y C se refiere a “la capacidad progresiva del menor” (reflejada en la pauta de madurez suficiente o grado de discernimiento) para el ejercicio de sus derechos personalísimos y la autonomía en relación al cuidado de su propio cuerpo, como así también para que sus opiniones sean tenidas en cuenta en el ámbito judicial y extrajudicial.⁵ A lo largo del CCyC, se mencionan muchos artículos para los cuales se requiere el consentimiento del menor.

Para la procedencia del consentimiento por representación el C. C. y C no solo exige que la persona esté absolutamente imposibilitada de consentir, sino también que medie una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud, debe tratarse de una situación que exige una decisión que no puede esperar, so pena de ocasionar un mal grave en la vida o salud del paciente, si no existe persona que pueda brindar el consentimiento por representación, situación excepcional atento a la amplitud de la norma, y si además el paciente no ha expresado su voluntad anticipadamente, el médico podrá proceder sin que medie consentimiento, siempre que su actuación sea urgente y tenga por objeto evitar un mal grave al paciente.⁶

⁵ RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis Daniel “*Derecho Civil Parte General*” Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016, p.259.

⁶ Caramelo, Gustavo ; Picasso, Sebastián ; Herrera. Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículos

5. JURISPRUDENCIA Y ACTUALIDAD:

a) Caso 1:

Merece destacarse la polémica que se desató en una oportunidad con los testigos de Jehová, quienes por razones religiosas, no aceptan transfusiones sanguíneas, resolviendo la Justicia Argentina en un fallo ejemplar donde se exalta el derecho a la libertad como derecho fundamental del ser humano que: "una persona enferma, pero con discernimiento, no puede ser obligada coactivamente a una terapia que repugna sus creencias religiosas, si esa negativa no implica riesgos para terceros, sino únicamente para la propia vida o la propia salud. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Cám. Fed. Comodoro Rivadavia-Chubut, Argentina, 15-06-89, "Bahamondez, Marcelo", ED 134-297).

b) Caso 2:

Consentimiento informado, médicos. Sumario de Fallo: Debe considerarse incumplida la obligación de recabar el consentimiento informado del paciente, pues un formulario genérico en el que se asienta que se le advirtieron al mismo "los riesgos eventuales del procedimiento" y "las reacciones inesperadas del organismo", no da fe alguna de la información otorgada dado que es de presumir que el paciente, en general, no tiene conocimiento médico alguno y, por ende, desconoce la extensión de los conjuntos "riesgos" y "reacciones inesperadas"; sin que pueda sostenerse que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derechos del Paciente y en momentos en que ya se encontraba vigente la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires existía una suerte de libertad de formas en materia de consentimiento informado. Melgarejo, Zunilda y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ responsabilidad médica. SENTENCIA 20 de Marzo de 2015 CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS.. CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD

AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Sala 03 Magistrados: Seijas - Zuleta - Centanaro. Id SAIJ: FA15370042.⁷

c) Caso 3:

MALA PRAXIS – RESPONSABILIDAD MÉDICA – DAÑOS Y PERJUICIOS – MEDICAMENTOS – RELACIÓN DE CAUSALIDAD – CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE – VALOR VIDA. Sumario del Fallo: Procedencia de una demanda de mala praxis por el suministro de un medicamento que podría tener consecuencias letales, sin haber efectuado todos los estudios previos al paciente, ni haberle informado acerca de las posibles repercusiones. Corresponde admitir la demanda de mala praxis, ya que se logró probar el nexo causal del fallecimiento de la paciente como consecuencia de los efectos secundarios padecidos a causa del suministro de un fármaco que le fuera prescrito por los profesionales dependientes del establecimiento demandado. La elección del fármaco como método de tratamiento, ante el fracaso de los anteriores, no importa de por sí una conducta médica reprochable; lo cuestionable es que no se cumplieron todas las medidas y estudios previos pertinentes para evaluar su posible repercusión en la paciente, conforme afirmó el perito médico. No es razonable sostener que la paciente, cursando su enfermedad, debiera analizar, comprender y examinar el prospecto de la medicación. La falta de consentimiento informado privó a la paciente y a su familia del derecho a conocer y, así, a decidir, de modo libre y consciente, sobre los beneficios y peligros de cada intervención; en lo particular, si aceptaban asumir los riesgos eventuales del tratamiento, o, al menos, si deseaban consultar con otro profesional o incluso incurrir en terapias alternativas. El obrar de los profesionales médicos fue negligente, en tanto se le prescribió a la paciente una medicación sin verificar de forma cabal sus potenciales consecuencias y sin anunciar de las implicancias del tratamiento, incluso de su posible desenlace fatal. El establecimiento asistencial asume frente al paciente una responsabilidad de naturaleza contractual directa, como consecuencia del contrato celebrado entre la clínica y el médico a favor del enfermo, cuya obligación principal surge del contrato de prestación de servicios médicos y consiste en suministrar la debida atención a través de las personas idóneas y los medios materiales suficientes y adecuados al efecto. E. M. A. y otros c/ Hospital de Clínicas José de San Martín y otros s/ daños y perjuicios – resp.

⁷ <https://juristeca.jusbaires.gob.ar/ics-wpd/images/juris/25748.pdf>

prof. médicos y aux. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación: K Fecha: 16 de agosto de 2022. Cita: MJ-JU-M-138368-AR|MJJ138368|MJJ138368. ⁸

d) Caso 4:

Responsabilidad médica, consentimiento informado, daños y perjuicios, juicio ordinario SUMARIO DE FALLO 13 de Marzo de 2020 Id SAIJ: SUI0081160 TEXTO El consentimiento informado aparece como la justificación misma de la legitimidad del acto médico, fundado en el derecho del paciente a su autonomía y su autodeterminación, cuya omisión puede originar la responsabilidad civil del galeno cuando se materializan los riesgos típicos sobre los cuales el paciente no ha sido informado; y el incumplimiento de la obligación de informar, en tanto y en cuanto está prescripta legalmente, forma parte de la "lex artis ad hoc" y trae aparejada responsabilidad aun cuando la prestación médica en sí misma se desarrolle correctamente. Fuente del sumario: OFICIAL FALLOS A LOS QUE APLICA Valiente, Viviana Haydee c/ Centro Médico San Lucas S.A. y otros/ ordinario daños y perjuicios SENTENCIA.CÁMARA DE APELACIONES. , 13/3/2020.

6. CONCLUSIONES

Del análisis que implica el Consentimiento Informado en los Actos Médicos, entendemos que sin perjuicio del carácter general de la normativa sería conveniente legislar considerando las circunstancias particulares de determinadas prácticas médicas :

a) en los casos de urgencia manifiesta que pusieran en riesgo la vida de las personas es importante que quienes deban tomar la decisión puedan ser asistidos por personal idóneo -Gabinete psicológico-, para la información no sólo esencial, sino también para las consecuencias posteriores que esa práctica puede traer aparejada.

b) en los casos en que las prácticas no sean urgentes la información debe ser brindada con una anticipación de al menos 72 horas a efectos de que el paciente pueda analizarlas fehacientemente c) en aquellos pacientes

⁸<https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/10/14/fallos-responsabilidad-medica-mala-praxis-por-el-suministro-de-un-medicamento-que-podia-tener-consecuencias-letales-para-el-paciente-sin-haber-efectuado-todos-los-estudios-previos-ni-haberle-inform/>

con capacidad restringida mayores de edad con problemas cognitivos y/o menores de 10 años, quienes tomen la decisión deberán contar con elementos fehacientes de que han entendido la práctica a realizar. d) en caso de afectación de los derechos subjetivos del paciente, el derecho objetivo deberá responsabilizar a los médicos, instituciones médicas y a los seguros, más allá de si se dio el consentimiento.

7. BIBLIOGRAFÍA

- LORENZETTI, Ricardo Luis, “ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo 1 Arts. 1º a 256. p. 275. - 1º ed.- Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2014.
- RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis Daniel “Derecho Civil Parte General” Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016, p.259.
- SAUX, Edgardo Ignacio, “Tratado de Derecho Civil Parte General” Tomo II , Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2018.
- Frisicale, María L.; Girotti Blanco, Sofia, “Decisiones por sustitución en la relación médico paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial”, MJ-DOC-7008-AR | MJD7008. Comentario al art. 60 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado .
- Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera. Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Infojus, Tomo I.

8. WEBGRAFÍA

- [www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)
- http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090024-pirot-responsabilidad_medica_situaciones_susceptibles.htm
- <https://aldiaargentina.microjuris.com/2022/10/14/fallos-responsabilidad-medica-mala-praxis-por-el-suministro-de-un-medicamento-que-podia-tener-consecuencias-letales-para-el-paciente-sin-haber-efectuado-todos-los-estudios-previos-ni-haberle-inform/>

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL ADULTO MAYOR.

Por María Cristina Plovanich¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado constituye un derecho personalísimo con base en la dignidad humana y la inviolabilidad personal, que permite consentir o rechazar libremente actos médicos, de acuerdo a los propios valores y proyectos de vida.

2. Tratándose de personas mayores la información médica podrá ser brindada al paciente, o al paciente y el apoyo designado judicialmente a estos efectos, o al paciente y la persona que aquel solicite que actúe como su apoyo en la instancia. Este apoyo ad hoc, no requiere autorización judicial para cumplir esa función. Deberá dejarse constancia por escrito de esa participación en la instancia informativa y toma de decisión.

3. En los casos de intervención quirúrgica de adulto mayor se requiere dar cumplimiento estricto a lo dispuesto por protocolo médico. El Acta de Información Sanitaria y el consentimiento informado debieran cumplirse en dos etapas separadas por un lapso de tiempo razonable, si la gravedad del caso lo permite.

4. Las dificultades de comprensión que la realidad humana presenta se acrecientan en medicina digitalizada, telemedicina, cirugía robótica, consultas a distancia etc. Deben extremarse los recaudos para un entendimiento seguro. En una futura regulación sobre el tema debe incorporarse el trato al paciente adulto mayor.

5. En las directivas anticipadas, si la persona mayor no las hubiera efectuado y hubiera perdido la capacidad de obrar o el pleno uso de sus facultades mentales, sus representantes legales podrán ejercer el derecho que establece el art. 59 in fine del CCyC. Los testimonios aportados, antecedentes y circunstancias de vida del paciente, permiten

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UNC. Profesora consulta. Facultad de Derecho UNC. Investigadora Cat. II. Profesora en cursos de posgrado. Prof. adjunta en Derecho Privado I-Parte General y Derecho Privado VII-Daños. Profesora en la UBP. Evaluadora en US21.

inferir cuál hubiera sido su decisión. De lo contrario, prolongar las condiciones en que se encuentra podría volverse humillante y vulnerar la dignidad de la persona afectada.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El tema del Consentimiento informado para actos médicos tiene implicancias en diversas áreas del derecho, en derecho privado se lo puede vincular a los derechos personalísimos y a la responsabilidad civil. Este trabajo se enfoca en los derechos de la personalidad y la autodeterminación de los adultos mayores en el ámbito de la salud.

Señalaré las condiciones que en esta franja etaria debe reunir el consentimiento informado. Se ha caracterizado al mismo como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Asimismo, se ha remarcado que, si bien el deber de revelar o de informar es un aspecto substancial, no debe perderse de vista la obligación de obtener un consentimiento libre del paciente. Consentir no es simplemente aceptar someterse al tratamiento, pues el enfermo debe tomar una verdadera decisión. Y hay dos aspectos esenciales de una decisión legalmente válida: el entendimiento o comprensión y la voluntariedad².

2. DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA. DIGNIDAD.

En los últimos años en el derecho privado se produjeron cambios trascendentes en materia de derechos de las personas, la capacidad de ejercicio, el ámbito de autonomía en cuestiones personales y patrimoniales. La evolución doctrinaria y legal respecto del concepto de persona humana expresa ante todo respeto a su dignidad, autodeterminación, igualdad real en el ejercicio de los derechos.

² HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M. La relación médico-paciente el consentimiento informado, Ad-Hoc, Buenos Aires 2003, p.21.

En doctrina, la catedrática española Encarna Roca, señala algunos de los cambios que este proceso genera, implica considerar a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable a las relaciones entre particulares y lo cual influye en el derecho de las personas. Supone abandonar el concepto tradicional de “ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”, ya la noción deja de concentrarse en la de “capacidad” o “capacidades”, el objetivo fundamental es el “desarrollo de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (art.1-1 de la Constitución española). Del mecanismo de las “capacidades” se pasa al de la personalidad, complejo de derechos que el ordenamiento reconoce al hombre por el hecho de serlo. Por lo tanto, personalidad significa titularidad de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones³. En esa línea de pensamiento Aída Kemelmajer expresa: “...mediante la vigencia efectiva de los derechos fundamentales se logra que los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad. De allí que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana exige respetar sus derechos fundamentales”⁴.

En general los autores encuentran el fundamento de los derechos humanos en la dignidad humana. En expresión de José Castán Tobeñas: “La dignidad humana parece ser el único concepto aceptado de manera universal e incontrovertida como fundamento de los derechos humanos en los textos jurídicos internacionales. En los “Preámbulos” de los Pactos Internacionales se reconoce que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana...”. Se puede decir por tanto que la idea de “dignidad” funciona como un “prius” o antecedente lógico respecto de cualquier intento de conceptualización o fundamentación ulterior de los mismos”⁵.

Nino, para quien es posible pensar en alguna teoría moral que justifique desde fuera del sistema del derecho positivo a los derechos

³ ROCA TRÍAS, Encarna, “*Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona*”, en Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José L. Lacruz Berdejo, Bosch, Barcelona, 1993, t.II, p. 1895 y ss.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Constitucionalización del Derecho Privado de las Personas, Cuestiones modernas de Derecho Civil*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2011.

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, 4º edición, Reus S.A., Madrid, 1992, p. 24.

fundamentales, propone tres principios morales de los cuales se derivan los derechos básicos. A dichos principios los considera categóricos y erga omnes, son: a) de inviolabilidad de la persona: que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos, b) de autonomía de la persona: que asigna un valor intrínseco a la prosecución de planes de vida y c) de dignidad de la persona, que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. Exalta la relevancia de la voluntad o del consentimiento de los individuos: "de este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro". No se trata, explica Nino, de sostener que la mera voluntad sea el elemento final de la justificación moral de una conducta; hay marcos normativos (prohibiciones, obligaciones, responsabilidades, etc.) que delimitan la admisión de esa voluntad, por ejemplo, que no produzca ciertos daños al sujeto que la emite o a otros vinculados con él⁶.

Las referencias en los textos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la realización personal, se ligan de modo directo a la dignidad a través del valor libertad y autonomía, que en el campo del derecho privado consagra la autonomía de la voluntad o autodeterminación.

En bioética, autodeterminación supone la habilidad de toda persona para adoptar las decisiones que considere más convenientes en orden al ejercicio de sus derechos personalísimos a la vida y a la salud. Este concepto no es estanco, sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.

3. MARCO LEGISLATIVO

En la época en que se sancionó la Ley de ejercicio de la medicina, Ley 17132⁷, en la relación médico-paciente había un marcado predominio y

⁶ NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., (Buenos Aires, 1989), Ed. Astrea, ps. 46 y 267, 299.

⁷ Ley de ejercicio de la medicina, Ley 17132/1967.

superioridad de la figura del profesional de la salud, que se reflejaba en su poder de decisión sobre cualquier acto médico, el paciente tenía escasa o nula determinación frente a esta especie de paternalismo médico. Conforme el art. 19 los profesionales de la medicina están obligados a respetar la voluntad del paciente y requerir su conformidad en caso de operaciones mutilantes, pero no hay mención concreta al deber de información⁸. En la Ley 23.798, Lucha contra el Sida también se establece la obligación de informar al paciente sobre el carácter de la enfermedad y el derecho a recibir atención médica.

Es en la Ley 21.541/1977, Ley de trasplantes de órganos, donde se introduce por primera vez en su art. 11 el deber de “informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación e implante...”⁹.

La relación de predominio del profesional de salud se mantuvo hasta el año 2009 en el que se sancionó la Ley 26529 que consagró legalmente los derechos del paciente, circunstancia que representa reconocer el poder de determinación del paciente para decidir sobre cualquier acto médico que se le indique o proponga, ya sea aceptación o rechazo al mismo.

Algunas de las leyes en el orden interno en el ámbito de la salud que se expresan en el mismo sentido son la Ley 26.742 que regula la Muerte Digna; Ley 26.657, Salud Mental, Ley 26061, Ley de los derechos del niño.

En legislación internacional se destaca el aporte que hacen la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de

⁸ CROVI, Luis Daniel, “El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derechos del paciente, 2010-3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 93 y sgtes.

⁹ Ley de trasplantes de órganos, Ley 21.541/1977 y sus modificatorias. IV.- De la previa advertencia médica a dadores y receptores. Artículo 11. Los Jefes y Subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el Artículo 3, deberán informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación e implante, según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes. Luego de asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador y del receptor, así como de la opinión médica sobre los riesgos de esta operación, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes, tanto para el dador como para el receptor deberá quedar constancia debidamente documentada de acuerdo con las normas que se establezcan por vía reglamentaria.

Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁰ y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIDPD y CIPDHPM respectivamente). Si bien no puede ligarse de modo inmediato la edad avanzada con la discapacidad, es una realidad que el transcurso del tiempo causa limitaciones que pueden originar barreras. En ambas se adopta el modelo de protección basado en los derechos humanos, se pasa del modelo médico de la discapacidad al de derechos humanos, se redefine a la discapacidad conforme al modelo social¹¹; se adoptan nuevos principios rectores en la materia y se reemplaza el "régimen de sustitución en la adopción de decisiones de la persona por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona"¹². Todas estas normas han sido receptadas por el CCyC.

En cuanto al resguardo de los derechos de la ancianidad la R. Argentina adhiere a la CIPDHAM¹³. En palabras de Alejandro Robino "la ratificación de la ley 27360, constituye la culminación de todo un complejo movimiento de visibilización de los adultos mayores como sujetos de derecho y de búsqueda de una mayor protección de sus derechos, así como también se instituye en un instrumento que representa el punto de partida de un proceso de reformas normativas e institucionales orientadas a que este nuevo enfoque terminen impactando en la realidad y la vida de las personas mayores"¹⁴.

4. PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE LAS PERSONAS EN EL CCYC

Entre las modificaciones más trascendentes en la legislación interna se encuentra el CCyC, que recepta cambios culturales, opiniones

¹⁰ CIPCD se ratifica mediante la ley 26.378¹⁰, como asimismo su Protocolo Facultativo.

¹¹ Preámbulo de la CIDPD, párr.e): "Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena.

¹² Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), CRPD/ARG/CO/1, 27/9/2012, párr.20.

¹³ Se ratifica en 2017 por Ley 27360 y le dio jerarquía constitucional mediante la Ley 27.700

¹⁴ ROBINO, Alejandro D., Análisis de la ley 27360, CIPDHAM. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, Junio 2018, p. 397.

doctrinarias y jurisprudenciales, y lo dispuesto en Convenciones internacionales y leyes previas en el orden nacional.

Entre los ejes troncales del CCyC en el Derecho de las Personas, el Profesor Miguel Federico de Lorenzo¹⁵, destaca: a) constitucionalización del D.Privado. En su opinión se produjo la constitucionalización de la cultura jurídica.

b) Otro eje es que se rompe el mito de que todos somos iguales. El legislador parte de desigualdades, piensa y mira a la persona situada, abandona la idea de la persona abstracta. Se mira a la situación jurídica, cómo se ubica la persona ante el derecho: edad, NNyA, AM, género, salud, consumidores, vulnerables. Se busca establecer una igualdad real a través de la aprobación de nuevas formas de consagración de derechos de la persona, no como individuo sino como perteneciente a un grupo o conjunto de la sociedad (enfermos, ancianos, niños, etc.). Es lo que se ha denominado “retorno de los estatus” como refieren Guido Alpa¹⁶ y José Tobías en nuestra doctrina¹⁷. A los derechos de “la persona”, se agregan los “de las personas”, en cuanto perteneciente a un grupo o conjunto social.

De Lorenzo considera más apropiado hablar de “autodeterminación” y no “autonomía”. La primera mira a la persona concreta, en su situación jurídica ante el derecho, que toma decisiones que le permiten hacer sus planes de vida, mientras que autonomía es una categoría patrimonial, pensada para la circulación de los bienes. Son categorías cercanas, pero no idénticas, no son homólogas.

c) Hay apertura, se sale del perfeccionismo, es contra hegemónico. Abandona la idea de que el Estado tiene la misión de establecer planes y proyectos de vida, que se supone son buenos y mejores para todos, cede el paternalismo. La ley es el medio para que las personas creen su proyecto. Es un derecho de las personas pluralista, rechaza la filosofía perfeccionista, se abre a la diversidad.

¹⁵ DE LORENZO, Miguel Federico, Conferencia brindada en las Jornadas virtuales sobre Sistema y Filosofía del Derecho Privado actual, 19/11/2020. Organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

¹⁶ ALPA, G., Status e capacità, la costruzione giuridica delle differenze individuali, Ed Laterza, 1993, p.202.

¹⁷ TOBÍAS, José W., Tratado de Derecho Civil. Parte General. T.I, Ed. La Ley, Año 2018, p. 346-347.

El CCyC inaugura el capítulo relativo a los derechos personalísimos con el art. 51 que dispone: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Por primera vez, se introduce la palabra “dignidad” en un CCyC argentino, lo que implica un cambio de concepción y paradigma.

Se introducen cambios relevantes en lo referido a capacidad de ejercicio y autodeterminación en el ámbito de la salud. Dice el art. 23 CCyC: “Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y sentencia judicial”; el art 31 determina que la capacidad de ejercicio se presume, las limitaciones son excepciones. El art. 43 regula la figura de los apoyos, medidas que tienen como función promover la autonomía y facilitar la comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos. Merece resaltarse que el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez evaluará los alcances de la designación, la resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo. Son muestras claras del respeto al principio de capacidad de ejercicio y derecho de autodeterminación.

5. DECISIONES DEL ADULTO MAYOR RESPECTO A LA SALUD

En el ámbito de la salud el CCyC incorpora normas que tratan el consentimiento informado y directivas anticipadas. El art. 59 dispone que el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada y el art. 60 prevé la posibilidad de realizar directivas anticipadas respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Es un derecho personalísimo que le pertenece a la persona por la sola condición de ser tal y que le permite -como paciente-, consentir o rechazar toda propuesta o indicación médica, luego de haber sido debida y suficientemente informada por el/la profesional de la salud.

La CIDHPAM en el art. 11 refuerza estos conceptos, expresa de modo contundente que la negación del derecho a brindar consentimiento

libre e informado en el ámbito de la salud constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor¹⁸.

Cuando la persona mayor o adulto mayor deba afrontar una decisión que atañe a su salud entiendo que el pie de igual en la relación médico paciente es formal, porque en la realidad en numerosas ocasiones la situación del paciente suele ser de vulnerabilidad, dada la aflicción, emociones, que pueden enturbiar su acabada comprensión. De allí las

¹⁸ CIDHPAM. Art. 11. Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud

La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

exigencias respecto a la información y la comprensión de la misma. Por tanto, el chequeo de la información no puede ser estandarizado, sino que debe hacerse según el caso concreto, a medida del paciente.

Sobre el particular, se ha expresado que "la información debe ser adecuada a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo, gravedad, tipo de enfermedad, etc.)... Es imprescindible un análisis personalizado y prudente, es decir, adecuado a cada situación, con el fin de respetar las necesidades de cada persona y las preferencias de cada una en cada momento..."¹⁹.

Tratándose de personas mayores el consentimiento informado, podrá ser brindado al paciente, o al paciente y el apoyo designado judicialmente a estos efectos, o al paciente y la persona que aquel solicite que actúe como su apoyo en esta instancia. Este apoyo ad hoc, no necesariamente debe ser autorizado judicialmente para cumplir esa función, pero sí deberá dejarse constancia por escrito de su participación en la instancia informativa y toma de decisión.

En los casos de intervención quirúrgica se requiere dar cumplimiento estricto a lo dispuesto por protocolo médico. La información y el consentimiento informado debieran cumplirse en dos etapas, separadas por un lapso de tiempo razonable si la gravedad del caso lo permite. La primera será la información oral facilitada por el médico sobre la enfermedad, indispensable para permitir al paciente y/o a su apoyo o representante legal el ejercicio de los derechos contenidos en las leyes 26.529 y 26.994, y en base a ello poder brindar el consentimiento para la ejecución o no de los procedimientos terapéuticos propuestos. Se interrogará a la persona sobre la comprensión de lo que ha sido explicado, instándolo a que efectúe todas las preguntas que satisfagan sus interrogantes, las que deberán ser contestadas a su satisfacción. En el mismo acto, hacer entrega de un Acta de Información Sanitaria, donde consten: los antecedentes médicos, estado de salud (de acuerdo al examen clínico, estudios de laboratorio y de imágenes realizados, etc.), la propuesta terapéutica; si fuera necesaria intervención quirúrgica, señalar las características de la misma, los riesgos: habituales, poco graves

¹⁹ Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" - Título Preliminar y Libro Primero (artículos 1 a 400), Infojus, 2015, p. 146.

y frecuentes, poco frecuentes y graves, riesgos propios del paciente; tratamientos alternativos. Dejar constancia por escrito, instrumentando dos copias de la recepción del Acta de información con la firma del paciente y su apoyo o representante legal, donde quede claro la posibilidad de revocar la decisión.

Luego de un tiempo de reflexión que, según lo permita la afección podrá ser más o menos prolongado - por ej. 7 a 15 días-, se procederá a la firma del Consentimiento informado. Allí el paciente manifiesta que ha reflexionado detenidamente sobre la información contenida en el Acta de Información Sanitaria que le fuera entregada y en ejercicio de las facultades conferidas en las normas referidas expresa su autorización o negativa a que el profesional médico y su equipo profesional realicen o no el procedimiento informado. Previa lectura y ratificación, todas las partes suscribirán el acta que se instrumenta en dos copias.

Las dificultades de comprensión que la realidad humana presenta se acrecientan en medicina digitalizada, telemedicina, cirugía robótica, consultas a distancia etc. Deben extremarse los recaudos para un entendimiento seguro. En una futura regulación sobre el tema debe incorporarse el trato al paciente adulto mayor. Se reitera, el consentimiento informado constituye un derecho personalísimo que tiene asidero en la dignidad humana y la inviolabilidad personal y que nos permite consentir o rechazar libremente actos médicos, de acuerdo a nuestros valores y proyectos de vida²⁰. Como expresa Kemelmajer “no se trata sólo de tener derechos, sino de poder ejercerlos”²¹.

Es preciso formar pautas interpretativas armónicas en las decisiones judiciales, que en cuestiones vinculadas a personas mayores las consideren titulares de derechos, no un grupo vulnerable que es objeto de protección.

En el punto particular de las directivas anticipadas, si la persona no la hubiera efectuado o no hubiera prestado el consentimiento informado y hubiera perdido la capacidad de obrar o el pleno uso de sus facultades

²⁰ LONGO, Patricio Octavio, “El consentimiento informado y el buen morir”, Boletín diario Rubinzal Culzoni, 28/12/2023, Cita: 739/2023.

²¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Las acciones colectivas y el derecho de la mujer a optar por la interrupción voluntaria del embarazo”, Rubinzal Culzoni, Boletín diario 25/6/2024, Cita: 355/2024.

mentales, sus representantes legales podrán ejercer el derecho que establece el art. 59 in fine del CCyC: “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”. Los testimonios por ellos aportados, antecedentes y circunstancias de vida del paciente, permiten inferir cuál hubiera sido su decisión. De lo contrario, sobre todo si se trata de un adulto mayor, prolongar las condiciones en que se encuentra podría volverse humillante y vulnerar la dignidad de la persona afectada.

Una situación dramática vivida en el año 2023 en Córdoba, R. Argentina, patentiza estas discrepancias. Luego de sufrir un traumatismo craneano un hombre de 64 años es internado en hospital público, dependiente de la Municipalidad de Córdoba, donde se determina su estado vegetativo. El paciente no había formulado directivas anticipadas por escrito, pero la familia en base a conversaciones previas mantenidas en distintas oportunidades, solicita el retiro de todo soporte vital ya que esa hubiese sido su voluntad. Los médicos así lo hacen, pero cinco días más tarde es reconectado aduciendo que la ley provincial determina que deben transcurrir 12 meses. Plazo que no establecen la Ley de Derechos del Paciente, ni el CCyC. La familia presenta un amparo contra la Municipalidad y el hospital solicitando que se respete la voluntad del paciente y el retiro del soporte vital. Dos meses después una Cámara en lo Contencioso Administrativo aprobó el recurso de amparo y autorizó la muerte digna pero el Municipio apeló, y debió resolver el Superior Tribunal de la Provincia²². Este tribunal manifiesta en primer lugar: “La dignidad y la autonomía como soportes de la personalidad moral de todo ser humano”. Expresa que la ley provincial está siempre en conexión con las disposiciones constitucionales o de derecho de fondo que, por su jerarquía normativa superior, la condicionan. En todo ese entramado sobresalen dos conceptos jurídicos que, en la temática, resultan intangibles: dignidad y autonomía; el primero se funda en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos, es

²² S. O., R. M. y otros vs. Municipalidad de Córdoba s. Amparo Ley 4915. Cám. Cont. Adm. 2ª Nom., Córdoba, Córdoba; 28/09/2023; Rubinzal Online /// RC J 4162/23. Expediente SAC: 12077654 – S. O., R. M. y otros c/ Municipalidad de Córdoba -Amparo Ley 4915 Protocolo de sentencias. Número: del 02/11/2023 T.S.J. (Córdoba) En pleno.

un “valor fundacional o central”. El tribunal exhorta a la autoridad de aplicación de la Ley n.º 10058 (Ministerio de Salud de la Pcia de Córdoba) que implemente un programa de capacitación para los establecimientos y profesionales de la salud bajo su órbita sobre cómo deben armonizarse las disposiciones normativas de fondo (CCC y Ley n.º 26529) con la local; ello, para posibilitar que los pacientes puedan ejercer los derechos (relativos a su autonomía y consentimiento informado) que la legislación vigente les garantiza.

6. REFLEXIÓN FINAL

La realidad nos indica que hay tareas pendientes para lograr hacer operativos principios constitucionales básicos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, de la dignidad de la persona, bienes que son vitales para el bienestar general y que el Estado debe proteger interviniendo adecuadamente.

No hemos llegado a la meta, sigamos caminando en esa senda. Un paso a dar debiera ser el debate sobre Muerte asistida, el respeto a la dignidad, libertad y autodeterminación del paciente lo merecen.

**EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA
RESPONSABILIDAD MÉDICA Y EL DAÑO RESARCIBLE.
DELIMITANDO FRONTERAS**

Por Luis R. J. Sáenz¹

I. CONCLUSIONES

1. La obligación del médico de recabar el consentimiento informado del paciente es una obligación de resultado, distinta de la prestación principal comprometida por el galeno.

2. El incumplimiento del deber de recabar el consentimiento informado del paciente no genera un daño moral autónomo para la víctima, quien debe acreditar el perjuicio concreto padecido.

3. El daño resarcible derivado de la omisión de recabar el consentimiento informado por parte del paciente se relaciona con las posibilidades de que el paciente rechace o no el tratamiento de haber sido debidamente informado.

4. Si no existen posibilidades de que el paciente se niegue al tratamiento, de conocer el riesgo ínsito en la intervención, entonces no hay un daño cierto. Si es claro que el enfermo se hubiera negado al tratamiento de conocer el peligro, entonces el médico debe resarcir la totalidad del perjuicio padecido. Pero si se desconoce con certeza este extremo, entonces el daño se deriva de la pérdida de la chance de negarse a llevar adelante el tratamiento.

¹ Abogado, graduado en la Universidad de Buenos Aires. Adjunto de las materias Elementos del Derecho Civil y Obligaciones Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Asociado de Derecho de Daños en la Universidad de Palermo. Juez Nacional en lo Civil. Subdirector de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UBA. Subdirector del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Docente de posgrado en la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y de la Universidad de Palermo.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Enseña el profesor Tobías que, en la actualidad, es indudable que, al menos como regla general, la licitud de cualquier tratamiento, intervención o práctica médica requiere recabar el consentimiento previo del paciente. Y ello es así más allá de cuál sea el fundamento en que asentemos tal deber, que para algunos se deriva del derecho personalísimo a la integridad psicofísica -o como consecuencia del derecho a disponer del propio cuerpo- y, para otros, el derecho a la libertad del que es emanación la facultad de autodeterminación².

Esta regla general emana de dos disposiciones fundamentales que rigen en la materia. Por un lado, el art. 2 de la ley 26.529³ que, primero en el tiempo, prevé -en su inc. e- el derecho del paciente “(...) *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 voluntad*”. Por el otro, el mismo CCC regula la cuestión en el art. 59 que, luego de establecer las pautas que rigen el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud por el paciente, dispone que “(...) *Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario*”.

En definitiva, poca duda puede existir hoy respecto de que el deber de recabar el consentimiento informado del paciente tiene una relevancia preponderante, determina la licitud del accionar del médico, y es uno de los aspectos de la práctica médica que mayor evolución ha tenido en las últimas décadas⁴. Y, siguiendo este derrotero, es claro que el estudio del consentimiento informado del paciente para la realización de la práctica médica involucra el análisis de distintas cuestiones, de vital trascendencia (v. gr. el fundamento jurídico del deber de recabar el consentimiento

² Tobías, José W., “El asentimiento del paciente y la ley 26.529” en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de 'Anales'*, La Ley, Buenos Aires, 2010, nro. 48, p. 7.

³ Ley de Derechos del Paciente, en adelante, LDP.

⁴ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 165.

informado, el contenido de la información brindada por el médico, cuáles son los supuestos en que el médico puede prescindir de informar al paciente -por las circunstancias del caso-, cómo debe brindarse la información, cuál es la finalidad de la información que se debe brindar, quien tiene la carga de probar el cumplimiento del deber de información, etcétera).

Sin embargo, no pretendemos en este humilde aporte realizar un estudio completo de un campo tan vasto, sino referirnos a un aspecto de esta temática que, a no dudarlo, presenta una especial relevancia en la materia. La cuestión que pretendemos abordar, en concreto, se vincula con cuál es el daño resarcible frente al incumplimiento del deber de información por parte del médico. Y, para realizar dicho análisis, debemos comenzar por distinguir el daño que se configura frente a la infracción de la obligación de informar por parte del galeno, del ocasionado por el accionar culpable del profesional, extremos que muchas veces aparecen vinculados, aunque poco tienen que ver entre sí (1). Luego, podremos delimitar, justamente, el campo de cada uno de los perjuicios que se pueden derivar del incumplimiento aludido, y que -cabe ya adelantar- son distintos según el caso al que nos enfrentamos (2).

2. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL DAÑO GENERADO POR LA MALA *PRAXIS* DEL MÉDICO

Como es sabido, el médico, en su desarrollo profesional, asume diversas obligaciones. Empero, la prestación principal comprometida por el galeno es el acto puramente médico⁵, es decir, el diagnóstico y tratamiento de la dolencia que aqueja al paciente. En casi todos los casos en los que se encuentra comprometido el desarrollo de esta obligación principal, el profesional responde subjetivamente por los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la práctica médica, ya sea su responsabilidad contractual o extracontractual⁶.

En efecto, en el primer supuesto el galeno se compromete a desarrollar un plan de conducta diligente en el tratamiento del paciente, pero

⁵ Siguiendo la terminología utilizada por el profesor Bueres (*Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 345).

⁶ Ver por todos: Bueres, *Responsabilidad civil...*, cit., p. 524; Cazeaux, Pedro N. – Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. V, p. 681.

no asegura el interés perseguido por el enfermo (obligación de medios, arts. 774, 1749, 1768 y concs. del CCC). En el segundo, la responsabilidad del médico se rige por lo dispuesto en el CCC respecto de la responsabilidad por hecho propio, de modo que, también en estos casos, para que nazca el deber de resarcir debe acreditarse la culpa del experto (arts. 1721, 1749, 1768 y cctes. de dicho cuerpo legal). Como sea, en cualquiera de estos casos la responsabilidad del médico es subjetiva, y requiere que se pruebe su accionar negligente en el desarrollo de la práctica médica para que nazca en su cabeza la obligación de indemnizar.

Sin embargo, cuando nos referimos al incumplimiento por parte del galeno del deber de recabar el consentimiento informado del paciente la solución aparece distinta. En primer lugar, pues en estos casos, a la luz de las disposiciones antes transcritas de la LDP y del CCC, es claro que recae sobre el médico la obligación de informar al paciente sobre las características de la intervención a la que se va a someter, y obtener su asentimiento para la realización de la práctica médica. Se trata, a todas luces, de un deber de resultado, no de medios⁷. Es que no resulta suficiente con que el experto desarrolle un plan de conducta diligente: debe asegurar que el paciente obtenga una información completa, clara y detallada de la intervención a la que va a ser sometido, los riesgos que implica, las posibilidades de mejora con las que cuenta, los medios o tratamientos alternativos existentes, etcétera (art. 59 del CCC).

Como se echa de ver, la obligación en uno u otro caso, si bien se encuentran relacionadas, son independientes, y aluden -en general- a consecuencias disvaliosas para el paciente causadas por sucesos distintos. En otros términos, la conducta del médico y el resultado que se presenta son diferentes. Un ejemplo resulta útil para ilustrar la cuestión. Supongamos que el paciente debe someterse a una operación compleja, cuyo fin es extirpar un tumor que se encuentra ubicado cerca de uno de sus riñones. En el caso, el médico actúa negligentemente al tratar al paciente, utiliza una herramienta inadecuada para el desarrollo de la práctica médica, y lesiona ese órgano del enfermo. Estamos, a no dudarlo, frente a un supuesto en el cual el accionar negligente del médico en el desarrollo de la operación⁸ es causa adecuada

⁷ Kirpach, María Belén, “De la responsabilidad civil médica frente a la falta de consentimiento informado del paciente”, *RCCyC* 2024 (junio), 167.

⁸ Es decir, el cumplimiento inexacto del plan prestacional por parte del deudor de la obligación de medios.

del daño sufrido por el paciente. En el supuesto propuesto es el accionar culpable del médico lo que determina el resultado que debe afrontar el paciente y, por ende, el profesional debe resarcir el daño padecido por la víctima.

Sin embargo, en el caso del consentimiento informado del paciente para la realización del acto médico la cuestión es distinta. Aquí nada tiene que ver la culpa del galeno, o el resultado dañoso que debe afrontar la víctima. De lo que se trata es del incumplimiento de la obligación de resultado a cargo del médico de recabar el consentimiento informado y, por ende, del deber de resarcir el daño ocasionado por dicho incumplimiento, que no coincide -en la mayoría de los casos- con un accionar culpable por parte del profesional.

En este sentido, supongamos que el médico omite informar al paciente un riesgo ínsito en la operación a la que va a someterse, consistente en que, por tratarse de una intervención que se realiza en la columna vertebral del enfermo, puede quedar cuadripléjico como consecuencia de la práctica⁹. O que el médico que va a realizar un estudio de fibro-colonoscopia no pone en conocimiento del interesado que es un riesgo de la intervención a la que está por someterse la posibilidad de sufrir una lesión intestinal¹⁰.

En ambos supuestos el daño sufrido por el paciente en su integridad física no se deriva del accionar médico. Más aún, se trata de la concreción de un riesgo que, si lo valoráramos en su relación causal con la conducta médica, nos encontraríamos ante un caso fortuito o fuerza mayor. En otros términos, la consecuencia disvaliosa que afecta al paciente en los casos en que el galeno incumple el deber de información no guardan relación causal con la conducta del profesional, y constituye para él un hecho que, si bien es previsible¹¹, no puede evitarse.

Es este un punto medular de la problemática en estudio: los daños sufridos por el paciente que ha sido bien tratado, pero sin su consentimiento, no son imputables a la responsabilidad culposa del médico, sino a que dicho

⁹ CNCiv, Sala A, 25/9/2012, "A., N. A. c/ B., A. y otro s/ daños y perjuicios", Libro nro. 593.116.

¹⁰ Cám. Civ. y Com. de Necochea, 4/4/2012, "S., M. c/ L., A. M. s/ daños y perjuicios", El Dial 7977.

¹¹ Y es por esta misma circunstancia que integra la información que el médico debe brindar al paciente..

profesional carga con el riesgo ínsito en la intervención a la que va a someterse el paciente, como consecuencia del incumplimiento del deber de información que pesa sobre él. En otras palabras, no es en el terreno de la culpa en el que debe evaluarse el alcance real del consentimiento del paciente, sino en el de los riesgos que presupone la práctica médica¹².

Lo mismo ocurre cuando el accionar del médico impide al paciente negarse a un tratamiento por razones que atañen a su autodeterminación personal. En efecto, si el paciente practica una religión que le impide recibir una transfusión de sangre, y se opone a ese tratamiento, la omisión del galeno de recabar el asentimiento para el acto médico determina -como lo veremos más adelante- la violación del derecho a la autodeterminación del paciente y, probablemente, una lesión a su interés extrapatrimonial. Pero, como es claro, el daño no está constituido por el hecho de la transfusión en sí misma, que difícilmente podría ocasionar un daño al paciente.

Con ello, a los fines de evaluar la responsabilidad medical por el incumplimiento de recabar el consentimiento informado del paciente, debemos tener en cuenta que nos referimos a una obligación distinta de la comprometida en el acto puramente médico a cargo del profesional y que, a diferencia de este último, se trata de una obligación de resultado. Asimismo, el daño que se deriva del incumplimiento de este deber específico es también distinto del riesgo que se concretiza para el paciente, pues este último es ajeno a la conducta desplegada por el médico, y no puede ser evitado por él, pues se trata de un riesgo ínsito en la práctica médica que se está realizando. El interrogante que surge, arribado este punto del análisis, es cuál es el daño que se deriva del incumplimiento en cuestión, lo que abordaremos enseguida.

3. EL DAÑO RESARCIBLE EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE RECABAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO POR PARTE DEL MÉDICO

De lo dicho hasta aquí nos resulta claro que el incumplimiento por parte del profesional de recabar el consentimiento informado del paciente tiene, como correlato inevitable, el deber de resarcir los daños derivados de la mentada infracción de la obligación preexistente a su cargo y que, como

¹² Dalcq, Roger, *Traité de la responsabilité civile*, Bruselas, 1967, v. II, n. 1071.

queda dicho, es una obligación de resultado, distinta de la comprometida por el acto puramente médico.

Ahora bien, ¿cuál es el daño que se deriva de la infracción al deber de recabar el consentimiento informado del paciente? El incumplimiento por parte del profesional de recabar el consentimiento informado, ¿genera *per se* un daño moral al paciente? ¿Existe un daño autónomo derivado de la omisión de recabar el consentimiento informado, y la lesión de los derechos personalísimos del paciente?

Existe un sector de la doctrina que se orienta en este sentido. La Corte de Casación francesa, en un precedente en el que consideró que no existía una oportunidad de que el paciente se negara al tratamiento¹³, concluyó también en que no existe un daño moral distinto del que podría derivar de la pérdida de esa oportunidad de negarse al tratamiento¹⁴. Sin embargo, con posterioridad modificó esa tesis, y considero que, en esos casos, existe un daño distinto de la pérdida de una chance de evitar la realización del riesgo: el perjuicio moral que le causa el incumplimiento del deber de informar por parte del médico, que se configura por la imposibilidad de la víctima de tomar las precauciones pertinentes frente a la posibilidad de que se concrete un daño en su persona o integridad física¹⁵.

También la jurisprudencia argentina tiene precedentes que parecen dirigirse en este sentido. En este sentido, el precedente ya citado, en el cual se realizaba un test de HIV a un paciente que pretendía afiliarse a una empresa de medicina prepaga sin requerir su consentimiento, concluye en que “(...) *el solo hecho de haber omitido el requerimiento del consentimiento para la realización de la práctica médica en cuestión, sirve para producir violación del derecho a la intimidad que toda persona tiene, configurándose el ilícito por la sola acreditación de la inexistencia del mentado consentimiento*”¹⁶.

¹³ Pues, de haber sido informado del riesgo que importaba la intervención, igual se habría sometido al tratamiento, pues corría riesgo de muerte.

¹⁴ Corte de Casación francesa, Civ., 1ra, 6/12/2007, obs. Phillipe Stoffel-Munck.

¹⁵ Corte de Casación francesa, Primera Sala Civil, 3/6/2010, *Bulletin* 2010 I, nro. 128, porvov nro. 09-13.591.

¹⁶ Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Zárate, 31/7/2012, “C., C. M. c/ A., M. I. Z. s/ daño moral”, El Dial AA78A4.

Otro fallo que ilustra esta cuestión es un caso de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el cual el médico omitió informar a una mujer que se había sometido a un método de anticoncepción -ligadura y sección de las trompas de Falopio- que dicho procedimiento era falible. A la postre, la paciente quedó embarazada, y demandó -junto al padre del menor- al médico, por el incumplimiento del deber de información. En su voto, la vocal preopinante, luego de considerar que la vida no puede constituir en sí misma un menoscabo a un interés lícito, sostuvo que el daño inferido a la madre está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación, causados por la falta de suficiente información¹⁷.

No coincidimos con la conclusión a la que se arriba en los precedentes aludidos. Es que la sola violación de un derecho, si bien puede constituir un acto ilícito desde un punto de vista formal, no resulta suficiente para considerar, como se propone en los casos citados, que existe un daño autónomo derivado de la violación del derecho, ya sea a la libre autodeterminación del paciente, o de la falta de preparación de este último para el riesgo ínsito en la práctica a la que se va a someter. El desacierto de tal conclusión consiste, justamente, en confundir la antijuricidad del accionar del galeno -quien incumplió el deber de informar-, con la existencia de un daño resarcible.

Es dable resaltar que la conclusión a la que arribamos no conduce a que, en los casos de nuestro país utilizados como ejemplo, no exista un daño resarcible derivado del incumplimiento de recabar el consentimiento informado. Pero dicho menoscabo no se deriva de la mera infracción al derecho, sino de la lesión a los intereses del damnificado derivados del incumplimiento¹⁸. Por un lado, en el caso del análisis no consentido, el daño moral es consecuencia de la realización de una práctica médica no admitida en sí misma. Por el otro, cuando se omitió informar la eventual posibilidad de falla en el tratamiento anticonceptivo, el daño se deriva del hecho de que

¹⁷ CNCiv, Sala G, 19/12/2017, “V., P. V. J. y otro c/ I. M. de O. S. A. s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux.”, RCyS 2018-IV, 114.

¹⁸ Esa fue la solución que, en definitiva, adoptó la Corte de Casación, quien modificó su jurisprudencia dos años más tarde, y aclaró que lo reparable en estos casos es un “*perjuicio moral que resulta de un defecto de preparación psicológica para los riesgos en que se incurrió y del resentimiento experimentado frente a la idea de no haber consentido a un atentado a su integridad personal*” (Primera Sala Civil, 12/7/2012, *Dalloz*, 2012, 2277, con nota de Bacache, Muriel).

la paciente quedó embarazada como consecuencia de la imperfección del método adoptado.

Despejado este primer escollo, y toda vez que no existe un daño autónomo derivado de la omisión del deber de recabar el consentimiento informado por parte del médico, resta determinar cuál es el daño resarcible en estos casos. Y no se trata de una cuestión sencilla de dilucidar, pues el incumplimiento del deber de información en materia médica puede ser sancionado mediante dos técnicas de indemnización: la pérdida de chance del paciente de haberse reusado a recibir el tratamiento, y con ello evitado el perjuicio consistente en la materialización del riesgo, o la reparación total del daño sufrido¹⁹.

Puede ocurrir que el paciente padezca una enfermedad o dolencia que lo puede conducir a sufrir un resultado disvalioso, y el médico tratante le sugiere someterse a una determinada práctica médica para revertir el cuadro que lo aqueja. Sin embargo, el galeno omite informar al paciente de los riesgos que implica someterse a esa intervención, lo que genera que recaigan sobre el experto las consecuencias de ese riesgo que, a la postre, se patentiza.

En estos casos, el especialista no se encuentra obligado a indemnizar las consecuencias del resultado final que se concretiza, pues ello es consecuencia, como queda dicho de lo expuesto en el apartado anterior, del riesgo ínsito en la intervención, que para el profesional constituye un supuesto de fuerza mayor. De lo que se trata aquí es de la indemnización de un daño distinto, derivado del incumplimiento del deber de recabar el consentimiento del paciente. En otras palabras, el daño nace por la pérdida de la oportunidad por parte del paciente de negarse a someterse al tratamiento indicado, de conocer la existencia del riesgo no informado²⁰. Se trata de la alteración del proceso de decisión del paciente, quien desconoce el riesgo que enfrenta debido a la falta de información. En estos casos el juez ignora cuál habría sido la decisión que iba a adoptar el enfermo, ni tampoco se puede afirmar que, de optar por una determinada solución, habría obtenido el resultado perseguido. Como todo proceso de toma de decisiones, la solución que iba a adoptar el paciente es incierta, como también lo es cuál

¹⁹ Welsh, Silvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 94.

²⁰ Las consecuencias derivadas de la infracción del deber de información por parte del médico fueron materia de diversas soluciones en el derecho francés

sería el resultado de haber decidido conforme a la información brindada de forma adecuada²¹.

En consecuencia, en estos supuestos el daño padecido por el paciente, como consecuencia del incumplimiento del deber de información, es la pérdida de la chance de haberse negado a recibir el tratamiento, en caso de haber sido debidamente informado sobre los riesgos que dicha práctica implica²². En este sentido, ha dicho la Corte de Casación francesa que “(...) *al incumplir con su obligación de aclarar al paciente las consecuencias eventuales de su elección de aceptar la operación que se le propone realizar, el médico únicamente privó al paciente de una chance de rechazar, por una decisión juiciosa, el riesgo que finalmente se concretó, pérdida que constituye un daño distinto del daño que recayó sobre su persona*”²³.

En definitiva, se trata de supuestos en los cuales el daño que se deriva del incumplimiento del deber de información por parte del médico es la pérdida de chance de rechazar el tratamiento. Ahora bien, ¿cómo se cuantifica el daño en estos casos? En estos supuestos la chance perdida recae sobre la posibilidad de evitar, a través del rechazo del tratamiento, un perjuicio futuro. En consecuencia, mientras que cuando se frustra la obtención de una ganancia la cuantificación de la pérdida de la chance parte del monto del beneficio pretendido, al perderse la oportunidad de evitar un perjuicio la valuación de la oportunidad es determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. Respecto de dicho valor se determina el resarcimiento correspondiente a la frustración de la chance²⁴.

El valor del resultado “final” vuelve a cobrar vigor en este punto, pues es preciso calcular los rubros indemnizatorios que se derivarían de él

²¹ La incertidumbre sobre el punto es tal que ni siquiera el paciente conoce cuál habría sido la decisión que iba a adoptar, pues ya no se encuentra en la misma situación que previo a la realización de la práctica médica (Minet, Alice, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, París, 2014, p. 77).

²² Viney, Genevieve – Jourdain, Patrice, *Les Conditions de la responsabilité*, en Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil*, LGDJ, París, 2006, p. 95.

²³ Cass, 1er Civ, 7/2/1990, n° 8814797, Bull. Civ. I, n° 39, D, 1991, p. 183, obs. J. Penneau. A la misma solución arribó el Consejo de Estado Francés, quien sostuvo que, en los casos de deficiente información por parte del médico al paciente, el daño consiste en la pérdida de chance de negarse a la intervención, de haber conocido los peligros que ella presenta (CE, Sect., 5/1/2000, CTs. Telle et AP-HP c/ M. Guilbot (2 esp.), Rec., p. 5, Concl. D. Chauvaux; AJDA, 2000, p. 137, chron. M. Guyomar et P. Collin).

²⁴ Chabas, François, “La pérdida de chance en el derecho francés”, JA-IV-928.

(daño moral, lucro cesante, daño emergente), como si aquel efectivamente resultara imputable causalmente al responsable. Se trata de una lógica consecuencia del carácter de daño evento que reviste la pérdida de chance, que determina que las consecuencias resarcibles derivadas de él puedan ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Naturalmente que, una vez determinado el valor de ese “daño final”, la indemnización se calcula mediante la afectación de ese guarismo al porcentaje de chances perdidas²⁵.

Otra cuestión -no menos sencilla, por cierto- es determinar cuál era el porcentaje de chances de que el paciente rehusara realizar el tratamiento. Una posición considera que, para determinar las chances de que la víctima rechace someterse a la intervención médica, de haber sido debidamente informada de los riesgos, el porcentaje de oportunidad debe establecerse sobre la base de valorar, por un lado, los riesgos inherentes a la intervención y, por otra parte, los riesgos que implica renunciar al tratamiento²⁶. Se trataría de una apreciación en abstracto, teniendo en cuenta lo que habría hecho, en las mismas circunstancias, una persona estándar puesta en las mismas circunstancias²⁷.

Por el contrario, para otra tesis -a la que adherimos- la determinación del porcentaje de oportunidad con lo que contaba la víctima importa realizar un análisis en concreto de las circunstancias del paciente al momento en que tendría que haber tomado una decisión informada. Así, recae sobre el juez el deber de indagar acerca del estado de salud del paciente, su evolución previsible, las características de su personalidad, su edad, la razones por las cuales podría haber aceptado o negado el tratamiento que le era propuesto, y los efectos que se podrían haber derivado de la aceptación o rechazo del tratamiento propuesto²⁸.

Finalmente, cabe destacar que puede ocurrir que el paciente no cuente con ninguna posibilidad de negarse al tratamiento. En tal sentido, ha dicho la jurisprudencia gala que no existe una pérdida de chance indemnizable si se advierte que el paciente, aun informado del riesgo que

²⁵ Ver, al respecto, mi trabajo -en coautoría con el Dr. Sebastián Picasso- *Tratado de Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 500.

²⁶ Consejo de Estado francés, Sect., 5/1/2000, CTS Telle et AP-HP c/ M. Guilbot (2 esp.), préc.

²⁷ Millet, *La perte...*, cit., p. 177.

²⁸ Corte de Casación francesa, Chambre Civ., 1ra, 20/6/2000.

importaba la intervención, no se habría negado al tratamiento. Y es ese el caso cuando la operación es urgente y necesaria para evitar una evolución irremediable del estado del paciente que lo coloca en peligro de muerte²⁹.

Un caso distinto, en cuanto al daño resarcible, se presenta cuando el paciente ya no hace perder al paciente la oportunidad de negarse al tratamiento, sino que dicha infracción genera efectivamente el daño padecido por el enfermo. Así, por ejemplo, si el médico no informó al paciente que debía dejar de ingerir determinada medicación dos días antes de realizar una intervención quirúrgica³⁰. O si el experto omite informar al paciente que debe adoptar determinadas medidas de cuidado en el post operatorio, y el daño se deriva de la no adopción de dichas prevenciones.

En estos supuestos resulta claro que, a diferencia del caso anterior, el incumplimiento del deber de información por parte del médico guarda relación causal adecuada con el nocimiento que afronta el paciente, y el resultado final debe ser indemnizado íntegramente.

También el incumplimiento de recabar el consentimiento informado del paciente por parte del médico genera el daño final cuando este último priva a la persona de su libre autodeterminación, llevando adelante un tratamiento que, por alguna razón, no es deseado por el paciente. Por ejemplo, si se realiza una transfusión de sangre a una paciente, durante una operación quirúrgica, pese a que se negó expresamente a ello³¹, o se realiza un estudio de HIV al paciente, quien se postula a ingresar como adherente a una empresa de medicina prepaga, sin requerir su consentimiento³².

En estos casos, el perjuicio que se debe resarcir, habitualmente, es el daño moral sufrido por el paciente como consecuencia de que se lo obligó a recibir la transfusión de sangre en cuestión, o a realizar un tratamiento que no pretendía llevar a cabo. Ese daño extrapatrimonial se deriva, justamente, de la realización de la intervención no deseada en la persona del paciente.

²⁹ Corte de Casación francesa, Civ., 1ra, 6/12/2007, obs. Phillipe Stoffel-Munck.

³⁰ Calvo Costa, Carlos, *Responsabilidad civil médica*, La Ley, Buenos Aires, 2021, capítulo 5, número 19.10, LLProview.

³¹ CNCiv, Sala I, 31/5/2007, “G. C. L. c/ Mediconex S.R.L. y otros”, LL 2007-E, 280;

³² Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Zárate, 31/7/2012, “C. C. M. c/ A. M. I. Z. s/ daño moral”, El Dial AA78A4.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LOS ACTOS MÉDICOS EN PACIENTES NNA

Por Carlos Silvero Fernández¹

I. CONCLUSIONES²

De lege lata

1. Del diálogo de fuentes resulta claro que todo NNA debe dar su consentimiento libre e informado para todo acto médico que lo incluya;
2. Los NNA conforme una interpretación flexible de las actuales normas, principios y valores, pueden disponer de sus derechos fundamentales y realizar directivas medicas anticipadas conforme el grado de competencia evidenciadas en el caso concreto.
3. La competencia de los NNA está ligado al desarrollo de niveles de discernimiento y comprensión que le permitan decidir en forma autónoma y libre sobre sus derechos fundamentales.

De lege ferenda

1. Sería deseable una actualización de la Ley 26.061 y del CCCN donde explícitamente se consigne que los NNA se encuentran facultados para disponer de sus derechos personalísimos y poder realizar directivas médicas anticipadas.
2. Se impulse la modificación del artículo 2 inciso e) de la Ley 26.529, que regula los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y que establece el derecho a

¹ Docente Titular de la Catedra B de Derecho Privado Parte General y Docente Adjunto de la Catedra B de Derecho de los Contratos – Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas- UNNE-.

² **Resumen.** El consentimiento informado en los actos médicos que involucran a niños, niñas y adolescentes (NNA) es un tema que genera controversias constantes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Las interpretaciones varían debido al diálogo entre fuentes constitucionales, supraconstitucionales y otras normativas especiales y generales, particularmente en relación con el impacto de la autonomía progresiva contemplada en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Esta convención ha obligado a reformular el derogado régimen del binomio capacidad-incapacidad, dando lugar a categorías más flexibles que desplazan el rol tradicional de los representantes y sitúan a los NNA como sujetos de derechos con progresivas competencias.

"aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa" agregando "salvo que se trate de derechos a la salud de NNA".

II. FUNDAMENTOS

1. ACTUALIZACIÓN DE LA LEY 26.061 Y DEL CCCN

La ponencia sugiere que tanto la Ley 26.061 como el CCCN deberían actualizarse para reconocer de manera más explícita la competencia de los NNA para tomar decisiones sobre sus derechos personalísimos, incluyendo la capacidad de realizar directivas médicas anticipadas. Esto se basaría en el principio de autonomía progresiva, que implica que los NNA, dependiendo de su grado de madurez y discernimiento, deberían tener la posibilidad de decidir sobre cuestiones relacionadas con su salud sin requerir necesariamente la intervención de sus padres o tutores.

a) Revisión de la Ley 26.061

a.1. Propuesta de reforma

La ponencia sugiere que la Ley 26.061 debería reformarse para incluir disposiciones que reconozcan explícitamente el derecho de los NNA a tomar decisiones autónomas en asuntos de salud. Esto podría implicar la introducción de un lenguaje más claro y preciso que establezca que los NNA tienen la capacidad de realizar directivas médicas anticipadas, siempre que se haya evaluado su madurez y competencia en cada caso concreto.

a.2. Aporte doctrinario

Laura Clerc en su análisis de la Ley 26.061 subraya la importancia de que esta ley evolucione para reflejar los principios de la autonomía progresiva y el interés superior del niño. Argumenta que, si bien la ley actual protege los derechos de los NNA, es necesario actualizarla para que contemple explícitamente la capacidad de los NNA de tomar decisiones en materia de salud, reconociendo su papel como sujetos activos de derechos.

María Josefa Fernández en su trabajo sobre "Derechos de los Niños y Adolescentes" (2016) defiende que la Ley 26.061 debe incluir un reconocimiento más robusto de la capacidad de los NNA para tomar

decisiones sobre su salud, especialmente en contextos donde su madurez les permite entender las implicaciones de dichas decisiones.

b) Revisión del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

b.1. Propuesta de reforma

El documento también sugiere que el CCCN debería reformarse para clarificar que los NNA tienen el derecho a realizar directivas médicas anticipadas bajo ciertas condiciones. Actualmente, el artículo 60 del CCCN establece que solo las personas "plenamente capaces" pueden realizar tales directivas, lo que podría interpretarse como excluyente para los NNA. Sin embargo, se propone una interpretación más flexible que permita a los NNA, si se demuestra su competencia, participar en la planificación anticipada de su atención médica.

b.2. Aporte doctrinario

Graciela Medina, en su comentario sobre el CCCN, ha argumentado que la noción de "plena capacidad" en el artículo 60 debe interpretarse de manera flexible para alinearse con el principio de autonomía progresiva. Sostiene que, en casos donde un NNA demuestra suficiente madurez y comprensión, debería permitírsele tomar decisiones anticipadas sobre su salud, incluso en ausencia de capacidad plena en el sentido tradicional.

Aída Kemelmajer de Carlucci también ha propuesto que el CCCN debería incluir una disposición específica que permita a los NNA ejercer su autonomía en decisiones médicas, siempre y cuando se realice una evaluación adecuada de su competencia y capacidad para entender las consecuencias de sus decisiones.

2. MODIFICACIÓN DE LA LEY 26.529 (DERECHOS DEL PACIENTE)

La ponencia propone modificar el artículo 2 inciso e) de la Ley 26.529, que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud. Actualmente, esta disposición establece el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa". La propuesta sugiere añadir una excepción que contemple los casos de derechos de salud de los NNA, reconociendo que en situaciones específicas, la capacidad de los NNA para tomar decisiones informadas debe ser respetada, incluso si estas decisiones van en contra de la voluntad de sus padres.

a) Propuesta de Modificación de la Ley 26.529

a.1. Excepción para NNA

Se sugiere que la Ley 26.529 debería incluir una cláusula que exprese explícitamente que el derecho a aceptar o rechazar tratamientos médicos se extiende también a los NNA, siempre que su competencia haya sido evaluada adecuadamente. Esta modificación reforzaría el reconocimiento de la autonomía progresiva de los NNA en el ámbito de la salud.

a.2. Aporte doctrinario

Roberto Andorno, especialista en bioética, ha argumentado que la capacidad de los pacientes, incluidos los NNA, para tomar decisiones informadas sobre su salud debe ser un derecho protegido. Sostiene que las leyes que regulan los derechos de los pacientes deben adaptarse para reflejar los principios de autonomía y respeto a la dignidad humana, lo que incluye la capacidad de los NNA para participar en decisiones médicas cuando su madurez lo permita.

Beatriz Aráoz en su análisis sobre los derechos del paciente en Argentina ha defendido que la Ley 26.529 debe ser revisada para asegurar que los NNA no solo sean escuchados, sino que también se respete su derecho a tomar decisiones autónomas sobre su salud, en línea con los desarrollos internacionales en la materia.

3. APORTES PARA EL DEBATE

Para un debate sobre estas propuestas de reforma, podrían considerarse los siguientes puntos adicionales:

a) Compatibilidad con Normas Internacionales

Las reformas propuestas deben evaluarse a la luz de los estándares internacionales, como la **Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)**, que Argentina ha ratificado. La CDN reconoce a los NNA como sujetos de derechos con competencias progresivas, lo que justifica una revisión del marco legal argentino para asegurar que esté alineado con estos principios.

b) Evaluación de Competencia

Una crítica común es cómo se evalúa la competencia de los NNA para tomar decisiones médicas. En este sentido, se podría discutir la

necesidad de establecer criterios claros y uniformes para evaluar la madurez y competencia de los NNA, evitando interpretaciones arbitrarias o inconsistentes por parte de los profesionales de la salud o el sistema judicial.

c) Impacto en la Relación Médico-Paciente

Las reformas propuestas también podrían afectar la dinámica entre médicos, pacientes y familias. Se podría argumentar que, al empoderar a los NNA para tomar decisiones médicas, se fortalece la relación de confianza entre el paciente y el médico, pero también se plantea el desafío de cómo manejar los desacuerdos entre los NNA y sus padres en un entorno clínico.

d) Proporcionalidad y Necesidad

Cualquier reforma debe balancear cuidadosamente la necesidad de proteger los derechos de los NNA con la responsabilidad parental. Se podría discutir si las reformas propuestas logran este equilibrio o si podrían generar tensiones innecesarias entre el derecho a la autonomía de los NNA y el deber de los padres de proteger y guiar a sus hijos.

4. DESARROLLO

Algunos puntos que queremos discutir son:

1. ¿Es necesario que los padres den su consentimiento en todos actos médicos que involucren a un NNA?
2. ¿En algunas situaciones específicas, es suficiente con el consentimiento del NNA?
3. ¿Tienen los NNA la competencia para tomar decisiones sobre sus derechos personalísimos?
4. ¿Pueden los NNA tener la competencia para realizar directivas médicas anticipadas?

Tengamos en cuenta que el derecho a ser oído, imprescindible para garantizar la efectividad del principio de autonomía progresiva, está especialmente previsto en los artículos 3, 24 y 27 de la ley 23.061 y en los artículos 26, 639, 707 y 706 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Estos preceptos refuerzan la necesidad de que los NNA participen activamente en las decisiones que afectan su salud, reconociendo

competencia progresiva para ejercer sus derechos conforme a su edad y grado de madurez,

Además es criterio doctrinario y jurisprudencial de que en todo procedimiento o intervención en la salud de NNA -sin la expresión de consentimiento alguno- produce responsabilidad del médico, más allá de que le haya causado o no daño físico al NNA, en razón de que quedará configurado daño al NNA (moral, psicológico u otros)³.-

Uno de los temas centrales que queremos poner en evidencia es quién debe otorgar el consentimiento informado⁴ en los actos médicos, son los padres o los NNA.

Fuerza citar en la temática que abordamos a quién es una referente icónica, me refiero a la Dra. Ángela Roddey Holder, en su obra "Derechos de los menores a dar su consentimiento para recibir atención médica" (1987), analiza la evolución del consentimiento informado para menores en Estados Unidos. Refiere que inicialmente los menores eran considerados propiedad de sus padres, quienes controlaban las decisiones médicas.

Adentrándonos al marco jurídico argentino, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por la Ley 23.849, constituye la base fundamental para el desarrollo de toda la legislación posterior relacionada con los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Esta convención establece de manera expresa que los NNA son sujetos de derechos, incluyendo específicamente el derecho a recibir prestaciones de salud médica.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a ser escuchados y a que se tenga en cuenta su opinión en todos los asuntos que les afecten. Este es un derecho fundamental que reconoce la competencia progresiva de los NNA para tomar decisiones y participar activamente en la vida familiar, social y cultural; al referimos al termino competencia aludimos en concreto a la existencia de ciertas condiciones personales que

³ MURGA, María E. (2016), "Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Diálogos entre marco normativo y actores del sistema", en *CCCN – Dilemas y Desafíos en Derecho de Familia*, Ed. Delta Editora, pp.71 y ss.

⁴ SILVERO FERNÁNDEZ, Carlos (2019), "Algunas consideraciones sobre Consentimiento Informado (CI)", *Libro Del Congreso Internacional De Daños y Contratos en Latinoamérica*, Editorial Contexto, pp. 231 y ss.

permiten tener configurada una determinada aptitud para el ejercicio de cada acto.

Este artículo es fundamental en el contexto de la autonomía progresiva, ya que reconoce que los NNA tienen derecho a ser escuchados y a que sus opiniones sean valoradas de acuerdo con su edad y madurez. Esto significa que a medida que los NNA crecen y desarrollan se genera en ellos mayores competencias como efecto del discernimiento en desarrollo y por lo tanto deben tener una mayor participación en las decisiones que les afectan, incluidos aquellos relacionados con su salud, educación, y vida familiar. Estos criterios han sido pilares en la reformulación de la legislación y políticas que abordan los derechos de los NNA, asegurando que se los trate como sujetos de derecho y no simplemente como objetos de protección.

Principio de Autonomía Progresiva

Ángela Roddey Holder: En su obra "Derechos de los menores a dar su consentimiento para recibir atención médica" (1987), Holder analiza la evolución del consentimiento informado para menores en los Estados Unidos, destacando que los adolescentes tienen distintos niveles de autonomía que deben ser respetados. Este enfoque respalda la idea de que, a medida que los NNA desarrollan capacidad de discernimiento, deben tener un mayor control sobre las decisiones que afectan su salud, incluso cuando estas decisiones se oponen a las de sus padres.

José Juan González García: En "Derecho de la Infancia y Adolescencia" (2008), González García enfatiza que la autonomía progresiva debe ser el criterio rector en la toma de decisiones que involucran a los NNA. Argumenta que el desarrollo de la capacidad de discernimiento y la madurez de los NNA justifica su participación activa en decisiones de salud, especialmente en casos de conflicto con los padres

El artículo 24 de la CDN es particularmente relevante en este sentido, debido a que reconoce el derecho de los NNA al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud; además obliga a los Estados Partes a asegurar que ningún NNA sea privado de su derecho a acceder los servicios de salud.

En la legislación argentina, este principio ha sido incorporado y ampliado a través de diversas normas, incluyendo el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y antes con la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Estas normativas refuerzan la idea de que los NNA son titulares de derechos en materia de

salud y tienen competencia en la toma de decisiones sobre su propia atención médica, en función de su grado de madurez y desarrollo.

La ratificación de la CDN y su integración en el ordenamiento jurídico argentino subraya el compromiso del país con la protección y promoción de los derechos de los NNA, asegurando que estos no sean considerados como objetos de protección, sino como sujetos activos de derecho, con la capacidad de ejercer y defender sus derechos, incluyendo el acceso a servicios de salud adecuados.

Responsabilidad Parental vs. Autonomía del NNA

Carlos G. Gregorio: En su artículo "Patria Potestad y Derechos de los Niños" (2004), Gregorio analiza la evolución del concepto de patria potestad hacia la responsabilidad parental en el derecho argentino. Destaca que la función de los padres debe ser la de guiar y acompañar, no imponer, decisiones que afectan los derechos personalísimos de los NNA. Este enfoque es consistente con la idea de que, en situaciones de conflicto, la voluntad del NNA debe tener un peso significativo si se demuestra su competencia.

Marisa Herrera: En su trabajo sobre "Derechos Personalísimos de los Niños, Niñas y Adolescentes" (2015), Herrera defiende que la responsabilidad parental debe ser entendida como un rol flexible, donde los padres acompañan el desarrollo de la autonomía de sus hijos. Propone que, en caso de discrepancia, los derechos personalísimos de los NNA, como la salud, deben prevalecer sobre la autoridad de los padres, siempre evaluando la madurez del NNA.

Sin embargo, surgen dificultades cuando se presentan discrepancias entre las competencias de los NNA y la voluntad contraria de sus padres o responsables parentales, a saber:

A) Supuestos donde las creencias religiosas de los padres pueden interferir en el acceso del NNA a tratamientos médicos necesarios. En tales situaciones, el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) cobra particular relevancia, ya que establece que el NNA tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; esto significa que, en casos donde los padres se oponen a un tratamiento médico en función de sus creencias, el NNA tiene el derecho a decidir de manera libre e informada sobre la procedencia o no de la intervención médica en su salud. Este enfoque respalda la autonomía progresiva del NNA, respetando su capacidad para tomar decisiones fundamentales sobre su propia vida y

bienestar, incluso en situaciones donde sus decisiones puedan diferir de las de sus padres o tutores. Así, la normativa argentina, en sintonía con la CDN, protege el derecho del NNA a ejercer su autonomía en asuntos de salud, garantizando que su voluntad sea respetada y tenida en cuenta en el proceso de toma de decisiones médicas. Art 14 de Ley 26.061 Derecho a la Salud: ...Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

Conflictos Religiosos y Derechos a la Salud

Esther Erlings: En su artículo "Freedom of Religion and the Rights of the Child" (2013), Erlings discute cómo los derechos a la libertad de religión y los derechos a la salud pueden entrar en conflicto, especialmente en el contexto de los NNA. Propone que, aunque los padres tienen el derecho de criar a sus hijos según sus creencias, este derecho no debe ir en detrimento del derecho del NNA a recibir atención médica esencial. En situaciones donde las creencias religiosas de los padres impiden el acceso a la salud, la decisión del NNA debe prevalecer si se demuestra su competencia.

Jean-François Viellevoe: En "Salud y Autonomía del Niño" (2014), Viellevoe examina cómo los conflictos entre creencias religiosas y salud deben ser resueltos en favor del derecho a la vida y a la salud del NNA. Argumenta que el derecho a la salud tiene un valor preeminente y, en caso de conflicto, los tribunales deben favorecer la decisión del NNA si este muestra un nivel adecuado de madurez.

Vacunación Obligatoria y Salud Pública

Francisco Javier Otero de Diego: En "Vacunación Obligatoria y Derechos Fundamentales" (2021), Otero de Diego analiza el conflicto entre la libertad individual y la salud pública en el contexto de la vacunación obligatoria. Concluye que, en casos donde la negativa de los padres a vacunar a sus hijos pone en riesgo la salud pública y la salud del menor, el Estado tiene la obligación de intervenir, priorizando el derecho del niño a la salud por encima de la voluntad de los padres.

Juan Carlos Hitters: En su análisis sobre "La Vacunación Obligatoria y la Protección de la Salud" (2012), Hitters respalda la vacunación compulsiva cuando se trata de proteger la salud de los NNA y de la

comunidad. Sostiene que en casos donde los padres se oponen, el interés superior del niño justifica la intervención del Estado para asegurar que el NNA reciba las vacunas necesarias, independientemente de la voluntad parental.

B) Conflictos recurrentes por desacuerdos de los padres frente al derecho a recibir vacunas obligatorias que forman parte del plan oficial estatal⁵ en protección de los NNA; la ausencia de inoculación acarreará evidentes lesiones a derechos fundamentales (salud, integridad física e incluso riesgo de vida).-

El artículo 11 de la Ley 22.909 establece el deber de vacunación, señalando que los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables de asegurar que las personas a su cargo cumplan con este deber. Además, el artículo 18 de la misma ley dispone que, en caso de incumplimiento, los obligados serán emplazados en un plazo perentorio para someterse o someter a las personas a su cargo a la vacunación correspondiente. De no hacerlo, se procederá a la vacunación de forma compulsiva, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 17.

En este contexto, la normativa de orden público impuesta por la Ley 22.909 prevalece sobre lo prescripto en el artículo 2 inciso e) de la Ley 26.529, que regula los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y que establece el derecho a "aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa".

Es importante destacar que el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto y encuentra su límite en el interés superior del niño, conforme al artículo 3 de la CDN.

Interés Superior del Niño

Mario Midón: En su obra "El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Argentina" (2007), Midón argumenta que el interés superior del niño debe ser el principio rector en cualquier decisión judicial que involucre a menores. Este principio, dice, justifica la prevalencia de la voluntad del NNA en decisiones de salud cuando se demuestra que su competencia y madurez son suficientes.

⁵ GHERSI, Carlos A (2015), *Derechos Personalísimos*, Edt. LL, pp. 212 y ss.

Cecilia P. Grosman: En "Autonomía Progresiva y Derechos del Niño" (2016), Grosman analiza cómo el principio de interés superior del niño está integrado en el derecho argentino y cómo este principio exige que se respete la autonomía progresiva de los NNA en las decisiones de salud. Según Grosman, cualquier limitación a esta autonomía debe estar justificada por razones estrictamente necesarias y proporcionadas.

C) Discrepancias respecto a la disposición de los derechos personalísimos NNA; sobre éste tópico tenemos que dar cuenta que el enfoque ha evolucionado de manera significativa en el ordenamiento jurídico argentino⁶. Ya no se trata de "capacidad" en el sentido tradicional, sino de "competencia", ésta se encuentra directamente relacionada con el discernimiento y la comprensión del NNA sobre las decisiones que afectan sus derechos personalísimos. El marco jurídico argentino establece una distinción importante entre "menores de edad" y "adolescentes", categorizándolos según tengan menos o más de 13 años. Esta distinción refleja una comprensión más matizada de la competencia de los NNA para tomar decisiones sobre sus derechos personalísimos, reconociendo que a medida que crecen, su competencia para comprender y decidir también se desarrolla. Además, el cambio terminológico de "Patria Potestad" a "Responsabilidad Parental" simboliza una transformación conceptual significativa. Mientras que la "Patria Potestad" denota un control rígido y autoritario, la "Responsabilidad Parental" enfatiza un rol más flexible y de acompañamiento por parte de los padres o tutores en el desarrollo y ejercicio de los derechos de los NNA. Este cambio refleja una mayor valorización de la autonomía progresiva de los NNA y su papel activo en la toma de decisiones. El CCCN argentino orienta el régimen aplicable a los NNA en relación con la competencia progresiva en materia de derechos personalísimos, especialmente en los artículos 24, 25 y 26, así como en los artículos 638 y 639. Estos artículos reconocen y regulan la creciente autonomía de los NNA a medida que maduran, estableciendo un marco legal que permite que participen activamente en decisiones que afectan sus derechos y bienestar, siempre en función de su nivel de discernimiento y comprensión.

⁶ FERNÁNDEZ, Silvia E (2019), "Los Derechos Personalísimos de Niñas, Niños y Adolescentes. en especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo", Tomo I. Ed. RyC., pp. 133 y ss.

D) Ausencia de consensos referente a si los NNA tienen competencia para realizar directivas médicas anticipadas en los términos que establece el artículo 60 del CCCN.

Dicho artículo establece que "la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad". El vocablo "plenamente capaz" en este contexto se refiere a la capacidad legal plena para ejercer derechos y asumir obligaciones de manera autónoma, sin la necesidad de representación o asistencia de terceros. Algunos con una visión cerrada y exegética han interpretado con estrechez el término "plenamente capaz" que los llevó que los NNA están excluidos de la posibilidad de realizar directivas médicas anticipadas, dado que, conforme al derecho argentino, no han alcanzado la mayoría de edad y, por lo tanto, no se les reconoce la "plena capacidad" en los términos convencionales del derecho; sin embargo abogamos por una interpretación flexible y adecuado a la Autonomía Progresiva y al ámbito de las competencias de NNA, consagrados tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como en el CCCN (especialmente en los artículos 24, 25, 26, 638 y 639). Este principio reconoce que, a medida que los NNA desarrollan su capacidad de discernimiento, deben tener un mayor grado de autonomía en la toma de decisiones que afecten sus derechos personalísimos, incluyendo las decisiones relacionadas con la salud.

Por lo tanto, bajo esta perspectiva, podría argumentarse que, si un NNA demuestra un nivel adecuado de madurez y comprensión, debería considerarse competente para tomar decisiones anticipadas sobre su salud.

Por lo tanto, una interpretación flexible del artículo 60 autoriza a los NNA realizar directivas médicas anticipadas, siempre y cuando se evaluara su competencia para discernir en el caso concreto. Este enfoque estaría en consonancia con los principios de la CDN, que establece que los NNA tienen derecho a ser oídos y a que se tome en cuenta su opinión en todas las cuestiones que les afectan, en función de su edad y madurez.

Debemos tener presente que el sistema establecido por el artículo 26 del CCCN en Argentina adopta un enfoque mixto, que combina elementos subjetivos (relacionados con la edad del NNA) y objetivos (relacionados con la complejidad del acto que se desea realizar). Este sistema genera presunciones iuris tantum, es decir, presunciones que pueden ser rebatidas si se demuestra lo contrario en un caso concreto. En este contexto, el sistema permite que los límites que se establecen, ya sean por la edad o la naturaleza

del acto, sean flexibles y se ajusten al principio rector de la autonomía progresiva.

En conclusión, aunque la interpretación tradicional del término "plenamente capaz" que ya estaba consignado en el decreto reglamentario de la ley 26.529 donde se sanciona con la invalidez las directivas anticipadas otorgadas por menores o incapaces; sistema que fuera dispuesto con anterioridad a la entrada en vigencia del CCCN. Dicha clausura se torna contraria al orden constitucional y al principio pro persona que reina en materia de derechos humanos.

En consecuencia no se encuentra vedada la posibilidad de realizar directivas médicas anticipadas por parte de los NNA, amparados en un enfoque que respete la autonomía progresiva y los derechos de los NNA.

Concluimos que la flexibilidad que permite el sistema del artículo 26 CCCN, al combinar criterios subjetivos y objetivos, se alinea con el principio de autonomía progresiva y permite un abordaje más justo y equitativo en la valoración de la capacidad de los NNA para tomar decisiones sobre su cuerpo⁷. La postura que critica los límites de edad fija sin considerar la madurez individual del NNA destaca la importancia de un enfoque caso por caso, para evitar la vulneración de los derechos personalísimos de los NNA y garantizar su plena participación en las decisiones que les afectan.

5. CONCLUSIONES

En materia de NNA debemos referirnos al grado de "competencia", término que está directamente relacionada con el discernimiento y la comprensión del NNA sobre las decisiones que afectan sus derechos personalísimos.

El derecho reconoce y regula la creciente autonomía de los NNA a medida que maduran, permitiéndoles participar activamente en decisiones que afectan sus derechos y bienestar, siempre en función de su nivel de discernimiento y comprensión.

En todo acto médico sobre NNA éstos deben prestar su consentimiento libre e informado.

⁷ LORENZETTI, Ricardo L. (2016), *Responsabilidad Civil de los médicos*, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Edt. RyC, tomo I, pp. 262 y ss.

En caso de controversia con la voluntad expresada por los responsables parentales y los NNA, se estará siempre a la decisión que ellos tomen conforme al grado de competencia sobre el acto médico en torno al interés superior del niño.

Los NNA están facultados para realizar directivas médicas anticipadas previstas en el art. 60 CCCN, siempre que su competencia sea evaluada y evidenciada en el caso concreto.

¿QUÉ ES EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA TEMAS MÉDICOS?

Por Marcela Viviana Spina¹

I. CONCLUSIONES

1. El “consentimiento informado” es una autorización del paciente, un asentimiento del paciente, o mejor dicho un asentimiento esclarecido, es un acto jurídico unilateral distinto al concepto jurídico de consentimiento contractual.

2. Es una declaración de voluntad del paciente positiva o negativa luego de haber tenido la información suficiente, de aceptación o no de un tratamiento aconsejado. Entonces el mismo concluye un proceso (que incluye intercambios preconsensuales) en el que es fundamental otro derecho que es el derecho a la información suficiente.

3. En cuanto a la forma, debe plasmarse en un soporte documental verificable (en principio por escrito y firmado). Es de su esencia la posibilidad de revocación sin imposición de formalidades.

4. El abuso de formularios pre impresos, burocráticos, solo para evitar la responsabilidad médica no cumple con el requisito legal.

5. La información es clave en el proceso de esclarecimiento que concluye con el consentimiento del paciente. La información debe tener las siguientes características: clara, precisa, completa, comprensible, actualizable ante hechos relevantes. Oportuna y no intempestiva y en el ambiente adecuado, con posibilidad de internalizarla y valorarla para poder decidir. Libre de prejuicios y estereotipos y sin discriminación.

6. Es un prerequisite esencial e impuesto en la relación asimétrica entre médicos y pacientes. Debe en realidad ponderarse un balance de la información indispensable para tomar una decisión y también asimilable para el paciente.

¹ Docente titular de la Universidad Notarial Argentina. Adjunta interina a cargo del curso bimestral “Testamento y Directivas Anticipadas, su registración” CPO en la Facultad de derecho UBA. Departamento de Derecho privado II.

7. El consentimiento tiene que ser “previo” al tratamiento “informado” de acuerdo a información de calidad y “libre” (de presiones y/o persuasiones).

8. Como tal es un derecho humano relacionado con otros derechos fundamentales, hoy reconocidos por los instrumentos internacionales: el derecho a la salud, a la autodeterminación (sin intervenciones de otros ni del Estado) y a la información, al señorío sobre el propio cuerpo (integridad física y psíquica), a la elección de plan de vida y en fin a la dignidad humana.

9. La relación médico paciente actualmente tiene que basarse en tres pilares: derecho a la información, derecho al consentimiento, debida diligencia médica.

10. Las personas vulnerables tienen un derecho a acciones positivas, para darle acceso al consentimiento informado, ya sea a través de más ocupación en el acceso a la información, provisión de apoyos y obtención personal de su consentimiento informado, libre de estereotipos y de discriminación. En tal sentido el artículo 7 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos humanos de 2005 dice: “Se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad para dar su consentimiento.”

11. El consentimiento informado es un derecho personalísimo del paciente y en principio no se ejerce por un representante que lo sustituya.

12. Los consentimientos médicos informados tienen distintas características en relación a la enfermedad, a pruebas diagnósticas, a la necesidad de las prácticas, a la medicina estética, a una técnica de reproducción humana asistida o por ejemplo de la vacunación obligatoria. En cada uno de estos ejemplos se deberá adecuar a las características de la práctica médica, pero es un requisito insoslayable del arte de curar.

13. El consentimiento informado puede otorgarse a través de una directiva anticipada, como el nombramiento de un representante para prestarlo o una combinación de ambos.

14. Los familiares intervienen solo en defecto del consentimiento del paciente, o falta de directiva anticipada.

15. La forma de actuación del representante nombrado en una directiva anticipada, es la que determinan las normas que rigen las restricciones de la capacidad. El curador actúa tratando que el representado pueda recuperar su salud, debe probar cual hubiera sido su voluntad, sus deseos y preferencias de acuerdo a todas las formas posibles de reconstruir la voluntad.

16. La intervención de los apoyos tiene la función de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona. En principio, los apoyos asisten a la persona, actúan junto con ella, salvo expresa facultad para representar concedida en la sentencia. En la medida de sus posibilidades la persona debe intervenir siempre en la toma de decisiones sobre los tratamientos a los que debe someterse.

17. La principal función del curador es cuidar de la persona y de los bienes y que trate de recuperar la salud.

18. No puede actuar en contra de la voluntad, los deseos y las preferencias del paciente, de alguna forma expresadas.

19. Los familiares tienen un derecho propio a recibir información, siempre autorizados por el paciente y a tomar decisiones acompañando la voluntad, derechos y preferencias del paciente.

20. Los consentimientos prestados por representante no pueden tener un contenido diferente al que hubiera decidido el paciente.

21. Existe reconocimiento jurisprudencial del daño moral sufrido por los familiares por falta de información o de otorgamiento de consentimiento informado.

22. Las dudas que presenta la regulación legal del consentimiento informado y la profusión de leyes, deben cubrirse con una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta el corpus iuris internacional y la jurisprudencia nacional e internacional.

II. FUNDAMENTOS

1. CONCEPTO.

Concluimos con López Mesa, que existe profusión de normas en nuestro derecho pero no claridad en el concepto y que está lejos de ser un consentimiento jurídico como el de los contratos, sino más bien el ejercicio personalísimo de un derecho individual relacionado con la autonomía y el propio plan de vida y otros derechos humanos relacionados y no es un acto aislado sino la conclusión de un proceso. También coincidimos con el autor en que a pesar de no ser el nombre más adecuado, conviene llamarlo “consentimiento informado” ya que es como lo hace nuestro ordenamiento jurídico y existe consenso generalizado para comprender al instituto a que se refiere.

En similar sentido ha dicho con agudeza José Tobías que “La muy extendida terminología de "consentimiento informado" (el equivalente a informed consent, consenso informato o consentement éclairé en otros idiomas y legislaciones; su recepción expresa en los arts. 58 y 59 del nuevo Código y, antes, en la ley 26.529) me ha inducido a incorporarla al título de la comunicación, no obstante mantener el punto de vista de 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". 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 está en presencia de una manifestación unilateral del paciente que concluye con un proceso que busca resaltar la previa importancia de la 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.”²

“Deben distinguirse, en esta temática, los simples defectos formales, de las omisiones relevantes, causalmente relacionadas con la privación al paciente de una decisión plausible a ser tomada, entre opciones disponibles. Si no se privó al paciente de una opción real, porque no la había disponible en el caso, los defectos en materia de información o de consentimiento, son solo eso y no generan créditos resarcitorios; ello ya que no cabe convalidar en estos supuestos la concesión de enriquecimientos sin causa o premios consuelo, disfrazados de resarcimientos legítimos.”³

² Lopez Mesa, Marcelo J. La sanción de la Ley N° 27.675 y la necesaria revisión de un tema relevante: El consentimiento informado. Revista Argentina de Derecho Civil - Número 14 - Octubre 2022 29-09-2022 Cita: IJ-MMMDXLVI-19 y Tobias, José W “ El consentimiento informado y sus límites “ Diario La Ley cita on AR/DOC/ 3915/2019.

³ Lopez Mesa, Marcelo J. La sanción de la Ley N° 27.675 y la necesaria revisión de un tema relevante: El consentimiento informado. Revista Argentina de Derecho Civil - Número 14 - Octubre 2022 29-09-2022 Cita: IJ-MMMDXLVI-19

Los riesgos deben informarse siempre y la falta de información es ponderada para considerar si hay nexo causal para la atribución de daño y solamente lo hay cuando de haber conocido el riesgo no hubiera hecho la práctica.

“Otro aspecto crítico se vincula a la aptitud para recibir información y consentir un procedimiento médico. El consentimiento informado se asocia a la expresión de un derecho personalísimo, que se traduce generalmente en simples actos o manifestaciones no negociables de la voluntad. El paciente no requiere de capacidad contractual para emitirlo, sino competencia, como aptitud físico-psíquica que le permite expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico propuesto y de sus posibles consecuencias. En las niñas, niños y adolescentes, ésta se va adquiriendo progresivamente según su edad y grado de madurez, debiendo atenderse a su interés superior.”⁴

La jurisprudencia tanto nacional como internacional ayuda a terminar de delinear el concepto de acuerdo al corpus iuris internacional de derechos humanos.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA INFORMACION

Lo que es informado es el paciente y no el consentimiento.

La información y diálogo de calidad y prueba del consentimiento está relacionada también con el uso de la telemedicina y de las consultas a distancia.

La información es un derecho humano, complementario en el derecho a la salud, más en estos días en la sociedad de la información, donde el paciente tendrá derecho a una segunda opinión, a googlear, a investigar por su cuenta y a tomar también otras alternativas, teniendo derecho a una segunda opinión pero inclusive el derecho a no preguntar prácticamente nada.

La información es un proceso no debe ser solamente inicial puede ir variando y debe ir dándose a conocer en forma paulatina, si hay nuevos acontecimientos de relevancia.

⁴ Wierzba, Sandra. Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado Fallo TEDH Reyes Jiménez v. España 8 de marzo del 2022 en Debates sobre derechos humanos. Número 6. Año 2022 consultado en

“Interesa señalar que el deber de informar es un proceso continuo que se desarrolla a todo lo largo del tratamiento y no solo en el momento inicial.”⁵

En la que hay que tener en cuenta, que las decisiones las debe tomar el paciente, ya alejado de los criterios paternalistas médicos, pero la otra persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por su enfermedad, por su temor, por sus deseos o no de morir, por el dolor, por el sufrimiento, etc. Por su particular situación personal.

Otro elemento a tener en cuenta es la oportunidad y ambiente en el que se da la información, así lo establece la CIDH en el fallo IV Vs Bolivia de 30/11/2016.

El artículo 59 establece que la información clara, precisa y adecuada debe versar sobre: a) su estado de salud, b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, c) los beneficios esperados, d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, y beneficios y perjuicios del tratamiento propuesto, f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o alternativos especificados.

El CCCN prevé los pisos mínimos necesarios para poder sopesar la decisión de someterse a un tratamiento, con fundamentos y posibilidades reales de elección.

La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento.

La negativa también es un derecho, como el derecho a no recibir información

La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. En principio no hay imposición de forma para la revocación del consentimiento. Los derechos personalísimos son esencialmente revocables.

⁵ Tobias, José W “ El consentimiento informado y sus limites “ Diario La Ley cita on AR/DOC/ 3915/2019.

Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. (Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos).

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PERSONAS VULNERABLES

Todos estos derechos deben agudizarse aún más cuando se trata de personas perteneciente a grupos especialmente vulnerables⁶ de acuerdo al art. 75 inciso 23 son necesaria respecto de los mismos acciones positivas para asegurar sus derechos.

Así lo establece la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos en su art. 8 impone respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.⁷ También fue conclusión de la Jornadas de Derecho Civil Tucumán 2011 Derecho a la salud.

El artículo 59 se refiere especialmente al derecho a dar consentimiento informado y no ser sometido a investigaciones médicas de las personas con discapacidad y su derecho al apoyo. Quién puede actuar con voluntariedad y competencia (entendido como discernimiento, intención y libertad) otorga su consentimiento, quién carece de competencia otorga consentimiento “participado” o “inferido”⁸. No es lo mismo competencia que capacidad jurídica, porque en relación a la edad y la discapacidad mental

⁶ Nos referimos a niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y personas mayores quienes cuentan en un proceso de especificación de derechos humanos de un tratado que protege sus derechos.

⁷ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Unesco 2005. Art. 8

⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aida y Lloveras, Nora en “ Sobre la dignidad y los Principios. Análisis de la declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” Casado Maria (directora) Artículo 7 Personas carentes de capacidad para dar su consentimiento. CIVITATIS. Barcelona Primera Edición 2009.- Pag. 219

es una cuestión de grados y habrá que analizar el caso concreto para saber si entiende la decisión a tomar.

El consentimiento por representación impone asociar a la persona incompetente en el máximo posible en el proceso de consentir o revocar el consentimiento, a través de todos los recursos posibles a su alcance.

Más exigente es aún el art. 7 de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos respecto de la participación en la investigación de las personas carentes de competencia, solamente la permite si hay un beneficio directo, o un beneficio de terceros incompetentes.

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA.

La CIDH tuvo oportunidad de dedicarse al consentimiento informado y consagrarlo expresamente como derecho fundamental en los siguientes fallos teniendo en especial consideración a los grupos vulnerables: mujeres, personas mayores y personas con trastornos mentales.

En IV vs. Bolivia de 2016⁹ en el cual relaciona al consentimiento informado con los derechos humanos de integridad personal, autonomía, no discriminación y el derecho a formar una familia, y condenó a Bolivia por realizar respecto de la señora I.V. una esterilización sin el debido consentimiento informado, también lo relaciona con los derechos de las mujeres y el sometimiento a discriminación múltiple.

“La corte entendió que para casos de esterilización femenina, por la relevancia e implicancias de la decisión y para efectos de mayor seguridad jurídica, el consentimiento se debería otorgar por escrito, en la medida de lo posible. Mientras mayores sean las consecuencias de la decisión que se va a adoptar, más rigurosos deberán ser los controles para asegurar que un consentimiento válido sea realmente otorgado.

En cuanto a este punto, la Corte resaltó que la señora I.V. se encontraba en un quirófano, con el abdomen abierto debido a la cesárea, bajo una situación de presión, estrés y vulnerabilidad propia de una paciente que está siendo sometida a una intervención quirúrgica. En esas circunstancias, la Corte estimó que ella se encontraba en una situación que no permitía

⁹ Del resumen oficial del fallo CIDH I.V.I. vs Bolivia. Fallo del 30 de noviembre de 2016 sobre la Dignidad y los Principios En la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco. Art. 7

asegurar la manifestación de voluntad libre y plena, lo cual impidió que pudiera obtenerse un consentimiento válido.

Por otro lado, la información sobre su potencial muerte si no se sometía a una esterilización y se presentaba un embarazo futuro, fue presentada en un momento de extrema vulnerabilidad y estrés, lo cual pudo haber contribuido a la eventual aceptación de una esterilización en un escenario de coerción, intimidación y profundo temor por su vida. Finalmente, el Tribunal resaltó que la decisión sobre la realización de la ligadura de las trompas se trataba de una decisión dentro de la esfera más íntima de la señora I.V. Por ello, la decisión de someterse a este método anticonceptivo quirúrgico, y no a otros menos intrusivos, le correspondía únicamente a ella, no al médico ni a su esposo, con base en su derecho a la autonomía y libertad reproductiva.

Sumado a esto, la Corte estimó que el formulario de autorización firmado por el esposo de la señora I.V., para que esta se sometiera a una intervención de cesárea, de ninguna manera implica la autorización ni el consentimiento para el sometimiento a la ligadura de las trompas. Por lo señalado, la Corte consideró que, tomando en cuenta la hipótesis fáctica estatal, el consentimiento verbal otorgado por I.V. fue contrario a los criterios convencionales.”

Posteriormente retoma en *Poblete Vilches y Familiares vs. Chile* del 8 de marzo de 2018, donde vuelve a analizar en este caso el consentimiento previo e informado y la falta de atención a la salud, referido a una persona mayor, paciente de 76 años, este caso también se refiere al consentimiento por representación, y al derecho de los familiares. Nos interesa resaltar estos términos:

“En vista de lo anterior, la Corte entiende que el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley. Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento. Esta Corte considera que entre los elementos necesarios para otorgar el consentimiento informado por parte de sus familiares, este también debe de ser previo, libre, pleno e informado, a menos que se trate de una situación de emergencia, en donde la Corte ya ha reconocido que existen excepciones donde es posible que el personal de

salud actúe sin la exigencia del consentimiento, en casos en los que éste no pueda ser brindado por la persona y que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente.....De este modo, tomando en consideración la relación existente entre el consentimiento informado en materia de salud (artículos 26 y 13) y los artículos 7 y 11 de la Convención Americana, la Corte considera que en el presente caso, el derecho de los familiares a tomar decisiones libres en materia de salud y su derecho a contar con la información necesaria para tomar estas decisiones, al igual que su derecho a la dignidad, desde los componentes de vida privada y familiar fueron afectados al no tener la posibilidad de otorgar su consentimiento informado. Con base en lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado incumplió con su obligación internacional de obtener, a través de su personal de salud, el consentimiento informado por parte de los familiares del señor Poblete Vilches, para la práctica de los actos médicos realizados durante su primer ingreso en el Hospital.”

Y por último también en el trágico caso *Guachalá Chimbó vs. Ecuador* del 26 de marzo de 2021. Un joven que padecía esquizofrenia y desapareció del hospital sin dejar rastro. La Corte señaló que el consentimiento informado es un elemento fundamental del derecho a la salud y su exigencia es una obligación de carácter inmediato y que si se trataba de una persona con discapacidad tenía derecho a que se le brindara apoyo para poder otorgar el consentimiento informado y seguir un tratamiento. se

En los siguientes términos. “El consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. El Tribunal advirtió que someter a una persona con discapacidad a un tratamiento de salud sin su consentimiento informado puede constituir una negación de su personalidad jurídica. De este modo, la Corte afirmó que un modelo social de la discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas. En virtud de ello, la Corte determinó que, al tratar a personas con discapacidad: (i) el personal médico deberá examinar la condición actual del paciente, y brindar el apoyo necesario para que este tome una decisión propia e informada, incluso en situaciones de crisis; (ii) en el caso de que sea una persona la encargada de prestar el apoyo, el personal médico y sanitario debe

velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad y garantizar, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni ejerzan una influencia indebida sobre ellas, y (iii) los Estados deben brindar a las personas con discapacidad la posibilidad de planificar anticipadamente la manera en que desean ser apoyadas. En el caso concreto, la Corte determinó que el Estado no tomó ninguna medida para apoyar al señor Guachalá Chimbo para que pudiera prestar su consentimiento informado para la internación y el tratamiento a los que fue sometido en el Hospital Julio Endara.”¹⁰

En principio como dijimos el derecho a otorgar el consentimiento informado es un derecho personalísimo y no debe ser sustituido por otros. El artículo 59 CCCN dice que en caso de encontrarse absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no lo ha hecho anticipadamente, en esos el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal (entendemos apoderado o curador), el apoyo, cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente.

“El poder protagonizar, el asumir las decisiones de vida, se encamina porque la persona puede decidir y consentir plenamente, en otros casos las personas pueden decidir y consentir a través de otras personas las que respetarán su propia historia personal, sus manifestaciones escritas o documentadas de otro modo, el marco cultural en el que se desarrolla la vida, etc.”¹¹ Entonces la dignidad humana significa que siempre la decisión debe ser acorde a sus deseos, preferencia y propio proyecto de vida.

La CSJN se ocupó de analizar como debe actuar un representante para otorgar el consentimiento informado en nombre de otro en el fallo “D. M. A s/ declaración de incapacidad decisión del 7/7/2015.”

En dicho fallo se analizó expresamente que como el señor DMA no puede expresar su voluntad, ni podrá hacerlo más adelante y no dejó directivas anticipadas, corresponde a sus hermanas (curadoras), no decidir por él, sino la reproducción de su voluntad de acuerdo a una declaración jurada de cuales serían su voluntad, sus deseos y su preferencia, acorde a su

¹⁰ Del resumen oficial 423 de la Sentencia Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador del 26/3/2021 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf

¹¹ Kemelmajer de Carlucci

personalidad y proyecto de vida, en un todo de acuerdo con lo que establece el art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad.

Por último, en un reciente fallo de la Cámara Contencioso Administrativa de 2do Nominación de Córdoba en autos “12077654 - SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915 PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 72 DEL 28/09/2023” También se decidió aceptar la voluntad reconstruida de los familiares de una persona en estado vegetativo para pedir limitación de esfuerzo terapéutico. En la posición mayoritaria la Cámara se refirió a la profusión de normas sobre derecho a la salud, CN, CCCN, Ley de Derechos del Paciente y normas provinciales, y se remarcó el que el derecho federal marca el piso mínimo del que no se puede apartar el derecho provincial. Luego se hizo hincapié en la actuación de los comités de bioética para resolver estos casos dilemáticos sin necesidad de judicializarlos y se exhortó a la educación a la ciudadanía en la necesidad de contar con directivas anticipadas.

Los familiares y en general quiénes acompañan al enfermo tienen ciertos derechos: al trato digno y respetuoso, a la información (siempre con autorización del paciente) incluso a veces más amplia que el propio paciente, ya que padecen junto con el paciente el proceso de enfermedad y tratamiento, en sus cauces normales, asisten y acompañan la toma de decisiones, que se realizan en conjunto entre paciente, familia y médicos.

En caso de controversias, entre familiares entre sí o entre familiares y paciente. Es donde deben primar las decisiones personalísimas del propio paciente y donde serán de vital importancia la existencia de directivas anticipadas.

La ley de derechos del paciente se refiere al cónyuge, conviviente, quién cuida o asista o familiares hasta 4to grado de consanguinidad, en cambio el CCCN en su artículo 59 se refiere al pariente o allegado que efectivamente acompañe al paciente, en este criterio, más amplio, ingresan las relaciones socioafectivas relevantes de la persona, aunque no se trate de parientes en el sentido legal y biológico, sino de afecto o amistad que cumplan el rol de cuidador o acompañante.

También se les reconoce derechos a los familiares dentro del cuarto grado a solicitar la historia clínica que corresponde al paciente.

Existen fallos jurisprudenciales donde se le reconoce derechos a daño moral a los familiares por la falta de información y obtención del consentimiento informado.¹²

Si bien los artículos 59 y 60 no contienen una cláusula similar al artículo 61 del CCCN consideramos que del espíritu del instituto también surge que los familiares NO PODRAN dar consentimientos informados diferentes al que habría dado el paciente de haber podido expresar su voluntad.

En conclusión, la autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial, y la dignidad humana supone respeto a lo que la persona quiere y decide como proyecto de vida o como acto.

¹² CIDH. Poblete Vilchez vs. Chile. CIDH Guachala Chimbo vs. Ecuador. TEDH Reyes Jimenez vs España

LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE SALUD COMO FORMA DE OTORGAR UN CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO

Por Marcela Viviana Spina¹

I. CONCLUSIONES

1. Las directivas médicas anticipadas son una consecuencia del derecho reconocido a los pacientes de otorgar su consentimiento informado y en definitiva a su autonomía y autodeterminación para decidir anticipadamente cuestiones relativas a su salud y a su integridad física y psíquica.

2. El contenido de la directiva anticipada de salud puede ser otorgar o negar el consentimiento informado con determinada práctica médica. Pero puede tener un contenido bastante más amplio relacionado con la salud y cuestiones relativas al fin de la vida.

3. La Directiva de salud puede contener un CONSENTIMIENTO INFORMADO EXPRESO, para una operación o un tratamiento real y concreto que se está por realizar, o puede contener el nombramiento de apoderado o interlocutor válido ante los equipos médicos o continuación de los apoderamientos para otorgar consentimientos informados. La combinación de una directiva con un consentimiento informado concreto más la designación de un apoderado para tomar decisiones, puede ser de gran utilidad para tomar decisiones cuando cambian circunstancias, o con la aparición de nuevos tratamientos o nueva tecnología. Por eso es muy importante que la directiva anticipada contenga los deseos y preferencias de la persona, para orientar la toma de decisiones concretas.

4. Además, y muy importante para la tranquilidad del paciente, puede ser la exclusión de determinados familiares para dar consentimientos informados o tomar decisiones, sobre todo cuando el paciente tiene desavenencias con algún familiar o conoce del conflicto entre dos o más familiares de su entorno.

¹ Docente titular de la Universidad Notarial Argentina. Adjunta interina a cargo del curso bimestral “Testamento y Directivas Anticipadas, su registración” CPO en la Facultad de derecho UBA. Departamento de Derecho privado II.

5. La negativa al encarnizamiento terapéutico conocida como muerte digna y consagrada en el inciso g del artículo 59, más las solicitudes relacionadas con los cuidados paliativos, suelen ser los tópicos más comunes en las directivas anticipadas de salud.

De lege ferenda.

6. Se debería aclarar cual es la forma requerida para la instrumentación de una directiva anticipada de salud, dado la diferente interpretación doctrinaria sobre la vigencia de la Ley de derechos del paciente Ley 26.529 actualizada por Ley 26.742 (Ley especial) y su Decreto reglamentario 1089 (2012) y el Código Civil y Comercial de la Nación ley posterior que regula las directivas anticipadas de salud.

7. Debería eliminarse del artículo 60 del CCCN la frase “plenamente capaz” como lo preveen proyectos legislativos en tal sentido.

8. Los adolescentes a partir de los 16 años de edad con grado de madurez suficiente pueden otorgar directivas anticipadas de salud.

II. FUNDAMENTOS

1. DIRECTIVAS ANTICIPADAS CON CONTENIDO RELACIONADO AL DERECHO A LA SALUD

Las directivas anticipadas de salud son reconocidas en nuestro país por la doctrina, legislación y jurisprudencia.

Aunque no son todavía masivamente otorgadas, son bien conocidas por los operadores jurídicos y están a disposición de los otorgantes en gran parte merced a la labor doctrinaria.

A partir de la reforma del CCCN que reconoce los derechos personalísimos tiene protección integral el cuerpo humano desde la concepción hasta la muerte, incluido el cadáver. Nadie puede ser agredido físicamente. Nadie puede ser sometido a un tratamiento o análisis médico o a una investigación experimental sin su consentimiento o contra su voluntad.

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico,

mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.”^{2 3}

Antes del año 1994 el derecho a la vida y a la salud eran considerados derechos implícitos en el art. 33 de la C.N. No existía una referencia específica o enunciación concreta de estos derechos en nuestra Carta Magna.

Luego, con la Reforma Constitucional de 1994, el derecho a la salud se incorpora de manera expresa en nuestra Carta Magna (art. 42 y 43 CN — respecto de las relaciones de consumo—, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales introducido a la C.N. mediante el art. 75 inc. 22, entre otras normas).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General N° 14 (2000) sostiene "...el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Lo ha definido como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

Las distintas convenciones internacionales y leyes nacionales refuerzan las obligaciones relacionadas con el derecho de salud de las

² Del fallo de la CIDH en la primera sentencia en que lo reconoce expresamente el derecho a la salud. Poblete Vilches y familiares vs. Chile del 8 de marzo de 2018. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

³ Del fallo de la CIDH en la primera sentencia en que lo reconoce expresamente el derecho a la salud. Poblete Vilches y familiares vs. Chile del 8 de marzo de 2018. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

personas vulnerables: los niños⁴, las personas con discapacidad⁵, los migrantes⁶, las personas mayores⁷. Los pacientes tienen derechos de asistencia, los profesionales tienen deberes que surgen del ordenamiento jurídico y el Estado tiene la obligación de prestarlos y garantizarlos. Los pacientes merecen un trato digno y respetuoso, de sus creencias, de su intimidad y de sus sentimientos. A su vez deben respetarse la confidencialidad y el secreto profesional. En los últimos años se ha producido un notable avance en el reconocimiento y tutela del derecho a la salud, que es un derecho humano y personalísimo y un notorio progreso en el derecho a la autodeterminación en cuestiones de salud.⁸

Ante el progreso de la autonomía y de los derechos personalísimos se da un proceso de reconocimiento de derechos-deberes, en que es indispensable el recibir información sanitaria clara y precisa a nivel de comprensión del paciente, otorgar el consentimiento informado y tomar sus propias decisiones en temas de salud y las directivas anticipadas para realizar las decisiones personalísimas de cada paciente, en caso de no poder expresarlas personalmente.

2. LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN LAS CONVENCIONES E INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS.

El primer instrumento internacional sobre la materia con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscribieron fue el Convenio de Bioética relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado por los países de la Unión Europea en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997. En el artículo 9 de este Convenio se establece que “serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención,

⁴ Convención de los Derechos del Niño. Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes. Decreto reglamentario 415/2006.-

⁵ Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26378, Art. 25.

⁶ Ley 25871 . Art. 8.

⁷ Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Mayores. Art. 11 y 12.

⁸ Tanzi, Silvia y Papillu, Juan M. Los derechos del paciente y el consentimiento informado. Publicado en: SJA 10/09/2014, 10/09/2014, 20 -Cita Online: AP/DOC/1274/2014

no se encuentre en situación de expresar su voluntad”. Además encontramos la convención europea de bioética de 2002. También la recomendación de la Asamblea Parlamentaria Europea de 1999 y del Comité de Ministros (2009) sobre los principios relativos a los poderes de futura protección y directivas anticipadas por incapacidad. El Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros que promovieran estas prácticas y definió un número de principios para asistir a los Estados al momento de implementar y garantizar que sean respetados en especial al final de la vida.

En la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el 13 de enero de 2000, se suscribió la Convención sobre Protección Internacional del Adulto (califica en esta categoría toda persona mayor de 18 años), cuyo objetivo fue contemplar sus situaciones de cuidado. De igual manera se prevé la posibilidad que el individuo, cuando aún está en pleno uso de sus atribuciones mentales, organice su propia protección para una futura y eventual incapacidad.

La convención Interamericana de Derechos Humanos de las personas mayores de 2015 en el artículo 11 último párrafo establece: “La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada y dar instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

3. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA. LEGISLACIÓN APLICABLE.

El respeto de la libertad individual en materia de salud se recoge en la jurisprudencia, y por la doctrina hasta su reconocimiento legal.

La ley 26529 reconoció los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, fue modificada por la ley 26742 en 2012,

llamada de muerte digna. Y su decreto reglamentario 1089/2012. También en la Ley de salud mental 26.657 de 2010.

En ellas se fijaron los derechos de información de los pacientes, de asistencia sin discriminación, de consentimiento informado y las directivas anticipadas de salud.

La ley resguarda la intimidad del paciente por cuanto la información sanitaria sólo puede ser brindada a terceras personas con autorización del paciente (art. 4 ley 26.529). También tiene derecho a no recibir información, sin dar explicaciones al respecto, a recibir una segunda opinión médica y a obtener su historia clínica.

El CCCN también las estableció (art. 59 y 60) aunque siguieron vigentes dichas leyes especiales.

Además en nuestro país de organización federal, se dictaron leyes provinciales de directivas anticipadas de salud⁹.

El CCCN recoge el consentimiento informado en el Art. 59. Es la declaración de voluntad expresada por el paciente en cuanto a la aceptación o no de un tratamiento médico e investigaciones en salud luego de que fuera informado en forma clara, precisa y adecuada a su comprensión, su estado de salud, tratamiento propuesto, las consecuencias positivas o adversas del tratamiento indicado o no realizarlo y sus alternativas. También enumera a las personas llamados a suplirlo en caso de no poder otorgarlo y no lo haya establecido en una directiva anticipada.

El consentimiento debe ser por escrito para internación, intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasivos. Y solo puede obviarse en caso de emergencia.

La suscripción de formularios preimpresos en los que se consigna que el paciente ha recibido información clara y detallada de su estado de

⁹ Como por ejemplo; Neuquén 2611, Rio Negro 4263 y 4264, Chaco 6212, Chubut Ley III 34, Córdoba 10058, Ciudad de Buenos Aires 3933 (reforma 404), Provincia de Buenos Aires leyes 14.154, 14.334 y 14.446. En este tema cabe mencionar especialmente las leyes de la Provincia de Buenos Aires 14.154 (reconocimiento legal del Registro a través de su incorporación a la ley 9020) 2010 y 14.334, que modifica el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. A través de los art. 619 bis y modificación 814. Y 14.464 que establece procedimiento judicial gratuito ante Juzgado de Paz para otorgar directivas anticipadas de salud.

salud y procedimientos médicos propuestos, con la especificación de que la ha comprendido, no es idónea por sí misma para resguardar el derecho del paciente a la libertad y autodeterminación, si ello no va acompañado de un compromiso real de respeto por los derechos del paciente. Por el contrario, tales prácticas tienden al resguardo de la responsabilidad de los profesionales más que al respeto del paciente. Por eso es importante el asesoramiento jurídico para redactar instrumentos a la medida de las decisiones autorreferentes, que recojan la voluntad y los deseos y las preferencias de cada paciente.

El consentimiento informado y las directivas de salud son como derechos personalísimos esencialmente revocables en todo momento y en cualquier forma, incluso verbalmente.

El CCCN en su art. 60 define la **directiva anticipada**: “Es una declaración de voluntad efectuada por una persona en previsión de una eventual pérdida del discernimiento que no le permita expresar personalmente su voluntad, mediante la cual manifiesta la forma que quiere ser tratado y directivas para la toma de decisiones vinculadas a su salud.”

Las directivas deben ser otorgadas por persona “plenamente capaz” art. 60 CCCN y el art. 11 ley 26.529 (establece que debe ser mayor y capaz). En el sistema de capacidad restringida y modelo social de la discapacidad no se comprende muy bien que es “plenamente capaz”. Por eso la doctrina expresa que salvo los declarados incapaces por su imposibilidad concreta, las demás personas podrán realizar directivas anticipadas, si resultan competentes para ellas.

También introduce el concepto de “muerte digna”¹⁰ en estos términos: “En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en un estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar tratamientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación o reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo en este estadio terminal e irreversible”. En el claro sentido de evitar lo que se da en llamar “encarnizamiento terapéutico” e impedir tratamientos fútiles.

¹⁰ Art. 59 inc. G del CCCN.

Y también se asegura el derecho a recibir cuidados paliativos:¹¹ todas aquellas medidas tendientes a asegurar la calidad de vida, el bienestar y el alivio del dolor físico y psicológico.

Y finalmente el referido art. 59 CCCN establece que las prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Entonces en nuestro medio **las directivas anticipadas de salud, o acto de autoprotección con un contenido de salud** puede incluir consentimiento informado para determinado acto, negativa a determinado tratamiento, tenga o no relación con la muerte, postura respecto a la recepción o no de determinado tratamiento, solicitud de aplicar una muerte digna o medicamentos paliativos del dolor, aunque pudieren acelerar el proceso de muerte. Aceptar todo tipo de tratamiento que prolongue la vida, sea tradicional, experimental o alternativo. Aceptación y dación de órganos. Quiera o no conocer más sobre su enfermedad, también medidas tendientes a la confidencialidad e intimidad de cómo transitar la enfermedad, lugares de internación, obra social, personas designadas para recibir información, o visitas, y tomar decisiones en representación del enfermo. Y toda otra preocupación que haga a la salud del otorgante.

Además, se permiten las tres vertientes reconocidas por el derecho norteamericano¹²: 1-Las directivas anticipadas propiamente dichas, por las que el interesado mismo da indicaciones sobre las decisiones a tomar ante una enfermedad que no le permite expresarse. En este tipo, algunas definiciones hacen expresa referencia a instrucciones sobre "actitudes y acciones de buena práctica médica (no alargar la vida innecesariamente, no utilizar medidas desproporcionadas, etc.). 2- El llamado mandato sanitario, en italiano "procura sanitaria", en inglés, "durable Powers of attorney"; "designation of patient advocate for health care", que implica la designación

¹¹ Art. 59 inc. H del CCCN-Hoy existe una Ley Nacional de cuidados paliativos "27.678"

¹²En Estados Unidos, país pionero en la materia las *Advanced Directive* surgieron en 1967 cuando Luis Kutner, un abogado de Chicago, redactó el primer documento sobre el tema. Luego en 1976, la *Natural Death Act* de California dio forma a lo que hoy se conoce como "testamentos vitales", ampliándose los alcances del concepto a partir de la aprobación de la Ley de Autodeterminación del Paciente en 1991. En ese país, las directivas anticipadas comprenden dos documentos, el denominado *living will*—testamento vital— y el *health care proxy*—poder médico poder para el cuidado de la salud—, que se otorga a un representante. Fue así el derecho anglosajón el primero en admitir "la voluntad personal del cómo vivir", instaurando los gérmenes de la autonomía dirigida hacia el futuro.

de un representante, un agent attorney in fact, proxy, o surrogate, o persona autorizada para decidir en momentos en que una enfermedad le impida hacerlo por sí mismo. Obviamente, ese representante puede aceptar o no el mandato conferido. 3- Una combinación de ambas figuras anteriores.¹³

La Directiva de salud puede contener un CONSENTIMIENTO INFORMADO EXPRESO, para una operación o un tratamiento, real y concreto que se está por realizar, o puede contener el nombramiento de apoderado o interlocutor válido ante los equipos médicos o continuación de los apoderamientos para otorgar consentimientos informados. La combinación de una directiva con un consentimiento informado concreto más la designación de un apoderado para tomar decisiones, puede ser de gran utilidad para tomar decisiones cuando cambian circunstancias, ante la aparición de nuevos tratamientos o nueva tecnología.

Es una alternativa interesante, la combinación de directivas más apoderamiento ya que el avance tecnológico puede permitir nuevas opciones de tratamiento inexistente a la época del tratamiento. En nuestro país no existen plazo de vigencia para las directivas de salud, como se estila en derecho comparado.

Además, y muy importante para la tranquilidad del paciente también la exclusión de determinados familiares para dar consentimientos informados o tomar decisiones, sobre todo cuando el paciente tiene desavenencias con algún familiar o conoce del conflicto entre dos o más familiares de su entorno.

Si el apoderado, también comparece y acepta en cambio de un acto unilateral, estaremos ante una verdadera estipulación.

Las disposiciones de las directivas anticipadas de salud son siempre revocables, mientras tenga posibilidad de comunicarse en cualquier forma posible. Téngase en cuenta que un probable contenido de una directiva de este tipo era la negativa a ser sometido a un respirador artificial, circunstancia que fue un tratamiento indispensable en la epidemia de COVID 19, en lugar de ser un tratamiento extraordinario para mantener a un

¹³ Kemelmajer de Carlucci, Aida. Las voluntades anticipadas: una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas Fecha: 1-sep-2007 Cita: MJ-DOC-4587-AR | MJD4587 Producto: SYD

enfermo terminal con vida, que es un supuesto de previsión en las directivas anticipadas.

En cuanto a la forma el art. 11 de la ley 26529 modificado por la ley 26742 y su decreto reglamentario 1089/2012 establecen que deben ser realizadas en un instrumento público ante un notario o juez de primera instancia y con la presencia de dos testigos. El decreto reglamentario establece que mínimamente deben formularse en un instrumento privado con las firmas certificada, ante escribano. La ley especial se encuentra vigente y para parte de la doctrina esta forma y estos requisitos son de imposición legal.

Las directivas anticipadas de los practicantes del culto de Testigos de Jehová, por lo general, se realizan en su formulario preimpreso con firmas certificadas de cinco personas en cumplimiento de lo dispuesto por el decreto reglamentario (otorgante, apoderado y sustituto y dos testigos), todo en cumplimiento de lo previsto por el derecho reglamentario 1089/2012.

Otra parte de la doctrina entiende que la regulación de las directivas anticipadas de salud en el CCCN en el artículo 60, sin ninguna alusión a la forma jurídica en que deben realizarse impone el criterio de libertad de formas, bastando la forma escrita u otra que permita probar el otorgamiento. La escritura pública sin necesidad de testigos es una alternativa que otorga las máximas seguridades para este tipo de directiva. Existe un proyecto de Ley de Autoprotección S-669/2022 que exige escritura pública.

Las directivas anticipadas de salud, son derechos personalísimos y datos protegidos de los requirentes. Se incluyen dentro del secreto profesional y merecen más sigilo que otras actuaciones notariales, siempre teniendo en cuenta que son derechos personalísimos que el requirente **decide expresar por su interés personal**. El carácter de datos sensibles de acuerdo a la ley de protección de datos personales 25.326 merece que sean maximizados los cuidados tratando de cumplimentar la voluntad de la persona, pero también evitar todo daño por obtención de datos de más o infidencia de los dependientes. Los Colegios de Escribanos del país tienen organizados registros de actos de Autoprotección donde se inscriben estas directivas. La registración debe tener el carácter reservado, se conocerá la existencia y no el contenido. Sólo si el otorgante autoriza expresamente a través de su consentimiento, podrán ser publicitadas en los registros respectivos, todo ello en cumplimiento de las normativas nacionales e

internacionales en cuanto al documento notarial y su registraci3n.¹⁴ Tambi3n puede autorizar a la persona o personas, que pueden consultar este registro, que en principio es reservado al otorgante o juzgados intervinientes, o al cuerpo m3dico que est3 atendiendo la salud del otorgante.

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Las directivas anticipadas tuvieron favorable acogida a trav3s del “leading case” argentino, incluso antes del reconocimiento legal en el caso M del 25 de julio de 2005, en el que fueron recogidas, por primera vez, como v3lidas, las decisiones que realizaba una persona que padeci3a una enfermedad neurodegenerativa, sobre negativa a tratamientos m3dicos, y la solicitud de una muerte digna, expresadas en una escritura p3blica.

Tambi3n la CSJN tuvo oportunidad de expedirse en forma favorable en dos antecedentes sobre las directivas anticipadas de los seguidores del culto de Testigos de Jehov3, que no aceptan transfusiones de sangre.

Y en el caso de M.D. del 7 de julio de 2015 sobre interpretaci3n de la voluntad presunta de un enfermo, (un joven que tuvo un accidente de moto y permaneci3 19 a3os en estado vegetativo o de conciencia m3nima) y la posibilidad de interrumpir la asistencia mec3nica de respiraci3n y alimentaci3n, en atenci3n a una muerte digna. Establece que las directivas anticipadas no eran de uso en la 3poca en que se produjo el accidente

La Corte Europea de Derechos Humanos en el controvertido caso Lambert, que representa los dilemas para restringir la alimentaci3n e hidrataci3n en personas en estado vegetativo y de conciencia m3nima, que puede no ser enfermedad terminal y la importancia para estos casos de contar con la voluntad del paciente. Concluy3 que el Estado hab3a cumplido con las normativas al respecto. Cada Estado tiene un nivel de apreciaci3n en relaci3n al art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relaci3n al Derecho a la vida y protecci3n de los derechos de autonom3a de los pacientes.

La Corte considera que en esta esfera que hace a la extinci3n de la vida, como en aquella que concierne al comienzo de la vida, debe otorgarse a los Estados un cierto margen de apreciaci3n, no s3lo en la determinaci3n

¹⁴Reglamento Europeo de protecci3n de datos 2016. En nuestro pa3s Art 43 de la CN y ley 25.326 del 2000 y proyecto de ley de protecci3n de datos personales.

de si ha de permitirse o no el retiro de un tratamiento que mantiene la vida artificialmente y en las disposiciones que regulan en forma pormenorizada el procedimiento a seguir en ese caso, sino también en lo que hace a la manera de encontrar un equilibrio entre la protección del derecho a la vida del paciente y la protección de su derecho al respeto a su vida privada y su autonomía personal (No obstante, este margen de apreciación no es ilimitado, y la Corte se reserva la facultad de examinar si el Estado ha cumplido o no con sus obligaciones previstas en el Art. 2.

Además realiza la aclaración de que si hubiera una directiva anticipada del Señor Lambert ella, se hubiera acatado sin discusión e invita a los Estados partes de la Comunidad, a legislar sobre estos instrumentos vinculantes.

5. MENORES DE EDAD

Un párrafo especial merece la situación de los niños niñas y adolescentes, personas vulnerables por definición y sometidas a la representación de sus padres en ejercicio de la responsabilidad parental y o en su defecto por tutores que se les nombren.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la ley 26.061, en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que versen sobre su vida o salud. Se reconoce al niño, niña o adolescente, como un ser autónomo y libre para elegir sobre su propia vida o salud, en definitiva, sobre su propio proyecto existencial

Ello es acorde con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño que en su art. 12 establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

El art. 26 del CCCN establece: "...La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el

adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

Alguna parte de la doctrina entiende que los menores de edad no pueden otorgar directivas anticipadas vinculantes.

Nadie puede negar que tienen derecho a expresar su opinión válidamente ante un notario. Igualmente numerosos congresos y jornadas¹⁵ se han expresado en el sentido de otorgarles tal derecho al otorgamiento de directivas anticipadas de salud con carácter plenamente vinculante e inclusive está incluido en el anteproyecto de reformas del CCCN.

6. PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

En principio conservan sus derechos personalísimos para otorgar consentimiento informado y directivas de salud, al menos que sea uno de los actos restringidos en la sentencia de determinación de la capacidad.

7. EXEQUIAS

En el respeto de la dignidad de la persona humana el CCCN incluyó a las decisiones sobre las exequias y destino del cadáver, pudiendo decidir las formas de su sepelio e inhumación del cadáver y dar todo o parte con fines científicos o terapéuticos.¹⁶

Las decisiones referidas al destino de cadáveres y exequias también pueden ser incluidas en las directivas anticipadas.

¹⁵ Conclusiones de la Jornada Institucional de Derechos de las Familias- Mendoza 2018

¹⁶ El Art. 61 establece: La persona plenamente capaz puede manifestar su voluntad, por cualquier forma, y decidir las formas de su sepelio e inhumación del cadáver, dar todo o parte del cadáver con fines científicos o terapéuticos.

Si no ha sido otorgada o presumida, la decisión corresponde al cónyuge, conviviente o parientes según el orden sucesorio, que no pueden dar al cadáver.

No existe norma alguna que se refiera a la forma jurídica en que deben constar estas directivas.

EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Por Marcela Viviana Spina¹

I. CONCLUSIONES

1. El art. 59 del CCCN regula el consentimiento informado y ratifica su obligatoriedad, al determinar que ninguna persona puede ser sometida a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos ni a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado. Los tratamientos médicos de baja o alta complejidad incluidos en lo que se conoce como técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) requieren como todo tratamiento del consentimiento informado.

2. El art. 560 del CCCN establece la misma obligación para el centro de salud que intervenga en las TRHA. El consentimiento previo, informado y libre en este supuesto, tiene características propias, por las consecuencias que derivan de su aplicación en la determinación del vínculo filial. En este consentimiento se expresa y asume la voluntad procreacional a través de las TRHA.

3. Este consentimiento tiene especiales características, ya que, implica dos actos personalísimos consentir el tratamiento y otorgar la voluntad procreacional, fuente de la filiación por TRHA. *La voluntad procreacional*, implica la decisión de la o las personas, de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material genético utilizado. Son inadmisibles las acciones de filiación: impugnación o reclamación por o contra quién prestó el consentimiento previo, informado y libre del art. 561 del CCCN.

4. Los consentimientos son esencialmente revocables hasta la concepción en el útero o la implantación de embriones. Por ello es necesario un segundo consentimiento para la implantación de embriones, para evitar conflictos sobre embriones en casos de crisis de pareja o cambio de opiniones.

¹ Docente titular de la Universidad Notarial Argentina. Adjunta interina a cargo del curso bimestral “Testamento y Directivas Anticipadas, su registración” CPO en la Facultad de derecho UBA. Departamento de Derecho privado II.

5. En este caso creemos indispensable el asesoramiento jurídico junto con el asesoramiento médico a los efectos de la previsión de las implicancias referidas a la filiación. Los operadores jurídicos deben estar formados para otorgar este asesoramiento especializado en derecho y en bioética.

6. En principio para el consentimiento médico informado no existe exigencia de formas. Cuando el tratamiento es exitoso y concluye con un nacimiento. Los requisitos formales son más estrictos el Legislador exige la protocolización del instrumento ante Escribano Público o certificación ante la autoridad sanitaria.

7. La protocolización del consentimiento ante autoridad sanitaria o ante notario se realiza para formar parte del legajo base que acompañe el nacimiento con los efectos de preservar los elementos y poder cumplir con el derecho a la identidad.

8. El nacimiento, más el consentimiento previo, informado y libre protocolizado, son causa fuente de la filiación y se inscriben en el Registro del Estado civil y Capacidad de las personas y provocan el emplazamiento. Es la primera vez, que la filiación se disocia del dato biológico. Cuando se inscribe un nacimiento deberá acompañarse un legajo base con los datos del tratamiento, aunque del certificado no debe surgir elemento alguno. Es indispensable esta inclusión en el legajo base para poner en evidencia que corresponde a una filiación por TRHA y que se aplique el artículo 562 del CCCN, quiere decir que no haya posibilidades de acciones por filiación respecto de este nacimiento.

9. Es fundamental que se cumpla con tal requisito para asegurar los derechos de la persona por nacer, para conocer sus antecedentes médicos y para ejercer el derecho a la identidad del niño nacido por TRHA de acuerdo al artículo 564 CCCN.

10. El nacido por estas técnicas, tiene acceso a la información, en casos determinados, en que el derecho a la intimidad y privacidad del donante, debe ceder frente a sus intereses. El primer caso, para conocer datos médicos del donante, recurriendo al centro médico que intervino en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, y el segundo, por razones debidamente fundadas, evaluadas judicialmente, para revelar la identidad del donante. Estas excepciones entendemos, fueron establecidas en forma taxativa

11. La única forma de consentir una TRHA por representación, de una persona que carece de competencia es que la haya incluido **EXPRESAMENTE** en una directiva anticipada de salud, o en un

testamento cuando la TRHA deba realizarse post mortem, así lo ha decidido la jurisprudencia de nuestros tribunales.

II. FUNDAMENTOS

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN TRHA Y LA VOLUNTAD PROCREACIONAL²

Ante decisiones de tanta complejidad el derecho debe complementarse con la bioética, que colabora con aquel cumpliendo un rol fundamental. El consentimiento informado en estos casos, siguiendo a Rodríguez Iturburu, viene impuesto para promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional. Las personas tienen derecho a tener sus propios puntos de vista, a tomar sus propias decisiones y a realizar acciones basadas en los valores y creencias propias³

El consentimiento informado es un acto jurídico que al poner en ejercicio derechos personalísimos como el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad, a la libertad, al cuidado del propio cuerpo-, trasciende la esfera civil e ingresa en la esfera constitucional.⁴ Corresponde al usuario de TRHA tomar sus decisiones personalísimas.

Siguiendo a Ursula Basset, consideramos la complejidad que se presenta cuando trata de determinarse la naturaleza jurídica de este consentimiento. Involucra pautas del derecho a la salud, y pautas del derecho civil, en especial de filiación. "Está en la tensión de una encrucijada: de una parte, responde a los principios generales de los actos médicos (porque hay prácticas médicas involucradas en el proceso reproductivo). De otra parte,

² Veáse. Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado. Clusellas, Eduardo Gabriel. Coordinador. Editorial Astrea.FEN pag. 711 en adelante.

³Rodríguez Iturburu, Mariana. La determinación de la filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado. Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. 20/5/2015, pag. 67. La Ley- 2015-C. Cita on line AR/DOC/ 1325/2015.-

⁴GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. (Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español)", en Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Año 5, N°2, La Ley, Buenos Aires, marzo-abril 2003, pp. 1 y ss.

el nuevo Código hace pender de ese consentimiento médico la existencia de un nuevo ser humano, las modalidades en que será concebido y así un espectro de derechos y posibilidades futuras, un estado de familia y derechos personalísimos (identidad, nombre, derechos sobre el propio cuerpo) y patrimoniales.”⁵

La ley 26.529, de derechos del paciente, reformada por la ley 26.742, regula la obligatoriedad del consentimiento informado. Y el mismo debe reunir las características impuestas por la resolución 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud.

El art. 59 del CCCN regula el consentimiento informado y ratifica su obligatoriedad, al determinar que ninguna persona puede ser sometida a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado.

El art. 560 establece la misma obligación para el centro de salud que intervenga en las TRHA. El consentimiento previo, informado y libre en este supuesto, tiene características propias, por las consecuencias que derivan de su aplicación en la determinación del vínculo filial. En este consentimiento se expresa y asume la voluntad procreacional a través de las TRHA; que debe renovarse para cada tratamiento, y puede revocarse libremente hasta que no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Según Ursula Basset, estamos frente a un contrato o más bien varios contratos conexos, los consentimientos prestados, expresan la voluntad contractual de procrear un hijo y asumir la filiación del mismo. Ya que no se trata ya de un acto unilateral, sino de la convergencia del consentimiento informado de dos personas. Creemos que no cabría exactamente en la definición de contrato del art. 957CCCN, porque si bien, se trata de un acto jurídico en que las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas, en este caso, no todas esas relaciones serían de contenido **patrimonial**.

Se trata por un lado de un tratamiento médico para solucionar un problema de infertilidad o satisfacer el deseo de procreación. Una relación de consumo con el centro médico, que promete una obligación de medios,

⁵ Basset, Ursula C. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial.- LA LEY 14/07/15 Cita on line AR/DOC/2099/2015.-

utilizar todas las técnicas a su alcance, con un contenido netamente económico. Podría involucrar la voluntad procreacional de dos personas que deciden intentar tener un hijo, incluyendo su material genético propio o también ajeno. Podría incluso involucrar la donación altruista de material genético de otra persona.

Los consentimientos son varios y señalamos a modo de ejemplo: el de los donantes, que deben conocer que implica la posibilidad de engendrar hijos ajenos, las molestias, trastornos y consecuencias adversas del tratamiento. Y además tomar conocimiento del carácter, en principio, anónimo de la donación y la posibilidad de conocimiento de los datos, en determinadas circunstancias con autorización judicial. El de la paciente, para aceptar el tratamiento y querer tener un hijo. El del marido o la pareja para autorizar el tratamiento, para utilizar su material genético o para asumir irrevocablemente la paternidad, aunque no responda a la verdad biológica. Estos últimos deben actualizarse ante cada implantación o fertilización, también para cambiar el destino de los embriones o prorrogar su conservación. Por último, el de una mujer sola que decide congelar sus óvulos, para utilizarlos más adelante y así extender su posibilidad de fertilidad, o de cualquier persona, que ante una enfermedad que pueda afectar su fertilidad, puede solicitar la crioconservación para el futuro de su material genético.

La enumeración de estos "consentimientos" permite advertir la complejidad de la materia y los problemas hermenéuticos que se derivarán de la aplicación de las dos normas regulatorias de las técnicas que por momentos se superponen o bien dejan lagunas.⁶ A pesar que estaba previsto en los fundamentos del CCCN y hubo varios proyectos de ley nunca se aprobó una ley que regule exhaustivamente la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

No se exige el consentimiento del marido. Parecería más importante disponer la vivienda familiar que tener un hijo, que por presunción legal será hijo del cónyuge. El Estado debería preverlo y el centro de salud prevenir en estos casos. Si bien de los fundamentos del anteproyecto Decreto 191/2011

⁶ Por su orden temporal Ley 26.862 y su decreto reglamentario 656/2013. Código Civil y Comercial de la Nación y Proyecto de ley de fertilización asistida con media sanción de diputados 581 y 4058-D- 2014 del 12 de noviembre de 2014 de convertirse en ley.

surge que se ha seguido a la ley española 14/2006, no exige como ésta el asentimiento del marido y la necesidad de asesoramiento jurídico y ético.

No está prevista la subsanación posterior, en caso de falta de consentimiento previo, o subsanación de un consentimiento viciado.

Los consentimientos son esencialmente revocables hasta la concepción en el útero o la implantación de embriones. Por ello es necesario un segundo consentimiento para la implantación de embriones, para evitar conflictos sobre embriones en casos de crisis de pareja.⁷ En caso de no haber acuerdo. ¿Se aplicaría la solución contractual, respetando lo que se estableció en el consentimiento originario?. La ley británica de 1991, pionera en la materia, prohíbe la continuidad del tratamiento si no hay consentimiento de ambos. En caso de conflicto quedará abierta la vía judicial.

El consentimiento debe ser recabado por el centro de salud que realiza el tratamiento, que es parte interesada, sobre todo en deslindar sus responsabilidades; además tiene la superioridad que le confiere el conocimiento científico, frente a la otra parte vulnerable, por su situación de progenitor de deseo de tener un hijo y su infertilidad.

El consentimiento debe ser **previo, informado y libre**. No hay mayores exigencias, no lo regulan las leyes especiales. Ningún comentarista del CCCN da mayores precisiones, únicamente se requiere un requisito "ad probationem" su protocolización ante escribano público o certificación ante autoridad sanitaria correspondiente. A falta de requisitos, los mismos son impuestos por los institutos médicos, por el asesoramiento legal privado y por las decisiones bioéticas de los interesados. Deberá cumplir los requisitos

⁷ C. N. Civ. Sala J, "P. A. c. S. A. C. s/ medidas precautorias", 13/09/2011. Con comentarios de: PASTORE, Analía, "Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: qué hacemos con los embriones crioconservados?" ED-240, 50. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, BASSET, Ursula C., y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados.", en ED-245-72, En esta editorial se publicaron también los siguientes comentarios LA LEY 2011-E, 442 con nota de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal"; GHERSI Carlos A. "El derecho personalísimo a ser padre", LA LEY 26/10/2011 , 1, . JÁUREGUI, Rodolfo G; "La concepción y la responsabilidad parental", CARRANZA, Gustavo "El derecho a ser madre" ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa; BERTI GARCÍA Milagros; NASSAZI RUANO, Fernando, "Los concebidos crioconservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos"; DFyP 2011 (diciembre) , 220, KRASNOW, Adriana N, "Cuando la respuesta parental no se corresponde con la voluntad parental", JA 30/11/2011 , 35

de todo acto jurídico, otorgado con libertad, discernimiento y voluntad (art. 260) Sin los vicios dolo, error o violencia. Este consentimiento como disposición de derechos personalísimos y sobre el propio cuerpo no puede ser contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. No puede ser suplido por terceros (art. 55 y 56). Es esencialmente revocable.

El nacimiento, más el consentimiento previo, informado y libre protocolizado, son causa fuente de la filiación y se inscriben en el Registro del Estado civil y Capacidad de las personas y provocan el emplazamiento. Es la primera vez, que la filiación se disocia del dato biológico. Cuando se inscribe un nacimiento deberá acompañarse un legajo base con los datos del tratamiento, aunque del certificado no debe surgir elemento alguno.

“Más allá de lo que dispongan las normativas especiales, el Proyecto prevé que el consentimiento prestado en el centro médico (documento sanitario) debe ser protocolizado ante escribano público e inscripto en el correspondiente Registro Civil, luego del nacimiento del niño, apuntando así a brindar seguridad jurídica y mayores garantías a los usuarios de estas técnicas, los así nacidos y los terceros. Sólo reunidos todos esos requisitos, la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento será fuente determinante de la filiación”⁸ El decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862 de "Acceso integral a las TRHA", en el art. 7 establece que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad, y que se aplican en lo pertinente la ley 26.529, de derechos del paciente, y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales (en este caso datos sensibles).

Los requisitos formales son más estrictos que en el consentimiento informado médico el Legislador exige la protocolización del instrumento ante Escribano Público o certificación ante la autoridad sanitaria.

Siguiendo a Argentino I. Neri podemos decir que protocolizar es incorporar al protocolo el instrumento a través de su transcripción, y para otros, protocolización es acción y efecto de incorporar el instrumento, a través de meras enunciaciones del mismo, que en lugar de ser transcrito ha

⁸ Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012" Rivera, Julio Cesar. Director. Coordinadora Medina, Graciela. Famá, María Victoria. Capítulo XVI. Filiación. Pag. 419. AbeledoPerrot)

de quedar tan solo agregado”. Este autor afirma, que cualquier persona puede presentarse ante escribano público, ya sea para conservar un instrumento privado, o para darle fecha cierta y solicitar que lo agregue a su registro.⁹ Las leyes que regulan la actividad del notariado de la Provincia de Buenos Aires - Decreto Ley 9020/1978 - y de la Ciudad de Buenos Aires - Ley 404- se refieren a la protocolización de documentos, el primero, en los artículos: 162 y la ley 404, en el art. 89 y 90.

Se discute si la protocolización es una verdadera “escritura” en sentido material o si, por el contrario, se trata de las llamadas “escrituras-actas”, escritura por su forma y acta por su contenido. Al respecto, Rubén A. Lamber describe las diferencias entre la escritura y el acta: “Se trata de la distinción entre las escrituras públicas, en que las partes concurren para otorgar un acto o negocio jurídico, donde la voluntad para declarar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones *es sustancial*, y las actas, en que el requerimiento se formula con relación a la comprobación documental de hechos que el escribano percibe por sus sentidos”.¹⁰ Consideramos, luego de lo expuesto, que lo más adecuado, para brindar seguridad jurídica al consentimiento médico para la aplicación de TRHA, es el otorgamiento de una “escritura pública”, en sentido material y formal. Cuyo contenido debe ser la manifestación inequívoca de los otorgantes de someterse a las TRHA, expresar la voluntad procreacional de asumir el vínculo filial de acuerdo al CCCN y otorgar un verdadero acuerdo regulatorio que contenga las decisiones personalísimas de los intervinientes y prevenga las posibilidades de conflicto. Los otorgantes, deberían por ejemplo, establecer: la decisión de recepción de material heterólogo, la cantidad de transferencias de embriones o el número de ovocitos a inseminar, el destino de los embriones crioconservados, en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio o muerte de uno de ellos, plazo de conservación de embriones (máximo previsto 10 años) y su posibilidad de prórroga (por 5 años), destino, para el caso de cese de la conservación, optar entre que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la

⁹ Neri, Argentino I.- Tratado teórico Práctico de Derecho Notarial. Tomo IV, 147. Depalma. 1970

¹⁰ Lamber, Rubén A. La Escritura Pública, Tomo I. Fundación Editora Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2004. Pág. 132 y sigts.14.

investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. Muchas de estas alternativas a convenir surgen del proyecto de ley relacionado 0365-D-2014.- Téngase en cuenta, que a pesar de que hubo varios proyectos de ley aún no fueron sancionados, por lo que hoy podrán o no incluirse libremente por decisión de los interesados.

La escritura pública goza de fe pública y garantiza fecha cierta, autenticidad, guarda, reproducción, conservación y certeza. El nuevo CCCN cuando se refiere a los instrumentos públicos notariales, no los impone casi para ningún acto, más vale los otorga, en todo caso como una alternativa, sin embargo, les confiere la misma fuerza obligatoria, valor probatorio y eficacia convictiva, que en el antiguo sistema jurídico.¹¹

El usuario de las TRHA debería ser el interesado en solicitar la escritura o la simple protocolización, máxime cuando deja en un centro autorizado embriones viables para tener nuevos hijos, aunque cualquiera de las partes podría solicitarla mediante la transcripción del consentimiento informado o simplemente su incorporación al protocolo; en tal caso, estaríamos ante “una escritura-acta”, con las mismas características de una simple protocolización de instrumento privado y con sus mismos efectos. Creemos que en este caso se cumpliría con la letra de la norma, pero no con la intención del legislador.

Corresponde a las personas actuar prudente y responsablemente, valorizar sus decisiones personalísimas, recurrir al asesoramiento profesional, de un tercero imparcial, cuando se trata de elecciones de tanta trascendencia y exigir la documentación con máximo valor probatorio, sobre todo cuando se trata de la parte más débil en la relación, por carecer del conocimiento técnico, sumado a la situación de vulnerabilidad producto del sufrimiento físico y psicológico que significa tener que recurrir a un tratamiento de fertilización asistida. Frente a una materia relacionada con la bioética es necesaria la intervención interdisciplinaria y asesoramiento legal junto al consejo médico.

Sin dudas el CCCN incluye un derecho nuevo, la recepción de un avance médico y tecnológico de gran impacto social que las leyes deben regular.

¹¹ Ventura, Gabriel B. El valor probatorio de los instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial. LA LEY 11/08/2015, 11/08/2015, 1 **Cita Online:** AR/DOC/2529/2015

En ambos tipos de TRHA homóloga y heteróloga, la voluntad procreacional se manifiesta a través del consentimiento informado; en la homóloga, las consecuencias quedan circunscriptas al ámbito familiar o de la pareja, mientras que en la heteróloga, se extienden además al equipo médico y a quien fue el donante del material genérico, que puede o no ser anónimo.

En este último tipo de prácticas, la heteróloga, se provocan consecuencias no solo biológicas, sino jurídicas en materia de filiación, que deben ser reguladas cuidadosamente por los derechos que puedan ser afectados, el derecho a la vida, la salud, la integridad física, y especialmente, como lo hemos mencionado, el derecho del niño a conocer su identidad biológica.

Este derecho a la identidad biológica del niño y su derecho a la información, en los casos de utilización de gametos donados por un tercero, ha sido resuelto por los codificadores, tomando una postura intermedia, entre los ordenamientos que protegen el anonimato absoluto del donante y aquellos que son más permisivos y admiten el acceso a la información en todos los casos. Como excepción, el nacido por estas técnicas, tiene acceso a la información, en casos determinados, en que el derecho a la intimidad y privacidad del donante, debe ceder frente a sus intereses. El primer caso, para conocer datos médicos del donante, recurriendo al centro médico que intervino en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, y el segundo, por razones debidamente fundadas, evaluadas judicialmente, para revelar la identidad del donante. Estas excepciones entendemos, fueron establecidas en forma taxativa.

Esta tercera fuente de filiación que el nuevo código regula, es posible, si se cumplen dos requisitos básicos: el primero, *la voluntad procreacional*, que implica la decisión de la o las personas, de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material genético utilizado; el segundo, que esa voluntad sea expresada en el *consentimiento previo, informado y libre*, que debe recabar el centro de salud interviniente, y renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones; es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión.

A través de la *voluntad procreacional*, como elemento volitivo, se plasma la decisión de incluir a este hijo por nacer como parte de su proyecto de vida y la decisión de asumir la relación filial tomando a su cargo toda la

responsabilidad de traer un hijo al mundo, desde su concepción, para criarlo, educarlo y contribuir a su formación.

Los nacidos por TRHA, establece el artículo 562 CCCN, son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Los consentimientos informados en las TRHA heterólogas que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCCN), deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental.

La disposición 1093/2016 del 5 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires establece que la certificación ante autoridad sanitaria, no fue regulada y la protocolización notarial resulta *de una onerosidad inevitable y discriminatoria*, resuelve excediendo a nuestro criterio sus facultades, y su competencia material, establecer que la certificación podrá realizarse ante el funcionario del registro civil que le dará el carácter de instrumento público y formará parte del legajo base.

A lo sumo algunos autores sostuvieron que debe haber una alternativa a la protocolización notarial para evitar los posibles costos, pero ningún sector doctrinario estableció que se eliminara el requisito, como lo dispone esta reglamentación de la Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, una norma de carácter local, elimina o hace optativa para el interesado, la formalidad exigida por la legislación de fondo.

En la XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, Octubre de 2015, Comisión 6, Familia, Identidad y Filiación, sobre “Cuestiones generales en materia de determinación de la filiación derivada de las TRHA”, concluyeron, *por unanimidad* que: “ Los consentimientos informados a las TRHA heterólogas, que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCyCN) deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental al Registro Civil”.

2. EJERCICIO DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL EN CASO DE INCAPACIDAD O TRHA POST MORTEM.

Existen numerosos fallos que tratan del consentimiento informado para TRHA en caso de incapacidad o post mortem, en especial uno que tuvimos la oportunidad de comentar ¹²

Este caso se trata de un hombre en estado vegetativo o de conciencia mínima a raíz de un accidente, la esposa y curadora, quién hace 9 años que se encuentra a cuidado del esposo, solicita autorización judicial para otorgar el consentimiento informado para realizar una práctica exploratoria de mapeo testicular y extracción de esperma, con el objeto de tratar de conseguir un embarazo, y cumplir así el proyecto de vida de ambos.

En el caso se estableció que el señor M. carecía de competencia para otorgar su consentimiento informado. Quién está llamada legalmente en este caso a otorgar el consentimiento informado para toda práctica médica es su cónyuge en su doble carácter de esposa y de curadora nombrada judicialmente.

Pero la práctica que se solicita en el caso no es para una práctica de emergencia, con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. Es un tratamiento voluntario solicitado por la esposa. Y además la cónyuge tendría un interés personal en el tratamiento, en este caso fue menester la actuación de un curador especial o ad litem y la intervención del ministerio público, además la voluntad procreacional, que se ejerce por un acto voluntario y lícito con intención, discernimiento y libertad, no podrá ser ejercido por un representante.

Las voluntades anticipadas serían la única forma de ejercicio de estos derechos personalísimos, es la forma de tener la voz, los deseos y la preferencia de la persona, con ultractividad, por haber sido expresada en previsión de la discapacidad. Las directivas anticipadas servirían para expresar estos derechos personalísimos para una etapa de falta de conciencia o discapacidad. Y en un testamento podrían establecerse derechos personalísimos para su ejercicio post mortem.

La persona humana, es un fin en sí mismo, no puede ser cosificada y utilizada para obtener fines de otro, por lo que considera, que la posibilidad de tener un hijo o no, es una decisión personalísima que implica la voluntad

¹² Tribunal superior de justicia de Rio Negro.27/2/2018 M.J.A s/ Autorización Judicial. en Spina, Marcela Viviana Zito Fontan, Otilia Comerntario a Fallo en Discapacidad y Modelo Social. Pagano, Luz Maria y Perez Gallardo, Leonardo Editorial Erreius, 2020, pag. 309

procreacional. Decidir la misma sin elementos sobre una persona inconciente es violentar la dignidad del mismo.

Las decisiones contrarias tomadas en instancias anteriores y el voto en disidencia, demuestran el dilema biótico que implican estas decisiones, siendo las TRHA post mortem, una de las más controvertidas, por lo cual no se incluyó en el CCCN.

Por eso consideramos primordial la difusión y la educación en los nuevos paradigmas para poder facilitar las tomas de decisiones y anticipar directivas para el ejercicio de derechos personalismo, y dar luz a estos dilemas jurídicos.

LA EFECTIVIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS

Por Luis Alberto Valente¹

I. CONCLUSIONES

1. La exigencia del Consentimiento Informado para actos médicos se encuadra en un modelo clínico centrado en el paciente y alejado del esquema paternalista por el que el médico imponía su opinión. A su vez, y considerando las diferentes perspectivas de los agentes involucrados en aquella relación se erige en una regla especial de conducta y contribuye decididamente a la *lex artis ad hoc*.

2. La consideración del Consentimiento Informado impone en la especie un verdadero cambio paradigmático. En ese tono, principios como el de autonomía o autodeterminación (libertad de elección) sin intromisiones o injerencias indebidas, respetando el proyecto de vida del enfermo o su propio plan de vida; el derecho a gestionar el propio cuerpo, considerando el libre desarrollo de la personalidad; son algunos parámetros indicadores de respetar las creencias del sujeto bioético y a su vez, resistiendo a una medicina paternalista a través de la cual se imponía soluciones al enfermo y que éste debía pasivamente acatar.

3. En su consideración jurídica el Consentimiento Informado debe ser efectivo. Ello a riesgo de padecer de una ineficacia funcional por no cumplir con su puntual finalidad técnica y desatender los fundamentos que como expediente bioético debe cumplimentar

4. El Consentimiento Informado es una regla de especial importancia en la bioética práctica. Concebido como proceso y en el marco de una ética dialógica (que sugiere mayores acuerdos), el deber de información al enfermo debe acontecer en relación directa con su auténtico poder de comprensión.

5. La cantidad y calidad de la información junto a la modalidad o como ésta efectivamente se transmite son aspectos viscerales en la problemática del consentimiento informado. Ello lo ubica dentro de una ética comunicacional de insoslayable trascendencia.

¹ Profesor Titular de Derecho Privado I, Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Católica de La Plata. Secretario del Instituto de Derecho Civil (UNLP).

6. La noción de competencia del sujeto bioético se compadece con sus habilidades y destrezas para comprender la información que se le suministra. Éstas determinan la modalidad que debe revestir el acto de informar ajustándose a la edad y grado de madurez del sujeto; o dimensionando en la especie la restricción de capacidad que sobre él recae.

7. La autonomía (en línea con la calidad de la información) puede verse auxiliada o limitada por el principio bioético de beneficencia, en decidida protección al enfermo y en el marco del entendimiento entre los interlocutores válidos del conflicto.

II. FUNDAMENTOS

1. LINEAMIENTOS GENERALES

Lejos de ser exhaustivos, el consentimiento informado para actos médicos aparece regulado en el art. 59 y concordantes del Código Civil y Comercial. Así también ley 26.529 y su modificatoria, ley 26.742. Reglamentadas por el Decreto 1089/2012.

En nuestras conclusiones queremos significar que el consentimiento informado responde a una elaboración que excede lo rigurosamente jurídico, y que el legislador supo acoger atendiendo a los fenomenales cambios que acaecen en la relación médico-enfermo.

De esa forma esa relación da cuenta de una mensura ética de la dinámica constitutiva que la solventa. En la actualidad aquello constituye el basamento especulativo que intenta brindar soluciones prácticas y contextualizadas de los problemas, entendibles solamente si se piensa en el respeto irrestricto de los derechos humanos del paciente.²

² Recuerda Hooft la conceptualización brindada por Francesc Abel i Fabre para quien “La Bioética es el estudio interdisciplinar (transdisciplinar) orientado a la toma de decisiones éticas de los problemas planteados a los diferentes sistemas éticos, por los progresos médicos y biológicos, en el ámbito microsocial y macrosocial, micro y macroeconómico, y su repercusión en la sociedad y su sistema de valores, tanto en el presente como en el futuro”. Destaca Hooft que es un estudio interdisciplinar pues requiere el diálogo entre las distintas disciplinas :ética, teología, filosofía ciencias de la salud y derecho...; dando cuenta de la vastedad de problemas que abarca y sobre todo el vertiginoso

En definitiva, la problemática del consentimiento informado para actos médicos debe ser analizada desde una perspectiva bioética y que no se ajuste a una ciega juridicidad formal o que haga caso omiso a la consideración puntual o concreta y relativa a la subjetividad del paciente. Ello, a riesgo de caer en una abstracción o hasta incluso omisión de las carencias enfermo.

Deficiencias que lo ubican en un plano de inferioridad mayúsculo pues no sólo es presa de los temores y miedos que genera la coyuntura en sí, sino por la afectación y posible incidencia en su plan de vida sin perjuicio de inestimables derechos personalísimos tan esenciales como valiosos en sus diferentes aristas.

Ese fundamento contribuye a ubicar la finalidad y razón de ser del consentimiento informado (su efectividad y su declamación jurídica) cuyas bases constitucionales hallan justificación en los derechos humanos involucrados.

2. PERSPECTIVA BIOÉTICA

Si la bioética es entendida como una interdisciplina que aborda los conflictos morales en el campo de la salud, desde aquella mirada puede decirse que el consentimiento informado es un expediente sustancialmente autónomo, y al que se llega tras un proceso en donde la calidad de la información juega un rol visceral.³

avance operado a partir de los avances científicos tecnológicos . Compartimos destacar aquellos progresos impactan en los valores. Pensamos en la prolongación de la vida mecánicamente y la posibilidad de resistirse a la forma de vida que ofrece la medicina moderna- art.59 letra g del Código Civil y Comercial- (Hooft, Pedro Federico: Bioética Y Derecho. El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia Argentina. Puede verse en: <https://www.redalyc.org>). Francesc Abel i Fabre, Bioética: orígenes, presente y futuro, Instituto Borja de Bioética. Fundación Mapfre de Medicina, Madrid, 2001, ps. 5/6.

³ Sin pretender ser exhaustivos, los principios bioéticos son: respeto por las personas o autonomía, beneficencia (no maleficencia) y justicia. La *autonomía* es un principio que impone el respeto por las personas e incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección. Por ente autónomo puede entenderse el individuo capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros. El segundo principio es el de *beneficencia* (*bonun facere*) procura el mayor beneficio para el paciente es decir atender a su mejor interés. No es caridad sino que significa no hacer

La información suficiente contribuye a la textura del acto voluntario producto (a su vez) de una comprensión que se erige en requisito *sine qua non* del discernimiento.

En ese tono la intención es producto del derecho del sujeto a decidir sobre los actos relativos a su salud es decir, de auto determinarse, conforme a su escala de valores y preferencias. Su autodeterminación será consecuencia de su proyecto o plan de vida y en un todo de acuerdo a su visión del mundo.

De manera que el paciente adquiere un rol activo en el libre desarrollo de la personalidad, es decir, adopta las decisiones propias como ser sustancialmente autónomo.

Sin embargo esa autonomía no supone anarquía. En ese sentido apunta Diego Gracia que la autonomía no sólo tiene los límites de la falta de intencionalidad o comprensión; o externos que la hacen inauténtica. Hay otros límites que le vienen exigidos por el “conflicto” con otros principios de la vida moral como el de beneficencia o el de justicia.⁴

De manera que el acto voluntario es producto de un proceso que surge en la relación médico-paciente y por el cual el éste último expresa su voluntad de aceptar o no el tratamiento o solución propuesta por el médico y ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto, beneficios, riesgos y alternativas propuestas⁵.

3. ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Cuando decimos que el consentimiento informado es producto de un proceso nos referimos a una ética del dialogo, a un intercambio de opiniones entre los interlocutores válidos del conflicto y a fin de alcanzar un entendimiento, que no necesariamente pasa por sustanciales acuerdos pero sí por coincidencias referidas al plano moral, metodológico o práctico.

daño; extremar beneficios, minimizando los riesgos. En éste último sentido la moderna bioética principalista recuerda otro, es decir, el principio de *no maleficencia* que significa no hacer daño intencionadamente ya que lo primero es no *dañar* (*primum non nocere*). Al fin, otro principio bioético es el de justicia.

⁴ Gracia, Diego: Fundamentos de Bioética, Eudema, Madrid, 1989, p 187

⁵ Conf. Rodríguez López, Pedro: La autonomía del Paciente, Dilex, 2004, p. 69.

Aquello contribuye en la especie a la *lex artis ad hoc* entre dos agentes desiguales erigidos como interlocutores válidos: el médico con su visión técnico-profesional del problema; y el enfermo o paciente que en definitiva sufre la vulnerabilidad que genera su patología lo cual puede ubicarlo en un plano de inferioridad.

De allí que puede considerarse un acápite fundamental en donde la calidad, cantidad y modos de transmisión de la información hacen a una ética comunicacional de insoslayable presencia en la problemática que abordamos.

De allí que los contenidos que se desprenden de las letras a/h del art. 59 del Código (y normas civiles concordantes) son indicativas del contenido. Son modalidades referidas a la manera de efectivizar la pieza legal pero no la consideramos ni extenuantes ni taxativas.

Lo importante es que se cumpla con la razón de ser y no obcecadamente con la norma. Aquel fundamento ético se vincula a la comprensión y no a la textura legal o procesal del expediente técnico.

El consentimiento informado, siendo una pieza técnica pensada en beneficio del paciente, no exime la responsabilidad del galeno por negligencia en su labor médica. Incluso si el paciente fue informado del riesgo y su posible ocurrencia.

Debe considerarse que el consentimiento informado ostenta sus propios fundamentos morales y que para nada operan sobre la dinámica profesional ajenos al radio de operatividad. El expediente bioético no implica transferencia de riesgos sino la cabal comprensión de éstos por el enfermo.

De manera que el principio de beneficencia por el cual se procura hacerle el bien al enfermo cumple un rol que puede delimitar al principio de autonomía es decir lo complementa. De ninguna manera lo exime al profesional de su responsabilidad si una confianza ciega en la autonomía del enfermo conduce a perjudicarlo.

Ello contribuye a la idea de *efectividad* del consentimiento informado y a riesgo de padecer de una ineficacia que afecte la finalidad práctica-jurídica del acuerdo mismo.

De ello se desprende que el dialogo puede dar cuerpo al procedimiento técnico al que aludimos y brinda una delimitación puntual a las razones que lo fundamentan. Estamos ante una ética de la comprensión y del

entendimiento. Ante acuerdos circunscriptos a las necesidades del sujeto bioético y como agente moral autónomo.

Pero ese consentimiento no debe desnaturalizar la esencia misma de *lex artis*. Más bien debe contribuir a su operatividad práctica.

En tono con ello debe ser funcional a la efectiva comprensión por el sujeto lo cual contribuye a ver al dialogo como parte operativa y con una ética propia.

Esto último le da carácter contextual.

En ese entendimiento puede verse que no es una cuestión que haga a la capacidad jurídica sino más bien se vincula a la competencia del sujeto bioético.

4. COMPETENCIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

El sujeto debe ser competente para comprender o recibir información y para brindar su consentimiento. Lo cual no necesariamente se vincula con la capacidad jurídica.

La competencia se refiere a las habilidades que efectivamente requiere el sujeto para brindar su consentimiento lo cual (a su vez) exige metabolizar correctamente la información y los modos de comunicación.

A su turno, no debe dejarse de apreciar la vulnerabilidad de quien padece una situación de enfermedad de allí que considerar la voluntad de éste último supone medir la competencia para asumir los riesgos y vicisitudes de su enfermedad.

De allí que el principio bioético de beneficencia no es ajeno a la problemática de un derecho civil moderno o ajustado a la dinámica actual y que no prescinde de la vulnerabilidad como factor computable en el análisis de sus estructuras jurídicas.

Esa noción de *vulnerabilidad* –que puede darse aún en la persona jurídicamente capaz- nos acerca a la noción de competencia del sujeto bioético.

En esa línea, (por ejemplo) la ley de trasplantes de órganos 27.447 en su art.4 letra c sostiene claridad en la información y adaptada al nivel cultural el sujeto

A su turno, la ley de salud mental 26.657 en su art.7 se refiere a la información adecuada y comprensible. Rige el consentimiento informado

para todo tipo de intervenciones (salvo excepción legal) y sobre todo: las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión (art. 10, ley 26.657. recuérdese el art.31, letra d del Código Civil y Comercial)

Ello da pie para pensar ya no en la capacidad jurídica sino en la necesidad de que en la especie acaezca una puntual competencia bioética.

La procedencia de la misma merece un aparatado especial en el caso de menores, que ostentan edad y grado de madurez (art 24, letra b del Código) y cuya opinión de debe ser oída a fin de participar en las decisiones sobre su persona (art.26 y concordantes del Código).⁶

El Decreto 1089/2012, reglamentario de la ley 26,529 modificada por la 26.742 parangona la competencia con el discernimiento lo cual puede resultar inconveniente pues la primera es una voz de raíces bioética y el segundo puede merecer una lectura jurídica a la luz de ser un elemento interno del acto voluntario.

También en el caso de la persona que ostenta restricción de capacidad si en cuanto pueda manifestarse y en su beneficio es decir como sujeto autónomo con poder de decisión (art.31 y siguientes del Código).

La competencia opera también en las personas que habrán de sustituir al enfermo para el supuesto en que éste esté absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad o en situaciones de riesgo (art.59 párrafo 4 Código Civil y Comercial)⁷

⁶ El decreto 1089/ 2012 (art.2 -e del Decreto) establece que los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, *según la competencia y discernimiento de los menores*. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad.

⁷ Como se sabe el art 59 del Código menciona al representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente o allegado que acompañe al enfermo. La enumeración del artículo no puede ser considerada extenuante o rígida. La efectiva competencia habilita la oportuna decisión. Y ésta no pasa por una enumeración abstracta del legislador y por ello ajena a la verdad práctica o casuística.

En definitiva, no debieran confundirse capacidad jurídica con competencia o capacidad bioética.

En el supuesto del consentimiento informado es la competencia la que habilita al sujeto a autorizar o no determinado tratamiento o procedimiento médico y tras una fértil y oportuna comunicación, y tan efectiva como eficiente.

5. LINEAMIENTOS CONCLUSIVOS

De lo expuesto se desprende lo siguiente:

- 1) El consentimiento informado es una regla consustanciada con el principio de autonomía y coadyuvando con éste, (proporcionalmente) opera el principio de beneficencia.
- 2) Estamos ante una regla de conducta ajustada a *lex artis ad hoc* y ante dos agentes: el médico que ostenta el conocimiento y el paciente vulnerable.
- 3) El consentimiento informado tiene su fundamento propio y sus fines
- 4) El diálogo y el entendimiento son aspectos consustanciales al procedimiento que implica el expediente jurídico en cuestión
- 5) Debe considerarse la competencia bioética del sujeto.

COMPETENCIAS DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Por Carlos Vidal¹

I. CONCLUSIONES

1. El consentimiento informado, constituye un proceso más extenso que la mera declaración de voluntad, en el que interactúan los sujetos de la relación médico paciente, incluyendo requerimientos tales como la competencia de ambos sujetos, la información suficiente, clara y precisa, y finalmente, la voluntariedad, teniendo como objetivo primordial la protección de la salud integral del destinatario del acto médico, y simultáneamente el resguardo jurídico del accionar y diligencia profesional. Su desarrollo tiene un sustento ético, respetando derechos personalísimos.

2. Está receptado en la Constitución Nacional (arts. 42 y conc.), en el Código Civil y Comercial (arts. 59 y concordantes), en la Ley de derechos del Paciente 26.529 (arts. 2 inc. f, 5 y concordantes), y en la Ley del Arte de curar 17.132 (art. 19 inc. 3).

3. Son sujetos de la relación jurídica, el profesional médico y el paciente quien actúa por sí, o a través de sus representantes, apoyos, curador, pariente o allegado, según corresponda.

4. La competencia del profesional médico se basa en el conocimiento, experiencia y práctica que tenga en la materia específica en que presta sus servicios.

5. El derecho del paciente a recibir en forma personal información sanitaria, y a prestar su consentimiento, encuentra su límite en la carencia de competencia que tenga al efecto, debido a causas permanentes o transitorias, pudiendo recibir la información y prestar el consentimiento los habilitados por el art. 59 del C.C.C.. En supuestos de evidente vulnerabilidad y mediando urgencia, debe ser analizada y resuelta por el profesional médico.

6. Si la información sanitaria dada en forma personal y directa al paciente, resulta susceptible de producir notorio daño a su estado de salud

¹ Profesor Adjunto de Derecho Privado I de la Universidad Nacional de Chilecito (UNdeC) y Profesor auxiliar de Derecho Privado I de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctorando en derecho y ciencias sociales UNC. Abogado en ejercicio.

psico física integral, aún sin configurarse el supuesto de imposibilidad absoluta que prevé el art. 59 C.C.C., el profesional médico es el mejor posicionado debido a su competencia, para informar a los habilitados del art. 59, y requerir su consentimiento, o en caso de ausencia de los mismos, y mediando urgencia, analizar y adoptar las medidas que considere pertinentes, en relación al acto médico.

7. El menor que no ha cumplido los trece años, recibe la información sanitaria y presta el consentimiento a través de sus representantes, sin perjuicio de ser co-receptor de aquella información, conforme al principio de autonomía progresiva, debiendo ser analizada y decidida su competencia al efecto, por el profesional médico en casos de urgencia.

8. El adolescente entre trece y dieciséis años cuenta con competencia para recibir información sanitaria y prestar el consentimiento en forma personal, si se trata de tratamientos no invasivos, que no comprometan su estado de salud, y que no provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Ante tratamientos invasivos, que comprometan su estado de salud o que resulten gravemente riesgosos para su integridad o vida, deberá el consentimiento del mismo contar con la asistencia de sus progenitores, y en caso de conflicto entre ambos, resolverá la justicia sobre la base de la opinión médica. El adolescente que cuente con 16 años, conforme arts. 17,26,56 y conc. C.C.C., puede disponer de su propio cuerpo como si fuera un adulto, pudiendo recibir información sanitaria y prestar consentimiento, en iguales términos, con los recaudos y salvedades, aplicables al mayor de edad.

9. La información previa debe incluir todo lo requerido en los distintos incisos del art. 59 del C.C. C., comunicados en lenguaje comprensible para el común de las personas.

10. Ante la inexistencia del consentimiento informado, el profesional enfrenta la posibilidad cierta de acciones por mala praxis, bastando para su procedencia la acreditación de la omisión, así como el nexo de causalidad adecuado, entre el acto médico y el resultado.

II. FUNDAMENTOS

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO - PROCESO – INSTITUTO MÁS EXTENSO QUE LA MERA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD – RECEPCIÓN NORMATIVA

El consentimiento informado constituye un proceso en el que interactúan los sujetos de la relación jurídica médico paciente, teniendo como objetivo primordial la protección de la salud integral del último, el resguardo de su vida, curar o retardar el progreso de la dolencia, y simultáneamente el resguardo jurídico del accionar y diligencia médico profesional. Ambos extremos asumen obligaciones recíprocas, con generación de responsabilidades consecuentes.

El proceso se asienta sobre una comunicación seria, responsable y fundada, con acento especial en el profesional, frente a la vulnerabilidad que en general caracteriza al paciente ante el acto médico, intercambio que constituye el trayecto previo de la voluntad jurídica del consentimiento. Resulta de trascendental importancia, en la práctica médica y en la investigación científica.

Su desarrollo tiene un sustento ético, respetando derechos personalísimos, como la dignidad y todos los que en ella se incluyen y que de ella se derivan, entre los que emergen con relevancia la libertad y la salud de la persona humana.

En ese contexto, el proceso del consentimiento informado, aparece como un instituto más extenso que la mera declaración de voluntad que efectúa el paciente al momento de tomar y exteriorizar su decisión, y aunque en todo ese recorrido esté presente el principio de autonomía de la voluntad de la persona humana, deben satisfacerse requerimientos tales como la competencia de ambos sujetos, la información suficiente, clara y precisa y finalmente, la voluntariedad.

El consentimiento informado se recepta en la Constitución Nacional (arts. 42 y conc.), en el Código Civil y Comercial vigente (arts. 59 y concordantes), en la Ley de derechos del Paciente n° 26.529 (arts. 2 inc. f, 5 y concordantes), y en la ley del arte de Curar n° 17.132 (art. 19 inc. 3).

2. SUJETOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO - COMPETENCIAS – INFORMACIÓN SANITARIA PREVIA - CONSENTIMIENTO

La relación jurídica se establece entre médico y paciente, actuando el primero personalmente, mientras que el segundo lo hace en igual carácter en caso de contar con capacidad de ejercicio suficiente al efecto (art. 23 C.C.C.). La información sanitaria previa se dirige al paciente y ante la carencia o restricción de su capacidad de ejercicio, corresponde sea dirigida a su representante legal, apoyo, curador, cónyuge, conviviente, pariente o allegado que acompañe al paciente, (arts. 59 y conc. del C.C.C.), según corresponda, en coincidencia por similitud con lo consignado en ley 26.529 art 3, 4).

La ley 26.529 determina que la información puede ser dada a terceras personas que cuenten con autorización, a cónyuge conviviente, a conviviente, a quien esté a cargo del cuidado, familiar o no.

El Código civil y comercial vigente, reflejando el respeto irrestricto a derechos personalísimos, determina que la información sanitaria puede ser dada a un tercero, cuando el paciente se encuentre absolutamente imposibilitado, no haya expresado anteriormente su voluntad, o que exista una situación de emergencia.- En tales casos, la información será dada al apoyo, al cónyuge, al conviviente, al pariente o allegado que acompañe al paciente, resultando de aplicación también los arts. 458, 509, 530, 531, 534, 648, 653. Se entiende que en tales supuestos, no existe decisión judicial previa de restricción de capacidad o declaración de incapacidad.

En uno u otros supuestos, siempre está presente el concepto de competencia requerida y necesaria para brindar, proferir, receptar, conocer y comprender la información previa a la decisión efectiva del consentimiento, que como voluntaria, debe estar sana, libre de causas obstativas y de vicios.

En un extremo de la relación, el profesional médico elegido por el destinatario del acto médico y/o por los representantes o allegados referidos según el caso, debe contar con todo el conjunto de conocimientos, experiencias y práctica en la materia específica en la que desarrolla su actividad, suficientes para avalar su competencia, debiendo siempre tender al mejoramiento de la salud integral y preservación de la vida del paciente, respetando su dignidad, valores, creencias, bienestar físico, psíquico y social.

Es el mismo profesional, que ante imposibilidad fáctica del paciente para expresar su voluntad por sí o a través de sus representantes o allegados al tiempo de la atención médica, e inclusive ante negativas que considere

equivocadas, si el caso temporalmente lo permite, debe requerir la intervención del Estado, a través del Ministerio Público, y para el supuesto que las circunstancias requieren urgencia en la decisión, para evitar un mal grave, sin dilaciones, debe adoptar la que considere pertinente conforme a su leal saber profesional. Su responsabilidad en el acto médico se extiende a sus consecuencias (arts. 1725, 1726 y concordantes del C.C.C) y al debido control posterior.

El profesional desempeña un rol protagónico en el consentimiento informado, siendo el sujeto de la relación que conoce la materia y a quien se confía la salud de otra persona. Es a quien corresponde brindar información suficiente, logrando una comunicación adecuada, contando con competencia para ello y para la práctica del acto médico final, volcando en todo ese proceso sus conocimientos específicos, experiencias, prácticas y habilidades.

En el otro extremo, el destinatario del acto médico es capaz de derecho, conforme a la regla normativa de arts. 22 y concordantes del Código Civil y Comercial (toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esa capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados). La regla es la capacidad de derecho de la persona humana, desde el momento de su concepción, hasta el fin de su existencia.

En cambio la capacidad de ejercicio del paciente puede estar limitada por inmadurez etaria, por alteración mental o adicción permanente o prolongada que determine la restricción de su capacidad de ejercicio o la declaración de incapacidad de ejercicio, en casos excepcionales (arts. 31, 32, siguientes y concordantes del C.C.C.), pudiendo también carecer de ella al momento del acto, por alteración mental transitoria debido a estados tales como inconsciencia, alienación, lesiones graves u otros, que priven al mismo de la posibilidad fáctica de recibir información y prestar su consentimiento en forma personal.

Conforme lo relacionado toda persona humana es titular del derecho a la información sanitaria y a prestar su consentimiento informado, pero no toda persona humana se encuentra en condiciones de recibir esa información, y de prestar el consentimiento, personalmente.

Si el destinatario de la información sanitaria es mayor de edad (18 años) y capaz de ejercicio, resulta en principio competente para recibir la información sanitaria, salvo que su capacidad se encuentre restringida para

ese tipo de acto, o que se encuentre declarado incapaz (arts. 31, 32 y concordantes del C.C.Y C.), debiendo acompañar sus decisiones y/o tomar las mismas, el apoyo/s o el curador designado según los términos y con los alcances fijados en la resolución judicial existente.

Si no cuenta con resolución judicial de restricción de capacidad o declaración de incapacidad, será el médico profesional el que merite la posibilidad y condiciones en que se encuentra el paciente para recibir información sanitaria y prestar el consentimiento, pudiendo considerar en su defecto, y mediando situación de emergencia, que deben recibir la misma y prestar el consentimiento, las personas habilitadas por la ley al efecto, y aún en casos de urgencia y ante la ausencia de ellos, adoptar las medidas que considere convenientes al fin primordial referido.

Tratándose de materia médico científica, la competencia del profesional implica la posibilidad de ponderar y evaluar si el paciente se encuentra en condiciones psico físicas de recibir la información sanitaria y de prestar el consentimiento, mientras que la competencia del paciente, consiste en la posibilidad fáctica de recibir la misma y de efectivamente declarar su voluntad de consentimiento, con la responsabilidad suficiente, y teniendo en cuenta el riesgo que conlleva toda práctica médica o investigativa.

De allí que deba analizarse con especial rigor la competencia tanto del profesional para brindar la información sanitaria, como la competencia del destinatario de la misma.

En esa línea de razonamiento, además de los supuestos de imposibilidad absoluta (art. 59 último párrafo del C.C.C.) en que se encuentre el paciente para recibir información sanitaria y expresar su voluntad de consentimiento, debido a alteración mental o adicción, permanente o transitoria al momento del acto, o debido a estados de inconsciencia, alienación, lesiones u otros referidos, existen otros supuestos, en que conforme la apreciación y competencia médica, la información sanitaria previa en forma directa y personal al paciente, puede resultar nociva y perjudicial a su salud integral (física y/o psíquica), entrando en tensión tal derecho al consentimiento informado con nada menos que el derecho a la vida, concluyendo en la prevalencia de este.

En tales supuestos, estimo compete al profesional médico ponderar, atento el estado en que se encuentre el paciente, si resulta conveniente a la salud integral del mismo recibir en persona la información sanitaria y

posteriormente prestar el consentimiento informado, paciente que por ejemplo, puede estar bajo el efecto de drogas impartidas bajo prescripción médica, tendientes a combatir el dolor, a lograr su sedación, o destinadas a combatir estados psíquicos crónicos y/o severos, sin llegar a configurarse el supuesto de “imposibilidad absoluta” de recibir información y prestar su consentimiento que prevé el último párrafo del art. 59 C.C.C.. Quien mejor capacitado que el médico, para analizar y decidir si la información previa causará perjuicio al paciente, finalmente si cuenta con competencia al efecto de recibir la información sanitaria, y si requiere o no el concurso de otra persona que reciba esa información, la asesore, aconseje, sugiera, complete su voluntad, y/o la sustituya.

No existe otro sujeto mejor posicionado que el profesional sanitario elegido por el paciente y/o representante legal, apoyo, curador, cónyuge, conviviente, pariente o allegado acompañante, para decidir sobre la capacidad y competencia de quien va a recibir la información sanitaria y va a prestar el consentimiento, competencia que en múltiples supuestos, aparece difusa, debilitada, ambigua, sobre todo, cuando como en la mayoría de los casos, no se cuenta con una restricción de capacidad o declaración de incapacidad, resueltas en sede judicial, con anterioridad al acto.

En el caso de existir resolución judicial respectiva de restricción de capacidad o declaración de incapacidad, con designación de apoyos para el primer caso o de curador para el segundo, la situación es de fácil solución, porque los habilitados a prestar el consentimiento informado, serán los consignados por la justicia en resolución pertinente, y con los alcances allí fijados.

La decisión médica resulta más compleja, cuando no existe decisión judicial, y el paciente se presenta según la valoración profesional, como incompetente para recibir información sanitaria, y para tomar decisión en relación al acto médico, por sufrir una alteración incapacitante pero -reitero- sin resolución judicial previa. Son múltiples los casos presentados en el quehacer médico diario, ya se trate de un paciente bajo los efectos de fármacos, de anestésicos, o que aún sin estar medicados transitan procesos o estados psíquicos severos, como depresión, brotes psicóticos, etc.

Ante la presunción de la capacidad de ejercicio (art.31 inc a del C.C.C.), es el profesional médico quien en la instancia, deviene competente para eventualmente considerar lo contrario, con el examen clínico, y demás estudios con los que cuente, o entienda menester realizar o recabar, meritando y ponderando si el paciente cuenta con el discernimiento

necesario para recibir la información y tomar la decisión que considere adecuada, de distinguir entre lo conveniente e inconveniente, conforme a sus convicciones y creencias, y finalmente de suscribir el consentimiento, porque, ante la ausencia o disminución de tal aptitud potencial, deberá recurrirse a los habilitados al efecto, y eventualmente al Ministerio Público.

Pero, a mayor abundamiento reitero. Aun contando el paciente cuenta con el discernimiento necesario, y sin transcurrir estados de alteración mental transitoria, inconsciencia, alienación ni lesiones graves, recibir cierta información sanitaria puede resultar impertinente, inconveniente y finalmente nociva, para su estado de salud psico física integral.

En innumerable supuestos, no existe tiempo material para que un órgano jurisdiccional se expida fundadamente y sobre la base de informes interdisciplinarios, respecto de la competencia del paciente para recibir información sanitaria y para prestar su consentimiento.

En tales casos, la ponderación de la competencia del paciente al efecto, debe ser efectuada por el médico responsable del equipo sanitario, a quien compete el proceso de información previa a la firma del consentimiento, quien sobre la base de todos los elementos clínicos y estudios con los que cuenta, y basado en sus conocimientos y experiencia médica, se encuentra en mejores condiciones, en supuestos de urgencia o semi urgencia, de determinar la mentada competencia del paciente, para recibir tal información y para firmar el instrumento en el que se recepta el consentimiento informado, sin perjuicio de la interacción y consulta a familiares o allegados del paciente, presentes en la ocasión.

3. INFORMACIÓN SANITARIA Y PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL CASO DEL MENOR DE EDAD – DISTINCIÓN

El art. 26 del Código Civil y Comercial, determina que “la persona menor de edad, ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, pero a párrafo seguido, también consigna que “no obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.” “En situación de conflicto de intereses con sus representantes legales puede intervenir con asistencia letrada”.

La norma se vincula al tema bajo análisis: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí

respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.” “Si se trata de tratamiento invasivos que comprometen su estado de salud o están en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.” “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

Conforme a tal norma, el menor que no cuente con trece años de edad, deberá recibir información sanitaria y prestar consentimiento a través de sus representantes legales, pero no corresponde obviar el “grado de madurez suficiente” a que alude la misma norma, que al menos lo habilita a participar como co-receptor de la información sanitaria previa, y a ser escuchado al momento del consentimiento informado que eventualmente prestarán sus representantes, mientras que en caso de existir conflicto de intereses, deberá intervenir la justicia, si el tiempo y la necesidad o grado de urgencia, lo permite.

Dentro del espectro de posibilidades que surgen del “grado de madurez suficiente” a que alude la norma, estimo que el mérito de la extensión de tal información, la conveniencia o inconveniencia de brindarla al menor que no ha cumplido trece años, compete al médico que actúa en la ocasión, conforme a sus leales y fundados saberes profesionales, con el fin superior de evitar mayor daño, dolor y perjuicio al menor vulnerable, porque justamente la progresividad en la capacidad de ejercicio, no se da en todos los casos de igual manera, y el más apto para esa evaluación, por razones de conocimiento, formación, experiencia y tiempo en la decisión, es el profesional médico.

Ante una situación sanitaria delicada, el menor acrecienta su vulnerabilidad, aún para recibir información, pudiendo eventualmente ocasionar mayor daño en su salud psico física, llevándolo eventualmente a asumir posiciones equivocadas.

Estimo que en el caso de menores de edad, que no hayan cumplido los 13 años, aun teniendo presente el principio de autonomía progresiva, debe procederse con sumo cuidado y mesura en la valoración y decisión de la información sanitaria, por cuanto el irrestricto derecho a ser informado, podría provocar un mayor daño a su salud, ya sea física o psíquica.

En definitiva el profesional deberá valorar, si de acuerdo a las características y estado del menor que tiene en frente, es conveniente o no, informarle sus dolencias, su real estado de salud, las alternativas e intervenciones posibles, etc., con el riesgo que ello puede implicar para su estado psico físico.

Atento la necesidad y urgencia, en la mayoría de los supuestos, será el médico, quien deba meritar y valorar, la situación personal que se le presenta, y decidir si resulta conveniente brindar total o parcialmente la información sanitaria previa al menor que no ha cumplido 13 años. Es sin dudas el mejor posicionado para valorar la competencia de quien recibe la información, con la finalidad suprema de evitar un mayor perjuicio en la salud del paciente menor.

La urgencia no permite en la mayoría de los supuestos, ocurrir a un Tribunal, a efectos de que resuelva si es sano o no que tal menor reciba tal información sobre la base de informes interdisciplinarios, y si en definitiva puede ello redundar en perjuicio de la salud del mismo.

Corresponde privilegiar la terapéutica por sobre el derecho a la información sanitaria, que de todos modos la recibe su representante conforme al art. 26 citado, y en ausencia de ellos, los habilitados al efecto por el art. 59 del C.C.C. de aplicación general, tales como pariente o allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. Y en ausencia de todos ellos, el médico omitiendo el consentimiento si su actuación es urgente, y tiene por objeto evitar un mal grave para la vida o salud del paciente.

Esa línea delgada en que ubican determinadas situaciones, es la que se trata de plantear en el presente trabajo, y en ese amplio abanico de posibilidades es que brindamos mayor competencia al profesional médico para meritar que menor de 13 años se encuentra en condiciones de ser co-receptor de la información previa, sin que ello signifique un mayor daño o peligro para su salud.

4. QUIENES DEBEN PRESTAR EL CONSENTIMIENTO, EN EL CASO DEL MENOR ADOLESCENTE

Conforme al art. 26 del Código Civil y Comercial “se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí

respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”.

Conforme a tal norma se infiere en consecuencia, que tanto la información sanitaria previa como el consentimiento para tales supuestos (no invasivos, no comprometedores de la salud, ni gravemente riesgosos) deben ser recibida y prestado respectivamente por el adolescente.

Para el supuesto contrario, y ante tratamientos invasivos, que comprometan su estado de salud o que resulten gravemente riesgosos para su integridad o vida, deberá el consentimiento del menor contar con la asistencia de sus progenitores, debiendo resolverse en caso de conflicto entre ambos, teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Distinto será el supuesto en que el menor cuente con 16 años, por cuanto la misma ley de fondo determina que puede disponer de su propio cuerpo como si fuera un adulto. (arts. 17, 26, 56, 1004 C.C.C.).

Para el supuesto de adolescentes en general, entre los 13 y los 18 años, siempre puede configurarse la imposibilidad absoluta prevista en el art. 59 del C.C.C., y la decisión por parte de sus representantes, y en ausencia de éstos, la decisión del resto de los habilitados al efecto, y en ausencia de todos ellos y si la urgencia lo amerita competirá al médico tomar la decisión sobre el acto médico de que se trate.

5. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN SANITARIA PREVIA

Corresponde dar cumplimiento a lo prescripto en los distintos incisos del art. 59 del C.C. C., en relación al contenido de la información sanitaria previa.

Tal norma razonablemente se asienta sobre un trayecto lógico de información. Lo primero que quiere saber el paciente es la dolencia que lo aqueja, en que consiste, como se encuentra (Diagnóstico, estado de salud, información suficiente de la afección). Con posterioridad pretenderá conocer si existe alguna opción de tratamiento (Elección y comunicación con mención y descripción del procedimiento, tratamiento y/o intervención propuesta), y cuáles son los posibles resultados (Posible evolución, beneficios, riesgos y eventuales secuelas). En definitiva, querrá conocer qué se persigue con el tratamiento propuesto (Finalidad pretendida). También conocer con que medios o herramientas se lo va a tratar (Instrumental y fármacos a utilizar), cuanto le va a costar el tratamiento (Cobertura, costo y

gratuidad), cuanto tiempo insumirá (Tiempo aproximado que demandará la práctica o acto médico), que se hará después de culminada la práctica o el tratamiento (Control posterior y seguimiento). En esa información, se deberán incluir opciones posibles a tomar por el paciente (Alternativas en relación al procedimiento, prácticas, accesorios, prótesis, fármacos). Siempre el profesional informante deberá realizar la comunicación con palabras sencillas de fácil comprensión (Simplicidad en el lenguaje, comprensible para el común de las personas).

6. INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO Y RESPONSABILIDAD

Ante la inexistencia del consentimiento informado, el profesional que soslaya el procedimiento previo y prescinde de aquel, enfrenta la posibilidad de acciones por mala praxis a deducirse en su contra.- Bastará la acreditación del nexo de causalidad adecuado, entre el acto médico y el resultado.

El procedimiento debe ser el correcto, cumpliendo con todos los recaudos señalados y previstos en la norma de aplicación. Caso contrario, y no pudiendo acreditarse por parte del profesional todo el proceso previo con información de lo propuesto como alternativa terapéutica o quirúrgica, beneficios, riesgos, procedimientos alternativos, etc., conforme al art. 59 del C.C.C., se enfrentará a la posibilidad cierta de acciones en su contra, en caso de no resultar exitoso el acto médico, con serias posibilidades de procedencia. Es que si el riesgo no fue comunicado en tiempo y forma y consentido en forma expresa, bastará al actor acreditar la relación de causalidad adecuada, para que el profesional deba responder, no obstante la vigencia del art. 1768 del Código Civil y Comercial que determina que la responsabilidad de las profesiones liberales sea subjetiva, porque el incumplimiento de la manda del art. 59 del mismo cuerpo legal, impone la responsabilidad del profesional, en consonancia con la ley de Derechos del Paciente 26.529 que en su art. 5.

El profesional imparte el tratamiento, realiza la práctica o intervención con diligencia prevista en art. 1768 del C.C.C., pero existiendo la norma del art. 59 y conc. del C.C.C., debe cumplir con su obligación de previa de información sanitaria, en forma adecuada, suficiente, y debe contar con el consentimiento del destinatario del acto, o los autorizados por la ley al efecto. En ese orden. El profesional comunica, informa, con interacción de las partes, y finalmente el paciente consiente, trasladándose de ese modo los riesgos del tratamiento, práctica o acto médico al paciente.

BIBLIOGRAFÍA:

AMEAL, Oscar. “Código Civil y Comercial Comentado – Editorial Estudio. Año 2022.

HIGHTON, Elena I., WIERZBA, Sandra M. “La Relación Médico-Paciente...”

LORENZETTI, Ricardo. “Código Civil y Comercial comentado. Ed. Rubinzal . Año 2019.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000.

TOBIÁS, José W. “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED, 93-803 y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Revista de Derecho de Familia y Personas, La Ley, N° 5: DFyP, 171.

VALLESPINOS, Carlos “Tratado De Derecho a la Salud – Fundamentos. Principio. Valores.” Culzoni Editores. Año 2022.

**CONSENTIMIENTO INFORMADO DE NIÑAS A LOS EFECTOS DE LA
INTERRUPCIÓN DE LA GESTACIÓN QUE CURSA.
PARTICULARIDADES, COMPLEJIDADES Y DERIVACIONES EN EL
DEBER REFORZADO DEL ESTADO**

Por Nélida Mariana Isabel Wallace¹

I. CONCLUSIONES

1. Las diligencias propias del equipo sanitario a los fines que una niña preste el consentimiento informado para la interrupción legal del embarazo que cursa, deben adecuarse a las necesidades de cada niña, en especial los tiempos.
2. El consentimiento informado requerido a los fines de la interrupción legal del embarazo, tratándose de una niña, requiere como parte del deber reforzado del Estado, el asesoramiento legal adecuado para la gestante.

II. FUNDAMENTOS

1. COMPLEJIDADES INHERENTES

En el ejercicio jurisdiccional en el Fuero de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Córdoba, donde se desempeña la suscripta y toma la experiencia que da base a esta ponencia, se resuelven situaciones que, por su extrema complejidad, tensionan al interior de los estatutos específicos de cada una de las personas involucradas (gestante y nacida), los intereses entre cada una de ellas (gestante y nacida) y las expectativas de terceros (parientes de la gestante) respecto de la nacida, todo

¹ Titular Derecho Privado VII “B” y Titular Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género “C”. Ambas de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba. Directora de la Sala de Familia y Vulnerabilidad, Facultad Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba. Adjunta Privado VI “A”, Facultad Derecho Universidad Nacional de Córdoba.

ello derivado del consentimiento informado para el acto médico interrupción del embarazo.

Este escenario humano, que requiere respuesta del sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) a nivel nacional y ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la provincia de Córdoba (Ley 9.944), exhiben las limitaciones de la matriz médico legal diseñada desde un absoluto adultocentrismo, a los fines de prestar el consentimiento informado para la práctica médica.

A los efectos de una intervención adecuada a los estándares internacionales, se debe revisar el protocolo del consentimiento informado a los fines de la interrupción legal del embarazo a las singularidades de la categoría jurídico/etaria infancia, debiendo ser este consentimiento informado una pieza coherente dentro de las estrategias de ejercicio y restitución de derechos de la gestante niña y del nacido. Respecto de la gestante, la restitución integral, deviene prácticamente ilusoria.

2. MARCO JURÍDICO DE LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

De la ley que regula el tema, Acceso a la interrupción Voluntaria del Embarazo (Ley 27.610), se van a señalar tres ejes en relación con el consentimiento informado:

a) Causas que lo requieren

Hay dos escenarios regulados por los cuales procede la interrupción del embarazo: 1-interrupción voluntaria, hasta la semana catorce de gestación incluida, que depende del arbitrio exclusivo de la gestante y, dado el período gestacional en el que se produce, no hay chance de viabilidad extrauterina del gestado. 2- Interrupción legal del embarazo, que habilita a la gestante a acceder al mismo a partir de la semana quince de gestación, por las siguientes causas: a) si el embarazo fuera fruto de una violación y b) si estuviera en peligro la vida o salud integral de la persona gestante. En 2.

a, exime de la declaración jurada que el embarazo es fruto de violación, tratándose de niñas de hasta trece años (art. 4²).

En términos técnicos, es posible una interrupción voluntaria del embarazo de una gestante niña, no obstante lo cual no se registran Controles de Legalidad³ (CL) de Medida Excepcional (ME) de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SeNAF)⁴ por aplicación ley 9.944, adoptada respecto de la gestante involucrando esta causa.

a. Singularidades en la categoría infancia, respecto de las causas que habitan la interrupción del embarazo

Hasta el momento, los CL de ME de SeNAF relevados, surgen a partir de la noticia de la gestación, que suele presentarse conjuntamente con la evidencia física de ésta (semana veinticuatro en más). Dado lo avanzada de la gestación, cabe aplicar la figura de la interrupción legal del embarazo. En este caso, dependiendo de la actitud asumida por los progenitores, en particular la progenitora de la niña gestante, la ME que se controla afecta solo al nacido (si la niña gestante es contenida en su familia) o a la niña y al nacido (si el grupo familiar nuclear es disfuncional a los intereses de la niña). El CL no involucra el control del acto médico interrupción del embarazo, sino sobre el centro de vida del nacido o del nacido y la gestante.

² Ley 27.610 Art. 4º- Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones: a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida; b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

³ Ley 9944 Artículo 56.- Recibidas las actuaciones por el Tribunal o Juzgado competente en la materia, el Juez dará audiencia a la niña, niño o adolescente, a sus representantes y a quienes tengan interés legítimo en la cuestión con presencia del ministerio pupilar y resolverá por auto fundado... ratificándolas o rechazándolas

⁴ Ley 9944. Artículo 48.-Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños o adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y sólo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular.....

Por múltiples razones, la niña que ha ingresado recientemente a la pubertad, está propensa a presentar una imposibilidad subjetiva de asumir la condición de gravidez. Luego de su anociamiento, se precipitan una serie de latentes consecuencias hasta ese momento soterradas: a. asumir el estado en lo emocional y psicológico personal de la gestante; b. crecimiento físico de la gestación; c. el estrépito del entorno familiar y social/escolar; d. los requerimiento en torno a la identidad del autor del embarazo; e. recriminaciones a la niña por tener trato sexual con personas del entrono cercano, etc., cada uno de ellas causantes de estrés y de efecto sinérgico en la concurrencia de más de una.

Si bien es cierto que la niña en cuestión no debe exponer, a los fines de la práctica médica, las circunstancias por las cuales comienza la gestación, de acuerdo con los informes técnicos elevados a los fines del CL de ME que adopta la SeNAF respecto del nacido y, eventualmente, la niña gestante, la situación personal de ésta luce ribetes de altísima presión a más de los propios de cualquier mujer embarazada adulta.

A este contexto personal, superficialmente descrito, se suma, una de las consecuencias médicas más consistentes de la advertencia de la gestación en estado avanzada, nada más y nada menos, la viabilidad extrauterina del gestado. En este punto, el acto médico debe determinar el método utilizado a los fines de interrumpir legalmente el embarazo, con o sin aplicación de la inyección letal al feto, en este último caso si se realiza la maduración pulmonar y protección neuronal, en todos los casos si el nacimiento lo es mediante cesárea o inducción por estimulación hormonal, todo lo cual, es parte de la información que debe asumir y procesar la niña gestante.

b) El tiempo en el cual debe ser operativo el derecho.

Este derecho, debe materializarse en un lapso máximo de diez días corridos desde su requerimiento al servicio de salud (art 5⁵). La previsión legal, que enlaza el derecho de fondo a un tiempo que lo haga operativo, está

⁵ Ley 27.610 Art. 5º- .Toda persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez (10) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley y en las leyes 26.485, 26.529 y concordantes.

en sintonía con la producción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los fines de tornar ilusorio el acceso a tal derecho⁶.

a. Singularidades de la categoría infancia, respecto del tiempo en la operatividad del derecho

Nos encontramos con un lapso legal que podría no está pensado para la categoría niñez. El anoticiamiento y pedido de la práctica, son, usualmente, coetáneos, con lo cual se precipitan los hechos y el procesamiento de tales hechos en una subjetividad infantil en formación, atravesada por una profunda crisis. El sistema de salud, entiende con claridad lo perentorio del lapso y arbitra los medios a fin que se disponga el dispositivo, con la provisión de profesionales que acompañan en tales circunstancias a la niña, a los familiares, articulan con el órgano de protección de derechos NNA (SeNAF) e incluso, el área penal.

En ese contexto, voraginoso, que puede poner en crisis su competencia⁷ una niña es informada de su gravidez, derechos que tiene respecto de esta gestación, a su vez, y a los fines del consentimiento informado para la práctica médica, los prestadores de salud deberán informar al menos, sobre: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento⁸.

⁶ El 05/02/2022, la CIDH, presenta por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso “Beatriz vs. Salvador”, derivados de la demora en la práctica interrupción de embarazo, feto inviable en vida extrauterina, que fuera solicitado por una niña.

⁷ BASSET, Úrsula. Autonomía progresiva. Tendencia jurisprudenciales. Revista de Derecho de Familia y Persona. Año II, N° 9. Octubre 2010. Pág. 228.

⁸Cfr. Código de Ética Médica de Núremberg, 1947; Declaración de Helsinki, principios 25 a 27; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principios 3, 7 y 10; ONU, Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, A/RES/46/119, 17 de diciembre de 1991, principio 11.2; FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las Directrices relativas a un consentimiento bien informado adoptadas en 1995 y reafirmadas y

El lapso legal, pensado desde adultos y para adultas, pone al servicio de salud en una encrucijada, ya que cumplir el cronograma en el breve plazo de diez días, puede ser inapropiado tratándose de niñas inmersas en tamañas complejidades subjetivas para catalizar, con lo cual se pone en crisis el modelo sanitario que se pretende implementar, cuando menos en relación con el tiempo que prevé.

No es un tema menor el tiempo en los procesos que involucran infancias, como lo señala el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Generales: “Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños”⁹. En este punto, queda absolutamente en claro que el factor tiempo debe pensarse y adecuarse a las necesidades y posibilidades de la niña, jamás en su contra. Asimismo, los otros aspectos involucrados (calidad y experticia de los equipos técnicos) debieron adaptarse previamente a tales especiales necesidades, y no ser el tiempo, el único factor indefectiblemente plástico frente a idéntico despliegue técnico, por parte de los equipos de salud, respecto de una gestante adulta y autoválida.

c) La capacidad y representación a los fines de la firma del consentimiento informado para el acto médico.

Si bien es cierto que el artículo refiere a la interrupción voluntaria del embarazo¹⁰, no puede colegirse de ello que la interrupción legal del embarazo omita el requerimiento del consentimiento informado. A los fines

complementadas en 2007; ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, La mujer y la salud, 1999; Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, artículo 6; ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

⁹Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párr. 93

¹⁰ Artículo 7°- Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

de prácticas médicas intrusivas, a partir de los dieciséis años, una gestante¹¹, se considera adulta.

a. Singularidades de la categoría infancia, respecto de la capacidad y representación para firmar el consentimiento informado

La plena capacidad civil (dieciocho años) y la capacidad para el consentimiento médico de prácticas intrusivas (dieciséis años), no son coincidentes en el ordenamiento. Siendo niña, con menos de dieciséis años, aplican las reglas de la capacidad progresiva para el ejercicio por sí de los derechos reconocidos, incluyendo la del patrocinio letrado¹² y las de la representación legal por su menor edad (art. 8¹³). La niña debe prestar el

¹¹Artículo 26 CCCN.- La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo

Ley 26.061. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: ... c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

¹³ Ley 27.610 Art. 8º- Personas menores de edad. En el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto 415/06, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera: a) Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley; b) En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado

consentimiento informado, debido al derecho que le asiste a ser escuchada en todo tema que le involucre, lo cual no puede ponerse en crisis independientemente de su edad¹⁴, tratándose de cuestiones que afectan su salud en lo general¹⁵ y especialmente tenido en cuenta en materia de interrupción del embarazo¹⁶. De acuerdo a la Resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, la figura del progenitor, debe ser interpretada integrando la normativa con el art. 59 CCCN, cualquier allegado, y art. 7 Decreto Reglamentario 415/06, referente afectivo, es decir, cualquier persona que formal o informalmente ejerza roles de cuidados puede acompañar a la niña en la rúbrica del consentimiento informado a los fines de la interrupción del embarazo.

El ejercicio de la responsabilidad parental respecto de la niña, puede estar comprometido a la hora de recurrir al servicio sanitario en los contextos que nos convocan, siendo que la falta de acompañamiento de los progenitores, no puede constituirse en un obstáculo a la hora de ejercer derechos. De allí que la rúbrica del consentimiento informado por parte de la niña, suele estar acompañada de la de una educadora de la residencia

en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7º del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado, párr. 99 y 100: El Comité señala que hay varias cuestiones distintas pero interrelacionadas que es necesario considerar respecto de la participación de los niños en las prácticas y decisiones relativas a su propia atención de salud. 100. Se debe incluir a los niños, incluidos los niños pequeños, en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades.

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 19. En el artículo 12 se pone de relieve la importancia de la participación de los niños, al disponerse que expresen sus opiniones y que dichas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Ello incluye sus opiniones sobre todos los aspectos relativos a la salud.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 60: El Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto

donde se encuentre, transitoriamente, por una ME adoptada por SeNAF. Llegado ese caso, se cita a los progenitores de la niña al proceso de CL a los fines de ejercer sus derechos respecto del cambio de centro de vida de ésta y el nacido, no así el acto médico.

3. EVENTUALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS RESPECTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA INTERRUMPIR LA GESTACIÓN

A partir del consentimiento informado que presta la niña gestante, que ejerce el derecho a la interrupción de la gestación que cursa, se desprenden una serie de derivaciones jurídicas relevantes, razón por la cual, este consentimiento informado, *es una pieza de vital importancia y debe inscribirse armónicamente en una trazabilidad jurídica coherente que involucra a la niña y al nacido, comienza con un acto médico y se proyecta en los cuidados definitivos del nacido a partir de tal práctica.*

3. 1. La primera de estas derivaciones, es si este consentimiento informado para la interrupción legal del embarazo, impacta diferenciadamente en la participación procesal de la niña y sus progenitores en el CL de ME de SENAF sobre la situación del nacido, o genera idéntica condición procesal a si la gestación hubiera llegado a nacimiento espontáneo por total maduración del feto, incluso si llegado a término el nacimiento se produce por cesárea, dada la inmadurez física de la gestante. Piénsese que si se cita a la gestante como en el primer supuesto descripto, a los fines de ejercer los derechos, podría ser considerado un encarnizamiento jurisdiccional respecto de la niña que determina interrumpir la gestación que cursa.

3. 2. La segunda derivación es reconocer el ejercicio de los cuidados parentales a quien solicita interrumpir la gestación. No puede omitirse señalar que, la práctica de la interrupción legal del embarazo, derivada del ejercicio de un derecho por petición personal de la gestante, cuando menos, pone en riesgo la integridad del, ulterior, nacido con vida, cuyos derechos desde la concepción queda irrevocablemente adquiridos¹⁷, entre otros el de su mejor estado de salud holística. Asimismo, pone en peligro la integridad

¹⁷ Artículo 21 CCCN. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió.

física del nacido y aplica a una causal de privación de responsabilidad parental¹⁸ y con altas chances de impactar en el desarrollo subjetivo de éste, afectando la órbita de sus derechos, que como efecto a largo plazo, integra su interés superior¹⁹.

3. 3. La tercera derivación es el impacto sobre el derecho a la vida familiar, entendiéndose ésta como el derecho del nacido a ser cuidado por los parientes de la gestante o, correlativamente, el derecho de los parientes de la gestante a asumir los cuidados definitivos de aquel.

Si la gestante determina la interrupción de la gestación, incluir al nacido en su entorno de vida, puede constituirse en una imposición vitalicia altamente gravosa para la niña.

4. PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES REFERENCIALES

Si bien es cierto que causas de esta naturaleza no fueron presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), hay pronunciamientos de esta última que resuelven y dan lineamientos orientativos sobre el consentimiento informado.

En reciente condena, “María y otro vs Argentina”²⁰, la Corte IDH, se ha pronunciado fuertemente contra el Estado Argentino responsabilizándolo por desconocer, entre otros, el derecho a la vida familiar de ambos niños, progenitora y nacido. Surge del relato de la causa, que María y su madre

¹⁸Artículo 700 CCCN. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo.

¹⁹Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) Al dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a)El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b)El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c)La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d)La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

²⁰https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf consultado el 03/07/2024

firmaron sin patrocinio letrado un escrito dirigido a la Dirección Provincial de Promoción de los derechos de Niñez, Adolescencia y Familia en donde manifestaron entregar en Guarda Preadoptiva y posterior Adopción al niño por nacer. Entre otros puntos, se cuestiona la validez del consentimiento informado a los fines, dado el contexto de pobreza y violencia en el que se encontraba María al iniciar la gestación, como así la carencia de patrocinio letrado.

Se podría especular si la CIDH hubiera presentado el caso a la Corte IDH, por un nacimiento derivado de la interrupción legal del embarazo mediando un consentimiento informado obtenido con todas las garantías médico/jurídicas, todo ello queda, como se dice, en el terreno de la especulación. Lo que queda en el terreno de lo cierto, que puesta la mira en el consentimiento informado, se objeta su regularidad, a partir de los cual se condena al Estado Argentino por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, a la vida familiar, a la protección de la familia, a la igualdad y a la protección judicial de María y Mariano, todo ello por omitir las especiales responsabilidades del Estado respecto de la niña, derivadas de su particular contexto, como así la carencia de patrocinio legal a fin de ejercer opciones, mediante consentimiento informado, de tamaño envergadura.

En “I.V. vs. Bolivia”²¹, condena por esterilización forzada, la Corte IDH desarrolla pormenorizadamente las características, contenido y alcance del consentimiento informado. Objeta las condiciones en que el cuerpo médico refiere haber recibido el consentimiento informado de I.V. La valoración del pronunciamiento, a estos efectos, se atraviesa con los estatutos de una mujer niña, a fin de evitar la lectura paternalista y respetar la calidad de ente moral autónomo del paciente, aspecto sensible tratándose

²¹https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf consultado el 22/06/2024

de mujeres niñas, a cuyo respecto se insiste en el enfoque de derechos²² más que en el de bienestar²³.

Anclado en los derechos humanos, la Corte IDH desarrolla las características, contenido y alcances del consentimiento informado²⁴. Entiende la vigencia de un nuevo paradigma en la relación médico paciente a partir de “un proceso participativo con el paciente ...” (párr. 161). “Desde el punto de vista del derecho internacional, el consentimiento informado es una obligación que ha sido establecida en el desarrollo de los derechos humanos de los pacientes, el cual constituye no sólo una obligación ética sino también jurídica del personal de salud, quienes deben considerarlo como un elemento constitutivo de la experticia y buena práctica médica (lexartis) a fin de garantizar servicios de salud accesibles y aceptables” (párr. 164). “...decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo” (párr. 166). “No sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos

²² Comité de los Derechos del Niño Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños de la calle. “Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), un enfoque basado en los derechos del niño es aquel que: a) Promueve que se hagan efectivos los derechos del niño establecidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos; b) Emplea las normas y principios relativos a los derechos del niño procedentes de la Convención y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos para orientar el comportamiento, las acciones, las políticas y los programas, en particular: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; el derecho a ser escuchado y tomado en serio; y el derecho del niño a ser guiado en el ejercicio de sus derechos por sus cuidadores, sus padres y los miembros de la comunidad, de modo acorde con la evolución de sus facultades; c) Fomenta la capacidad de los niños como titulares de derechos para reclamarlos y la capacidad de los que tienen las obligaciones de cumplir con ellas en relación con los niños” (párr. 11).

²³ Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. “Un planteamiento de la atención y protección del niño basado en los derechos del niño requiere dejar de considerar al niño principalmente como “víctima” para adoptar un paradigma basado en el respeto y la promoción de su dignidad humana y su integridad física y psicológica como titular de derechos”. (párr. 3. B)

²⁴ Todos los subrayados de las citas de este caso, me pertenecen

elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral...” (par 167). “...el aspecto central de los estándares jurídicos destinados a proteger a los individuos frente a los procedimientos médicos ha sido el consentimiento previo, libre, pleno e informado ...elementos característicos de un consentimiento válido...presentes en el campo de la medicina y los derechos humanos desde el Código de Ética Médica de Núremberg, ... mantenido como centrales en el desarrollo de la bioética y el derecho ... debido a la naturaleza y a la gravedad del procedimiento, ... existen factores especiales que deberán ser tomados en cuenta por los proveedores de salud durante el proceso de elección informada que podría derivar en la obtención de un consentimiento informado para someterse a una esterilización.” (párr. 175). Seguidamente refiere a “la libertad de la manifestación del consentimiento. ...de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. (párr. 181). Indica su carácter de “personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento...la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO se refiere al consentimiento derivado de la persona interesada, luego de recibir información adecuada... al ser la decisión únicamente de la mujer, con base en su autonomía y libertad reproductiva” (párr. 182). “Un consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad...atravesando una situación difícil antes, durante o después de un incidente o tratamiento relacionado con el embarazo. Asimismo, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental destacó que “[l]a coerción incluye condiciones que facilitan la intimidación, como la fatiga o el estrés” (párr. 183). “El Tribunal resalta que el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales” (párr. 185).

La transcripción literal de los párrafos del fallo, no es casual, muy por el contrario, es funcional a exhibir las especiales consideraciones de la

Corte IDH a las condiciones que pueden afectar la validez del consentimiento informado, entre las cuales se encuentran las que sistemáticamente emergen en las gestantes niñas, no solo de vulnerabilidad, sino en contextos de vulnerabilidades adicionales o mayor vulnerabilidad (mujer, niñas, socioeconómicamente deprimidas, con cuidados parentales negligentes, víctimas de abuso sexual, recientemente anoticiadas de su avanzada gestación, atravesando situaciones de altísimo estrés, etc.). Este escenario, convoca a una responsabilidad adicional, específica y reforzada del Estado a los fines que la niña, pueda dar su consentimiento informado, conforme el estándar internacional, para la interrupción del embarazo que cursa.

5. EXIGENCIAS PROPIAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LOS FINES DE LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO EN NIÑAS

Dentro de la casuística relevada, todas ellas involucran niñas de más de diez años, la falta de claridad respecto del acto médico, y sus consecuencias, ha llevado a los escenarios más antagónicos en el CL, desde una niña que en audiencia manifestó que su opción médica no implicaba su intención que el nacido fuera cuidado por terceras personas, y en el extremo opuesto, niñas que se vieron sorprendidas por la consulta que se le hiciera respecto de los cuidados del nacido. No puede omitirse consignar, que al momento del CL de la ME adoptada por SeNAF, emerge la posibilidad de contaminación del relato por interferencia del entrono familiar. En todo caso, pone en crisis la información recibida, como así la aceptación del acto médico y, por consecuencia, hace foco en el consentimiento informado.

Aplicar un protocolo de Consentimiento Informado a los fines de la interrupción del embarazo, idéntico para las gestantes de todas las edades, es, cuando menos, una irresponsabilidad. Desconocer la realidad de la gestante niña, excluye la hipótesis de un consentimiento previo, libre, pleno e informado, haciendo recaer la responsabilidad internacional del Estado. La adecuación del protocolo, en particular los tiempos y la participación del patrocinio letrado especializado, acompañando en el proceso de toma de decisión médica, amplía el plus de garantías, excluyendo la hipótesis de un consentimiento informado afectado en su validez por desconocer derechos de la paciente niña.

PRECISIONES SOBRE LOS ALCANCES ACTUALES
DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS

Por Sandra M. Wierzba¹

I. CONCLUSIONES

1. Alcances del deber de información: La información a prestar a los pacientes para actos médicos prevista en las leyes (art. 59 CCyCN, arts. 3y 4 L26529, entre otras), hace a un aspecto fundamental de la atención sanitaria, cuyos alcances deben evaluarse en concreto y dependen de las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

2. Competencia para el consentimiento informado: De *lege lata*, se exige aptitud psíco-física *ad hoc* para prestar un consentimiento informado válido para un tratamiento médico (art. 59CCyCN). Las presunciones del art. 26 CCyCN tienen carácter *iuris tantum* y pueden resultar esenciales para supuestos de falta de presencia de adultos responsables a la hora de la atención médica; falta de acuerdo entre el paciente menor de edad y los adultos responsables y/o falta de acuerdo entre estos últimos, entre otras cuestiones.

3. Forma del consentimiento informado: El consentimiento informado (CI) para actos médicos no se identifica con su instrumentación en un formulario escrito. Resulta deseable que el CI forme parte de un proceso de información e intercambio entre el/la profesional o equipo de salud y el/la paciente, con los límites que puede imponer el tratamiento involucrado y las características del medio en el cual se brinda la atención. Cuando la ley exige un consentimiento escrito, la formalidad resulta exigible *ad probationem*, pudiendo instrumentarse por vías alternativas acordes a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (ej.:

¹ Abogada y Profesora Titular de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctora en Derecho Privado e Investigadora, UBA. Integró la Comisión de Bioética del Código Civil y Comercial de la Nación. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Directora del Instituto del Salud del Colegio de Abogados de San Isidro. Abogada en ejercicio, especializada en Salud, RC Profesional y Seguros y asesora legal de distintas Sociedades Científicas.

videgrabaciones y otro tipo de registros electrónicos, anotaciones significativas en la historia clínica, etc.).

4. Consentimiento informado ante la “digitalización” de las relaciones sociales:

- a. En el juzgamiento sobre la adecuación del consentimiento informado prestado, debe procurarse un balance ecuánime entre las pautas y conductas desplegadas por pacientes y prestadores de servicios de salud en el mundo físico y presencial (por un lado) y el entorno virtual (por otro).
- b. Para valorar la adecuación de la información brindada, deben tenerse en cuenta los fenómenos modernos de la informatización, vinculados a la consulta directa por pacientes en la web, referida a diagnósticos y tratamientos de la salud (conocidos como “cibercondría”, “efecto nocebo” u otros).

II. FUNDAMENTOS

Previo a todo, corresponde destacar que la figura del consentimiento informado asegura el efecto útil de las normas que reconocen la autonomía, como elemento indisoluble de la dignidad de la persona y significa el establecimiento de límites para que, en la práctica, ni el Estado, ni los terceros -especialmente la comunidad médica-, actúen mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud.²

Ahora bien, dicho criterio debe anclarse en la realidad de las prácticas de salud en nuestro medio y reconocer la complejidad que supone su materialización.

En tal sentido,

1. ALCANCES DEL DEBER DE INFORMACIÓN

² Cf. Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

El acceso a la información resulta esencial para garantizar el derecho a la salud³ y la cuestión sobre qué y cuánto debe informarse permite pensar en un balance entre aquello que resulta indispensable que el interesado conozca, de tal modo de poder tomar una decisión inteligente y aquello que resulta posible informar, efectivamente.

En nuestro medio, la obligación de advertencia tiene raigambre constitucional, reconociéndose en disposiciones como el art. 42 CN y, asimismo, en la legislación sanitaria específica de las últimas décadas. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre el tema⁴, que fue abordado incluso por el Máximo Tribunal de la Nación⁵. Sin embargo, sus alcances son objeto de frecuente discusión y si un paciente sufre la materialización de un riesgo no informado, la cuestión suele ser objeto de reclamos judiciales.

Se sabe que no resulta posible informar todos los riesgos de un procedimiento médico: más allá de aquéllos que derivan de la práctica o producto utilizado en sí, estarán los propios del enfermo, los de las circunstancias externas y los correspondientes a la combinación de esos diversos elementos. Las normas jurídicas son contestes al exigir información sobre la naturaleza y objetivo del procedimiento; sus riesgos más graves y frecuentes, los beneficios esperados y las alternativas terapéuticas avaladas por la ciencia médica⁶.

Ahora bien, una mirada atenta sobre la realidad, denota que por efecto de la socialización de la medicina y ante el interés colectivo en la prestación generalizada de los servicios de salud, se imponen tiempos pautados de atención, en los que los profesionales deben interrogar a los pacientes, realizar su examen físico, analizar su historia clínica previa, indicar estudios complementarios y, en definitiva, diagnosticar, prescribir y poner en práctica los tratamientos tendientes a mejorar la salud, todo lo cual

³ Cf. art. 13, CADH; Ley N° 23.054 y Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, párr. 160.

⁴ Desde el *leading case* “P., R c/Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino”, CNFed. Civ. y Com., Sala I, 28/12/1993, LL 1994-D, p.20/26 hasta casos más recientes como “C., P. L. c/G., E. F. y otro s/daños y perjuicios”, CNCIV, 16/06/2022, elDial.com - AACDDF.

⁵ Cf. CSJN, Fallos: 331:1804, disidencia de Highton de Nolasco y Petracchi.

⁶ Entre otros aspectos, según art. 59 CCyCN y art. 5 de la Ley N° 26.529.

no siempre permite materializar el ideal del proceso de consentimiento informado previsto en la legislación y/o instrumentarlo adecuadamente.

Lo expuesto, sumado a la necesidad de distribuir equitativamente recursos siempre escasos para la satisfacción de necesidades múltiples, en un escenario en el que el progreso científico ha ampliado de manera exponencial las necesidades materiales de los seres humanos, incide asimismo en los tiempos de atención y consecuentemente, en las prácticas de información-consentimiento.

Por ello y ante la coexistencia en nuestro medio de variadísimos estándares de atención, se impone la consideración de las circunstancias de personas, tiempo y lugar como pauta fundamental para evaluar en concreto la suficiencia de la información brindada, ante una prestación de salud en concreto.

2. COMPETENCIA PARA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado se asocia a la expresión de un derecho personalísimo, que se traduce generalmente en simples actos o manifestaciones no negociales de la voluntad.⁷ El paciente no requiere de capacidad contractual para emitirlo, sino *competencia*, como aptitud fisco-psíquica que le permite expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico propuesto y de sus posibles consecuencias. En las niñas, niños y adolescentes, ésta se va adquiriendo progresivamente según su edad y grado de madurez, debiendo atenderse a su interés superior.⁸

⁷ Tobías, José W. “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED, 93-803 y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Academia Nacional de Derecho, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 - DFyP, 171; asimismo, Highton, Elena I., Wierzba, Sandra M. “La Relación Médico-Paciente: el consentimiento informado”; Ad Hoc, Bs. As., 2ª. Reedición ampliada y actualizada, Mayo de 2003, cap.V, pp. 81/177.

⁸ Cf. Art. 26 CCyCN. Ver, Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000 y en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, La Ley, Bs. As., 2001, p. 249; Caramelo, Gustavo “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, Revista de Derecho Privado, Año 1, no. 1, INFOJUS, 2012, pp. 73-111 y Fernández, Silvia E. “Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil”, SJA 20/06/2012 , 108 • JA 2012-II , 1392 • TR LALEY AR/DOC/7952/2012.

Consecuentemente, cabe interpretar que la regla para reconocer autonomía decisoria -precedida de la necesaria información-, depende de la aptitud del paciente, a valorarse en concreto en oportunidad del acto médico (que se infiere a partir de la letra del art. 59 CCyCN, que no establece límites de edad); obrando como pauta interpretativa trascendente, el art. 26 CCyCN, especialmente en supuestos de falta de adultos responsables presentes a la hora de la atención médica; falta de acuerdo entre el paciente menor de edad y los adultos responsables y/o falta de acuerdo entre estos últimos, entre otras cuestiones.

3. FORMA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Idealmente, el consentimiento informado debiera instrumentarse mediante un proceso, con intercambios verbales entre médico y paciente a lo largo de las distintas consultas y, de hecho, en muchos casos ello funciona así; con excepción de prácticas que se materializan en un único acto (por ej.: un estudio de diagnóstico por imágenes)⁹.

Pero en el contexto de una medicina socializada, con fragmentación de la atención por distintos especialistas y en un medio especialmente litigioso, la formalización del proceso descrito suele considerarse necesaria. Por ello, la utilización de formularios de consentimiento informado se impone para brindar información aun fuera del limitado tiempo de la consulta; pero, asimismo, para que el equipo y la institución de salud puedan contar con un elemento defensivo, crucial ante una futura y eventual imputación de responsabilidad derivada de la materialización de un riesgo previsible.

Ahora bien, la instrumentación de ese proceso suele resultar distorsiva de la relación entre el paciente y el profesional. Ello es así, por cuanto más allá de los vicios que puede significar su implementación - cuando ésta es automática y puramente formal-, el hecho de suscribir un documento identificado con las profesiones jurídicas en momentos donde la

⁹He tratado especialmente la cuestión en . “Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado. Comentario a la sentencia del TEDH “Affaire Reyes Jiménez c. Espagne, del 8 de marzo de 2022” en Debates sobre derechos humanos, No. 6, año 2022, p. 267-274, disponible al 14/8/24 en <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/1444/1354>

vulnerabilidad del firmante es la regla y donde su intimidad, integridad y hasta su vida se encuentran expuestas, en muchos casos genera rechazo.

En la actualidad las leyes especiales suelen exigir la instrumentación escrita del consentimiento informado, para ciertos supuestos que incluyen las intervenciones quirúrgicas. Pero aún en estos casos, cabe preguntarse: ¿debe considerarse que la forma prevista por la ley es solemne o no solemne? En el Derecho argentino, cabe interpretar que dicha forma legal es no solemne o *ad probationem*, en tanto materializado el acto de manera diferente -ej. verbalmente o por signos inequívocos-, también queda habilitada la internación o el procedimiento involucrado¹⁰. De hecho, la prestación del consentimiento informado puede ser acreditada por otros medios como, por ejemplo, la prueba confesional posterior del enfermo, la demostración testimonial de un estándar adecuado de actuación para la generalidad de los casos atendidos por un servicio médico o por anotaciones en la historia clínica¹¹.

Por lo demás, cabe interpretar que el CI escrito puede instrumentarse adecuadamente en soportes “electrónicos” o “digitales” (incluso “debió” optarse por esos mecanismos durante la pandemia), correspondiendo procurar la implementación de mecanismos para la preservación de la integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos registrados¹², conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Tales mecanismos incluyen videograbaciones y otro tipo de registros electrónicos, anotaciones significativas en la historia clínica.

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO ANTE LA “DIGITALIZACIÓN” DE LAS RELACIONES SOCIALES

¹⁰ Highton, Elena I.; Wierzba, Sandra M. Editorial Ad Hoc, Bs. As., “La relación medico paciente...”, cit., p. 180/181.

¹¹ Por ej., se sostuvo que “[s]in perjuicio de la conveniencia de la forma escrita, la validez del consentimiento informado para una práctica médica, por parte del paciente, no exige requisitos especiales de índole formal, pudiendo ser prestado en forma verbal, y nada hay de arbitrario en valorar la historia clínica como medio de prueba del consentimiento informado, ya que la historia clínica o ficha médica del paciente es el documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Jaquiers, Javier c/Zaldívar s/DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INC”, Sala I, 26/7/2007, elDial.com - MZ4454.

¹² Conf. art. 13 L26529/09

La consulta de información médica en internet, hace a una práctica instalada en nuestro medio, ocasionando un verdadero cambio en las relaciones médico- paciente. En este sentido, resulta habitual que la persona enferma concurra a la consulta con ciertos “conocimientos” sobre el mal que la aqueja, su diagnóstico y posible tratamiento.

La “cibercondría”, como especie de hipocondría basada en información de la web alarmante, no debidamente analizada por un experto y el “efecto nocebo”, como desconfianza o cuestionamiento de la información o indicaciones médicas, basadas en los propios hallazgos del paciente en internet, atraviesan y alteran los procesos de consentimiento informado tradicionales, colocando a los profesionales en un rol de “curadores” de la información que los pacientes muchas veces portan a la consulta.

Por otra parte, desde cierta lectura crítica, se ha afirmado que la industria médica de lo digital tiene por objetivo principal un dominio sin competencia sobre la prestación de servicios de salud. Para ello, en una primera etapa se estaría recolectando un inmenso volumen de los datos que emiten los cuerpos humanos, a través de los aparatos conectados y las aplicaciones -o *apps*- que ofrecen servicios de bienestar (hoy, los pasos, la temperatura corporal, las frecuencias vocales, la tos, el análisis del rostro y a largo plazo seguramente la sudoración, la sangre mediante la provisión de kits para su análisis, etc.). Luego se vincularían las competencias de los médicos y los biólogos, para cerrar la propia industria digital el círculo, proponiendo ella misma o sus eventuales asociados el seguimiento continuo y perfecto mediante sistemas inteligentes, que nos alertarían en tiempo real de cualquier riesgo y patología, a cambio de un abono, por parte de empresas que en su mayoría carecerían de domicilio en el país. Así, los médicos -entre otras entidades cualificadas- podrían hallarse condenados a su destronización, erradicándose el zócalo humanista sobre el cual la medicina se habría constituido desde la antigüedad¹³.

Los servicios médicos prestados vía *apps* no carecerían de riesgos, tal como surge de los resultados de un estudio en el cual se analizaron centenas de aplicaciones médicas, constatándose problemas de calidad, como inadecuadas recomendaciones a los usuarios (por ej., sobre dosis de

¹³ SADIN, Eric “*La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*”, Bs. As., Caja Negra 2020, p. 132/136.

medicamentos), falta de advertencia sobre los riesgos asociados y sobre interacciones farmacológicas fatales. También se hallaron afectaciones a la privacidad, en la lisa y llana falta de políticas al respecto y asimismo en la violación de los propios términos y condiciones¹⁴. Desconocemos la existencia de consecuencias jurídicas extendidas por este tipo de situaciones, a pesar de resultar innegable que entre usuarios y proveedores de los servicios, existe una relación de consumo.

En el ámbito de la prestación de servicios tradicionales de salud, el “consentimiento informado”, claramente da lugar a una causa autónoma de responsabilidad civil¹⁵, a cuyo respecto existen importantes exigencias en materia de información, competencia decisoria e instrumentación. Sin embargo, en el espacio digital prestamos nuestro consentimiento informado de manera casi cotidiana a la prestación de este tipo de servicios y a tantos otros, sin leer la información relevante, mediante el gesto automatizado de un *click* y sin que ello tenga un impacto suficientemente relevante en el Derecho.

Ante los daños asociados a un inadecuado consentimiento informado, la respuesta jurídica luce totalmente diferente según el entorno comprometido: en el mundo físico, es habitual que se requiera la reparación del perjuicio por vía judicial, donde se aplicarán los grandes paradigmas del Derecho de Daños y de Consumo. En cambio, sea por una experiencia aún incipiente, por la forma amigable de las comunicaciones en el entorno de las aplicaciones tecnológicas, por la falta de una clara conciencia sobre su potencial dañino, por las dificultades para identificar a los responsables o por cualquier otra razón, por ahora, cuando los daños derivan de la prestación de servicios de salud mediante apps “gratuitas” y generalmente transnacionales-, su reparación luce ajena a nuestros tribunales y a las protecciones previstas en las citadas disciplinas jurídicas¹⁶.

¹⁴ ANDREWS, Lori (Instituto de Ciencia, Derecho y Tecnología del IIT Chicago_Kent College of Law), “Derechos fundamentales, privacidad y aplicaciones móviles médicas”, En *Letra Civil y Comercial*, año III, No 6, 2018, p. 2 a 5, disponible en https://www.enletracivilycomercial.com/_files/ugd/9a5197_414745e9c25745b1886c6f92f1a003c1.pdf , al 15/8/24.

¹⁵ En este sentido, resulta elocuente la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en autos “Reyes Jiménez c/ España, No. 57020/18, Estrasburgo, 8/3/22.

¹⁶He tratado previamente esta cuestión en “Responsabilidad civil y automatización: hacia nuevos paradigmas”, *La Ley*, 2/8/2023, pp. 1-4, LL 2023-D y

Lo expuesto justifica una mirada jurídica renovada y actual sobre la figura del consentimiento informado, que procure un balance ecuánime entre las pautas y conductas desplegadas por pacientes y prestadores de servicios de salud en el mundo físico y presencial (por un lado) y el entorno virtual (por otro), para una protección adecuada de los pacientes en las diversas circunstancias y para evitar que la Justicia contribuya a un debilitamiento de las instituciones tradicionales de la salud, que en definitiva, hacen a las prestaciones médicas más relevantes de nuestra población.

Asimismo, tal mirada renovada exige contemplar las fuentes de información sobre salud disponibles para los pacientes, sus efectos en términos de información a brindar por los equipos de salud, y su impacto en materia de autonomía decisoria, toda vez que se juzgue la responsabilidad profesional asociada a la figura bajo análisis.

“Consentimiento informado: una mirada renovada sobre sus alcances”, en RJSI-III-2024, p. 38-45.

DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

Por Ana Marcela Wolkowicz¹

I. CONCLUSIONES

1. La Forma requerida por la ley 26529 según texto 26742 y decreto reglamentario 1089/12 para el otorgamiento de DMA (por escrito con presencia de dos testigos por ante escribano público o juez de primera instancia) ha de interpretarse de legue lata como un acto jurídico formal de forma impuesta relativa no absoluta, no exigible bajo sanción de nulidad, el incumplimiento de la forma no generaría la invalidez del acto. En consecuencia, la Directiva Médica Anticipada podría ser otorgada por escrito por otros medios, integrándose a las historias clínicas del paciente, con el fin de priorizar la autonomía en la toma de decisiones y así facilitar el acceso a esta importante herramienta jurídica.

2. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación los adolescentes a partir de los 16 años son considerados adultos para las decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo, en materia de derechos personalísimos tienen competencia bioética plena, en consecuencia se propone interpretar el artículo 60 del CCyC en consonancia con el referido artículo 26 que habilitaría a los adolescentes referidos a otorgar válidamente directivas médicas anticipadas respecto de su salud.

3. Las personas con sentencia de restricción a la capacidad pueden otorgar directivas médicas anticipadas, las que tengan limitada la capacidad de ejercicio para ese acto en particular, podrán otorgarla con el asentimiento del apoyo del modo dispuesto en la sentencia judicial. Las personas declaradas incapaces por el art 32 última parte del CCyC, que carecerían en principio de discernimiento, no podrían otorgar directivas anticipadas en salud por tratarse de un acto personalísimo que no admite la representación.

¹ Profesora titular de Derecho Privado Parte General (Cát. A) de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho UNR. Profesora titular de Elementos del Derecho Privado. Facultad de Derecho UNR de la carrera de Licenciatura en Corretaje Inmobiliario. Integrante del Consejo Universitario de Inclusión de la UNR en representación de la facultad de derecho Rosario.

4. Las prácticas que impliquen un límite al ensañamiento terapéutico no constituyen prácticas eutanásicas, deberán analizarse y abordarse en cada situación y caso en concreto. Las mal denominadas formas pasivas traen confusión a la hora de establecer si una práctica es eutanásica, por tanto, esta denominación debe desestimarse. Propiciamos que el Congreso de la Nación se aboque al tratamiento de los proyectos de ley sobre derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente para que este derecho a decidir sobre los finales de la vida, en tiempos en que los impactos de las tecnologías han permitido la prolongación de la vida como nunca antes, incluso en condiciones que afectan la dignidad de la persona, tenga consagración legislativa.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El inciso e) del artículo 2 de la ley 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud según texto de la ley 26742 establece que la *autonomía de la voluntad* de la persona sobre cuya salud se trata constituye uno de sus derechos esenciales en la relación con el o los profesionales de la salud, los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate; implica según dispone la norma; el derecho del paciente 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 voluntad. El principio de autonomía de la voluntad vital en la toma de decisiones, es un derecho indisoluble de la dignidad de la persona humana y su inviolabilidad consagrada en la Constitución Nacional; en los tratados internacionales de Derechos Humanos y por primera vez incorporada en un código como lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 52, al regular los Derechos y Actos personalísimos. La dignidad de la persona se relaciona con la facultad de decidir en todo los aspectos de la vida, tomar decisiones autorreferentes sobre los proyectos de vida en el marco del artículo 19 de la CN y de todo el plexo de convencionalidad del artículo 75 inciso 22 .

El consentimiento informado como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud ha significado un cambio de paradigma en la relación de los/as profesionales de la salud con la persona que debe tomar una decisión sobre tratamientos en particular; el modelo de toma de

decisiones informadas y libres pasó a centrarse en un proceso participativo, gradual de interacción para posibilitar, luego de recibir una información accesible y adecuada a la posibilidad de comprensión, la toma de decisiones. Este modelo difiere en mucho del modelo paternalista en donde “el médico”, por ser experto profesional en la materia, era quien decidía lo más conveniente para la persona que debía someterse a un tratamiento particular. La autonomía implica entonces que la persona puede optar por distintas alternativas luego de recibir información adecuada y accesible.

En línea con lo expuesto abordaremos en esta ponencia las directivas anticipadas en salud como expresión de la autonomía de la persona entendidas como las decisiones y manifestaciones autorreferentes de los pacientes que refieren a cómo desearían ser tratados en caso de no poder manifestar su voluntad. Seguidamente propondremos interpretaciones posibles y conclusiones sobre la temática.

2. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA DE SALUD Y DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

Incorporado expresamente por la Ley 26529, de los Derechos de los Pacientes en relación con los profesionales e Instituciones de Salud, en el artículo 5 se define al “consentimiento informado” como 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; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el

tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

El consentimiento informado resulta una de las más importantes herramientas jurídicas con las que cuenta el nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad vital, central a la hora de considerar las posibilidades de las personas humanas sobre la toma de decisiones en materia de salud.

Otra de las manifestaciones de la ampliación de la respuesta jurídica sobre la autonomía en la materia, son las Directivas Médicas Anticipadas (DMA) (art. 60 CCyC) que constituyen un documento voluntario que contiene instrucciones realizadas por una persona en pleno uso de sus facultades mentales con el objeto de que surtan efecto cuando no pueda expresar su voluntad. En otras palabras, se trata de una declaración de voluntad que hace un individuo para que se respete su voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida.

Como señala Kemelmajer de Carlucci², parte de la doctrina en la materia sostiene que las directivas médicas anticipadas funcionan a la manera del consentimiento informado, posibilitando la autonomía de la voluntad y “encarnando el resultado de un proceso de comunicación permanente, cuya característica sobresaliente debe ser la exigibilidad, de modo tal que puedan ser actualizadas conforme los nuevos deseos y circunstancias de cada autobiografía”. En este sentido, las DMA completan e integran la regulación del consentimiento informado”. En ciertos aspectos, algunos han señalado que consiste en un *consentimiento informado por anticipación*³.

Desde la óptica del Derecho de la Salud, se entiende por *directiva anticipada* a ciertas decisiones y manifestaciones de los pacientes que refieren a cómo desearían ser tratados en caso de no poder manifestar su voluntad por encontrarse en grave riesgo, discapacidad y/o desvinculación con el entorno, para que su manifestación anticipada a esa hipotética

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las directivas anticipadas en el Derecho Argentino”, en Revista Cubana de Derecho, Vol. 4, N° 1, número centenario, 2024, pág. 331

³ LAMM, Eleonora, “Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, 23-06-2016, MJ-DOC-9927-AR | MJD9927

circunstancia sea tenida en cuenta por los médicos tratantes. Podríamos decir entonces, que las directivas anticipadas son declaraciones unilaterales de voluntad, vinculantes para terceros, profesionales de la salud, familiares, operadores jurídicos, jueces, como tales y de igual modo que el consentimiento informado, y es como afirmábamos, un instrumento importantísimo para hacer efectiva la autonomía de la voluntad de la persona humana como contracara del modelo médico hegemónico.

De todas formas, doctrina⁴ que compartimos ha señalado algunos puntos distintivos entre ambas figuras que merecen tenerse en cuenta: 1) *sujeto que puede otorgarlo*: el consentimiento informado puede ser dado por un tercero en los casos previstos por la ley, mientras que las DMA constituyen un acto personalísimo que no puede ser otorgado por representante. 2) *proponente*: en el consentimiento informado la actividad es propuesta por el equipo de salud, mientras que en las DMA es la persona sobre cuya salud se trata, quien de forma anticipada propone el curso de acción a ser cumplido por el equipo de salud; 3) *tiempo de otorgamiento*: mientras que el consentimiento informado se otorga en el momento del acto médico que ha de intervenir en la salud del paciente, la DMA se otorga como previsión, y carece de la inminencia de la práctica; 4) *certeza de la intervención terapéutica*: el consentimiento se otorga ante una práctica que se realizará de manera efectiva (salvo casos excepcionales) y por lo cual el equipo de salud interviniente ha de cumplimentar con la “información” que caracteriza a este tipo de manifestación de voluntad; las DME se otorgan en un contexto de previsión para un futuro eventual sobre el que no existe certeza alguna, y su configuración no dependerá además de la calidad, cantidad y adecuación de la información que se reciba, siempre que no hay situación concreta sobre la que informar ni interlocutor actual.

3. FORMA

En relación a la forma, como hemos señalado, la ley 26.529 que dispone en su artículo 11 -conforme con la Ley 26.742-: que: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las directivas anticipadas en el Derecho Argentino”, op. cit., pág. 332

presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

El Decreto reglamentario 1089/2012 al reglamentar el artículo 11 establece que “las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de DOS (2) testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán. Los tratamientos médicos, preventivos o paliativos y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza. El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones. Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanasias, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas”.

El Código Civil y Comercial de la Nación por su parte, nada dice de manera expresa en materia de forma de las DMA en el artículo 60. Sostenemos que la forma requerida por la Ley 25529 según texto 26742 y decreto reglamentario 1089/12 (*por escrito con presencia de dos testigos por ante escribano público o juez de primera instancia*) ha de interpretarse **como un acto jurídico formal de forma impuesta relativa no absoluta, no exigible bajo sanción de nulidad**, o sea que el incumplimiento de la forma no generaría la invalidez del acto. En consecuencia, la DMA podría ser otorgada por otros medios, in la historia clínica del paciente, con el integrándola a de priorizar la autonomía en la toma de decisiones y así facilitar el acceso a esta importante herramienta jurídica.

En este sentido alguna doctrina sostiene razonablemente que el artículo 60 del CCyC ha derogado el requisito de la forma exigido por la Ley y el Decreto reglamentario, que la forma escrita es conveniente a los efectos probatorios y para asegurar la eficacia de la DMA, pero de ninguna forma sería un requisito de validez⁵. Parte de la doctrina asimismo ha señalado que la reglamentación de la forma de las DMA solo ha conducido a una reducción significativa de su implementación y al mismo tiempo una alienación de su sentido sanitario, trasladando *el carácter médico-sanitario*

⁵ Ídem, pág. 344

*de la institución, a un marco primordialmente notarial-judicial*⁶. El requisito que limita su formalización por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, con presencia de dos testigos juridiza de forma excesiva un acto primariamente sanitario y el papel preponderante de la historia clínica y el consiguiente registro de autoridad sanitaria nacional. En este sentido, cuando se analizan las similitudes entre la razón de ser de las DMA con las del consentimiento informado, se advierte que las DMA se complejizan infundadamente tanto en la onerosidad, como en la formalidad de la implementación.

Compartimos entonces que una instrumentación del acto de las DMA en ámbito sanitario⁷, que es su elemento propio, aprovechando la riqueza de la historia clínica como instrumento y el consiguiente registro de autoridad sanitaria nacional. Esto haría posible, al eliminar la onerosidad y la judicialización iatrogénica. Al mismo tiempo podría propiciar la apropiación de este valioso instrumento de la autonomía⁸ por parte de las personas cuya salud se trata de forma masiva, permitiendo las previsiones que hacen a la toma de decisiones de su salud en el marco del desarrollo de un proyecto vital integral en el pleno ejercicio de los Derechos Humanos. En consecuencia, la Directiva Médica Anticipada podría ser otorgada por escrito por otros medios, integrándose a las historias clínicas del paciente, con todos los recaudos dispuestos para garantizar su integridad e inalterabilidad de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de derechos del paciente en especial en su artículo 13, tal el funcionamiento descrito en el informe del Hospital Italiano antes citado

4. CAPACIDAD PARA OTORGAR DIRECTIVAS ANTICIPADAS

a) Niños, niñas y adolescentes

⁶ TINANT, Eduardo L, *Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina*, en Microjuris, MJ-DOC-9927-AR | MJD9927 (2/8/2024)

⁷ Ídem

⁸ V. AGUILERA DÍAZ, Jerónimo et al., *Integración de Directivas Anticipadas a la Historia Clínica Electrónica de un Hospital Universitario de Alta Complejidad*, en Investigación HIBA, https://www.hospitalitaliano.org.ar/multimedia/archivos/servicios_attachs/7084.pdf (2/8/2024)

El artículo 11 de la Ley 26529 y modificado por la ley 26742 establece como recaudo para la validez de las directivas anticipadas en materia de salud, que el sujeto sea *capaz mayor de edad*, el decreto reglamentario arriba referenciado amplía la disposición de la norma, cuando ordena que no se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o por personas incapaces al momento de su otorgamiento”.

El artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación por su parte, refiere a personas plenamente capaces, sin abundar respecto a la edad de la persona, pues no repite la expresión “mayor de edad” contenida en la Ley de los Derechos de los Pacientes. Es en este escenario, donde nos preguntamos: ¿podrá el o la adolescente que cuente con 16 años o más otorgar directivas anticipadas? Podrán otorgarlas los/las adolescentes entre 13 y 16 años? ¿Cómo debería aplicarse el artículo 26 del CCyC en esta problemática?

a. Adolescentes a partir de los 16 años:

De conformidad con el último párrafo del artículo 26 del Código Civil y Comercial, “a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”; es decir que en materia de derechos personalísimos, la competencia bioética plena se adquiere a los 16 años para la toma de decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, el concepto de competencia es más apropiado que el de capacidad como lo ha sostenido buena parte de la doctrina para regular y abordar el cuidado del propio cuerpo, esta interpretación se encuentra en diálogo con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes (Ley 26.061).

Asimismo, si el adolescente de 16 años es competente y puede prestar por sí el consentimiento informado, nada obsta a que pueda otorgar directivas médicas anticipadas para que se respeten sus decisiones cuando no pueda manifestar su voluntad. De lo expuesto y realizando una interpretación de la ley en un todo de acuerdo con el artículo 2 del CCyC, teniendo en cuenta sus finalidades y las disposiciones que surgen de los documentos internacionales y regionales sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento, estimamos que el adolescente a partir de los 16 años puede otorgar válidamente directivas médicas anticipadas.

A esta conclusión también abordaron en minoría las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015: “...en materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción la incapacidad de ejercicio. Asimismo, que la aplicación del principio de capacidad progresiva del menor en materia de ejercicio de sus derechos personalísimos consagrado por el art. 26 del CCyC, exige aplicar los principios de la bioética. Para establecer la capacidad de los menores para decidir por *si mismos sobre actos médicos se ha de distinguir si generan o no riesgo para su salud psíquica y física. En relación a los menores de 16 años se resolvió que, de acuerdo a lo normado por el art. 26 CCyC, deben ser considerados adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. También con conclusión en minoría, se resolvió que la equiparación al adulto de la capacidad del adolescente que cuente con más de dieciséis años para decidir sobre su propio cuerpo, no ha de ser limitada al cuidado de su cuerpo; el adolescente con grado de madurez suficiente debe ser considerado capaz para otorgar directivas anticipadas...*”

b. Adolescentes entre 13 y 16 años:

El supuesto se configura con los siguientes elementos: un menor de edad, por ejemplo, de 15 años, tiene una enfermedad terminal. El mismo tiene discernimiento para actos lícitos, está lúcido, y desea dictar una DMA para dejar sentado que no es su voluntad que se prolongue su vida por medios artificiales; que no desea recibir quimioterapia, si el resultado no modificara lo irreversible de la enfermedad. En este caso concreto: ¿podría dejar por escrito estas directivas para cuando no pueda manifestar su voluntad? ¿O designar un interlocutor para que procure el cumplimiento de sus instrucciones?

El cuarto párrafo del artículo 26 del CCyC establece como presunción que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí, respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física.

El artículo 2.1. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, protege el derecho a la salud; la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes regula en el artículo 14, sobre el derecho a la salud que debe ser garantizada por el Estado; de igual modo la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 23 establece que: “corresponde al Congreso Nacional legislar y promover medidas de acción

positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”; hay un prius de protección por tratarse de grupos vulnerables tal como lo viene sosteniendo la CIDH: en todo supuesto en que exista una situación de vulnerabilidad existe un deber del estado de protección especial, los NNA cuentan con un derecho especial y complementario⁹ debido a esta rigurosa normativa de protección detallada en forma suscita, la situación de los adolescentes entre 13 y 16 años en este campo posee un tratamiento distinto¹⁰. La temática no es sencilla y ha sido motivo de estudio y evaluación en distintas legislaciones.

Si bien los adolescentes entre 13 y 16 años, no están habilitados para otorgar DMA, tienen discernimiento para actos lícitos, no existiría obstáculo jurídico alguno para que, manifiesten su voluntad con el asentimiento de uno de sus progenitores, dejándose constancia de la misma en la historia clínica (resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordantes con la Convención de los Derechos del Niño la ley 26061, el artículo 7 del decreto reglamentario 415/06 y 59 del CCyC) acerca de como querría ser tratado cuando no pueda manifestar su voluntad. Esta manifestación aportaría seguridad jurídica y claridad para los profesionales de la salud y terceros, en línea con lo dispuesto por el artículo 2 de la ley 26742 en cuanto a que los niños niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y a intervenir en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre procedimientos médicos que involucren su vida o su salud. Asimismo, nada impediría que el adolescente entre 13 y 16 años designara (decreto reglamentario 1089/12) un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones, por ser quien a su entender mejor conoce los deseos y voluntad del adolescente.

⁹ SOSA, Guillermina Leontina, Vulnerabilidad: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta a la dispersión, en La Ley Online. TR LALEY AR/DOC/1869/2022 (10/8/2024)

¹⁰ Quien desee ampliar V. GARAY, Oscar Ernesto Borensztejn, Cora DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, 234; TColeg. Familia Nro. 5, Rosario ~ 2014-06-21 G., L. A. s/ autorización supletoria. Cita Online: AR/DOC/3144/2014; MAGLIO, Ignacio, WIERZBA, Sandra M., El derecho en los finales de la vida, en Diario La Ley, en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/39776> (10/8/2024)

b) Mayores de edad con capacidad restringida y con incapacidad

En relación a las personas mayores de edad, el artículo 60 del CCyC requiere la plena capacidad para el otorgamiento de directivas anticipadas, este recaudo a nuestro entender, no impide que las personas con capacidad restringida¹¹, a quienes no se les haya restringido la capacidad para ese acto jurídico en particular puedan ejercer el derecho con el acompañamiento del apoyo respectivo de otro modo se estaría contrariando la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 12 y concordantes) y la propia regulación del Código Civil y Comercial, en sus artículos 32, siguientes y concordantes. En efecto, tal como lo dispone la Convención y el artículo 31 del CCyC, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume. Por esto, las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en su beneficio. Por lo tanto, ha de favorecerse la autonomía en la toma de decisiones y la asunción del riesgo. Entendemos entonces, que, si la capacidad no se encuentra limitada especialmente para este tipo de actos, la persona con capacidad restringida podrá dictar directivas médicas anticipadas.

En el supuesto de personas mayores de edad incapaces –expresión en cacofonía con el paradigma de los Derechos Humanos- de acuerdo al artículo 32 in fine del Código Civil y Comercial, no podrán otorgar directivas anticipadas. Entendemos que no podrán hacerlo, primariamente porque están imposibilitados de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad, por cualquier modo medio o formato y además porque al tratarse de un acto personalísimo no puede ser otorgado por representación.

Aquí creemos que vale la pena, sólo a modo de introducción temática, la muy compleja trama interpretativa que supone el Derecho 606/2013 que reglamenta la Ley 26657 sobre Salud Mental, cuando al reglamentar el inc. k del artículo 7 dice que: *“k) Todo paciente, con plena capacidad o, sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud, las cuales deberán ser aceptadas por el equipo interdisciplinario interviniente*

¹¹ PALACIOS, Agustina, “Interrupción voluntaria del embarazo y personas con discapacidad”, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3-2021; 136-155

a excepción que aquellas constituyeran riesgo para sí o para terceros. Dichas decisiones deberán asentarse en la historia clínica. Asimismo, las decisiones del paciente o sus representantes legales, según sea el caso, podrán ser revocadas. El equipo interdisciplinario interviniente deberá acatar dicha decisión y adoptar todas las formalidades que resulten necesarias a fin de acreditar tal manifestación de voluntad, de la que deberá dejarse expresa constancia en la historia clínica” .

Las DMA son un acto personalísimo y por tanto, no pueden ser otorgados por otra persona distinta a la persona sobre cuya salud se trate problemática que excede el marco de esta ponencia y abordaremos en otro trabajo.

Una cuestión que toma especial relevancia en materia de directivas médicas anticipadas es la necesidad de reafirmar el carácter obligatorio de las mismas para los profesionales de la salud, tal como lo dispone el artículo 11 de la ley de Derechos del Paciente. Esta exposición obvia de lo expresamente normado no cae en saco roto, toda vez que en reiteradas ocasiones se verifica una inapropiada judicialización de situaciones de salud que se han resuelto por la decisión de los mismos protagonistas, a quienes se les niega sistemática e ilegítimamente el derecho de autodeterminación sanitaria.

Podemos señalar el paradigmático caso “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”¹² en donde se dio paso a la judicialización de una situación de salud prevista por el mismo paciente. En ocasión del caso Albarracini, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que el paciente había dejado plasmada su voluntad en relación a una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de "directivas anticipadas" en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre, aunque peligrase su vida. Las DMA debían ser aceptadas por los médicos, habida cuenta de que resguardaban el principio constitucional de libertad de autodeterminación del Sr. Albarracini, entendido como soporte de conductas autorreferentes.

¹² Fallos: 316:479, en SAIJ, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-albarracini-nieves-jorge-washington-medidas-precautorias-fa12000076-2012-06-01/123456789-670-0002-1ots-eupmocsollaf> (10/8/2024)

Pero como todo derecho humano su punto de realización efectiva es la posibilidad de que las mismas sean ejecutadas. Es en esta instancia en donde nos topamos con la realidad que ha de receptor la relativamente “nueva” práctica de la autonomía de la voluntad en materia de salud. El paradigma médico-hegemónico ha presentado fuertes resistencias, concretamente materializado en los equipos médicos que reciben las directivas anticipadas y luego han de cumplirlas debidamente. Por lo que creemos imprescindible el desarrollo y ejecución de políticas públicas sanitarias que acompañen a la implementación de este instrumento jurídico-bioético.

5. LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS Y LAS PRÁCTICAS EUTANÁSICAS PROHIBIDAS: DIGNIDAD Y AUTONOMÍA EN JAQUE

En Argentina la eutanasia activa es una práctica prohibida. El 9 de mayo de 2012 fue sancionada la Ley N° 26.742, llamada de “muerte digna”, que significo como hemos señalado, una modificación significativa a la Ley N° 26.529 de 2009.

La Ley 26.742 consagra artículo 1 una ampliación de la autonomía de la voluntad del paciente. Así, la persona 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 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud¹³.

Como hemos dicho, en el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o

¹³ Quien desee ampliar v. BLANCO, Luís Guillermo, “Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 31; BLANCO, Luís Guillermo, “La ley de muerte digna en el marco ético y jurídico de la ley de derechos de los pacientes”, en “Muerte Digna”, director Andrés GIL DOMÍNGUEZ, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág 159 y ss.

desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Ahora bien, la Ley 26.529 dispone en relación a las Directivas Anticipadas, en su artículo 11 que, si bien “las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”, en sintonía, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 60) “las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.”

El nudo de nuestra problemática se finca en establecer, que debe entenderse en las DMA como “desarrollar prácticas eutanásicas”. La Eutanasia se puede clasificar en *activa*, que es la acción directa de finalizar con la vida del paciente, o *pasiva*, que implicaría la muerte por omisión sin medidas terapéuticas. Otra clasificación la ordena como *voluntaria*, que se produce cuando el paciente toma la decisión estando lúcido, o *no voluntaria*, cuando la decisión es tomada por parte de otros, médicos o familiares, por ejemplo, cuando el paciente se encuentra en estado de coma.

La práctica de la Eutanasia *activa* en la Argentina implica la responsabilidad penal para el que la ejecute, la figura aplicable es el artículo 83 del Código Penal que dispone: “*Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado*” o en su caso, será homicidio tal como lo regula el artículo 79 al disponer: “*Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena*”.

Sostenemos que la *eutanasia activa* es el único supuesto de hecho que configura un delito penal; las prácticas de retiro de medidas de soporte vital, reguladas y autorizadas por la llamada ley de muerte digna 26742 y lo dispuesto por el artículo 59 inc g del *CCyC no constituyen prácticas eutanásicas*, más bien importan un límite al ensañamiento terapéutico. Por ello las denominadas por algún sector de la doctrina “formas pasivas” sólo traen confusión. Lo dispuesto en el inc. g del art. 59 de la Ley 26529 (Ref. Ley 26742) no constituyen casos eutanasia sino supuestos de muerte digna.

En efecto, el artículo 11 de la Ley de Derechos del paciente y el art. 60 del CCyC evidentemente así lo refrendan pues impiden que las directivas anticipadas importen desarrollar prácticas eutanásicas, pero autorizan- art 59 del CCyC- a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación , alimentación, reanimación artificial, medidas de soporte vital, las que deberán abordarse y analizarse en el caso concreto, a los fines de evitar la distanasia, ensañamiento terapéutico, tal como lo sostuvo la corte en el caso “Marcelo Diez” , en donde ha expresado con claridad que: *“no se trata de promoción de prácticas eutanásicas, sino del respeto a la autonomía personal y al sentido de dignidad que cada persona elige en los finales de la vida”*

Actualmente existen en Argentina cinco proyectos de ley que han ingresado al Congreso para su tratamiento. El Proyecto denominado de "Buena Muerte. Regulación de la Eutanasia", cuyos autores son los diputados nacionales Alfredo Cornejo, Jimena Latorre (por Mendoza) y Alejandro Cacace por (San Luis) (25 de noviembre 2021 Expte 4597-D-2021), reiterado en abril del 2022 en la Cámara de Senadores por el actual senador Alfredo Cornejo. Por su parte, se presentó el proyecto denominado "Ley Alfonso. Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente" cuyas autoras son las diputadas Gabriela Estévez, Mara Brawer, Carla Carrizo, Carolina Gaillard, Mónica Macha, Cecilia Moreau y Florencia Lampreabe (Expte. 4734-D-2021, 6 de diciembre 2021). Otro proyecto presentado se denomina "Regulación de la eutanasia y la muerte asistida" cuyos autores son el senador por Mendoza Julio Cobos y Pamela Verasay (Expte 3956-D-2022 8 de agosto 2022), reiterado en la Cámara de Diputados en septiembre del 2022 . El 11 de agosto del 2022 la diputada Carolina Moisés del FdT presentó el proyecto de ley "Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente" (Expte. 4092-D-2022). Finalmente, el 13 de septiembre de 2022 la Dip. Mara Brawer, presentó en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el proyecto para legalizar la eutanasia y el suicidio asistido (Expediente 4855-D-2022 - TP 139/2022).

En sentido coincidente los proyectos disponen el respeto por las directivas médicas anticipadas cuando el médico certifique que el paciente no se encuentra en pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, de asistencia o ayuda para morir, siempre que haya suscrito con anterioridad un documento de directivas médicas anticipadas, debiéndose facilitar la prestación conforme a lo dispuesto en dicho documento.

Los proyectos con algunas diferencias, realizan un adecuado tratamiento del consentimiento informado para solicitar la asistencia y ayuda para morir, su desarrollo excede el marco de este trabajo, pero no dejamos de propiciar, como lo hicimos en presentaciones anteriores¹⁴ para que el derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente tenga su consagración legal.

6. PALABRAS FINALES

El rol de los y las profesionales de la salud en el final de la vida del paciente cuando ya la medicina no puede cumplir con uno de sus roles primordiales, el de curar, debe ser de solidaridad de acompañamiento y de cuidado¹⁵. Las directivas anticipadas en salud, constituyen una herramienta fundamental como expresión de la autonomía de la persona entendidas como las decisiones y manifestaciones autorreferentes de los pacientes que refieren a cómo desearían ser tratados en caso de no poder manifestar su voluntad, pero también otorga seguridad jurídica a los profesionales de la salud, comité de ética institucional y/o bioética, familiares, jueces, porque la decisión autorreferente queda allí plasmada y solo ha de ser respetada y/o tenida en cuenta. Este trabajo pretende en este sentido realizar un aporte que facilite con las interpretaciones que proponemos, el acceso a este importante instrumento jurídico.

¹⁴ WOLKOWICZ, Ana Marcela; FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la dignidad y los derechos en los finales de la vida: el derecho a morir” , en La Ley, T. 2023-A, pág. 414-420

¹⁵ GARAY, Oscar Francisco, La Ley 17/11/2014, AR/DOC 4212/2014

DIRECTIVAS ANTICIPADAS. FUNCIONAMIENTO NORMATIVO Y DESAFÍOS

Por Guillermina Zabalza¹ y M. Victoria Schiro²

I. CONCLUSIONES

1. Las directivas anticipadas se comprenden dentro de la noción de consentimiento informado, requiriéndose su flexibilización en la modalidad de instrumentalización, posibilitándose así su materialización en la misma historia clínica.

2. El artículo 60 del CCyCN debe interpretarse de manera sistémica con el artículo 26 de su cuerpo normativo, con lo cual ante escenarios de competencia debe posibilitarse la instrumentalización de las mismas.

II. FUNDAMENTOS

1. CONSIDERACIONES INICIALES

El CCyCN se integra con la Ley de Derechos del Paciente, captando normativamente en los artículos 58, 59 y 60 la investigación en seres humanos, el consentimiento informado y las directivas anticipadas, regulando e incorporando de esta manera el núcleo duro del derecho de la salud a su cuerpo normativo. Cada una de estas fuentes formales encuentran su dinámica e integración a través del funcionamiento normativo, donde prima como criterio hermenéutico de interpretación que en materia de salud no se puede proteger menos de lo que protege el CCyC. Por ende, ante posibles diferencias o incompatibilidades entre las diferentes fuentes

¹ Doctora en Derecho. Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho de Familias y de Derecho Sucesorio, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; mail: guiyito14@gmail.com

² Doctora en Derecho, Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho Sucesorio y de Derecho de Familias, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; mail: mvschiro@gmail.com

formales existentes, hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego conforme el principio pro homine³.

Cada uno de estos derechos encuentra su antesala en el marco teórico desarrollado por la Bioética y por los principios que la inspiran, tales como beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia. La beneficencia prescribe que toda decisión debe estar motivada en el esfuerzo de asegurar el bienestar del paciente⁴, exigiendo maximizar los posibles beneficios y minimizando los eventuales riesgos, requiriéndose una contante “valorización de riesgos y beneficios” (descartando formas alternativas de obtener el resultado esperado, evaluando la posibilidad de que ocurra un daño y su magnitud, etc.)⁵.

Este principio se integra con el principio de respeto por las personas, que parte de la noción de que toda persona debe ser tratada como un ente autónomo, calificándose así –competente- a toda persona que sea capaz de deliberar sobre sus propios proyectos y objetivos personales y que pueda actuar bajo la dirección de esta deliberación; reflexionándose que las personas cuya autonomía esta disminuida deben ser sujetos de protección. Este principio entonces se basa en dos premisas éticas: que cada individuo debe ser tratado como ente autónomo, y que ante personas cuya autonomía esté disminuida se debe propender a su protección⁶.

Acorde con estas convicciones éticas, La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos establece en el artículo 5 los

³ Lamm, Eleonora, “Comentario del artículo 58”, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso (Directores), Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 145.

⁴ Gracia, Diego, “Bioética, Derechos Humanos y Sociedad Civil. Conceptos Introdutorios”, en *AAVV Bioética, Derecho y Ciudadanía*, dirigido por Pedro Hooft, Temis, Colombia, 2005, pág. 18.

⁵ La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos prevé en el artículo 4 “Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas”. Este artículo recoge la pretensión que está presente en la mayoría de los códigos éticos y leyes que versan sobre la asistencia e investigación clínica, potenciando al máximo los beneficios frente al mínimo de riesgos.

⁶ Gracia, Diego, “Bioética, Derechos Humanos y Sociedad Civil. Conceptos Introdutorios”, *ob., cit.*, pág. 19.

criterios de autonomía y responsabilidad individual, consagrando que “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”.

La autonomía requiere de la presencia de pacientes competentes, que puedan comprender y escoger el curso de acción, considerándose desde una perspectiva axiológica que cada persona tiene derecho de decidir y elegir la manera de proceder sobre aquello que directamente lo afecta. Por supuesto que la autonomía es una autonomía relacional y contextual, nunca somos absolutamente autónomos y libres, no obstante poder respetar esferas de libertad es clave para el desarrollo de la personalidad. No obstante, ante supuestos de incompetencia nos encontraremos con la necesidad de acudir al principio de beneficencia y al principio secundario de paternalismo justificado, que conlleva la posibilidad de dejar de lado el principio de autonomía y tomar una decisión que afecte la vida o salud del otro, si este último está en una situación de incompetencia básica, y la medida supone un beneficio objetivo para él y se puede presumir racionalmente que consentiría si tal situación cesara⁷.

Entonces, ante posibles escenarios de incompetencia donde la autonomía parece debilitarse, las captaciones normativas existentes hacen viable la posibilidad de actualizar la autonomía a través del consentimiento por representación o las directivas anticipadas. Cuando estamos ante pacientes que han sido competentes, deviniéndose incompetentes en el porvenir, la autonomía se puede encontrar materializada en las denominadas directivas anticipadas -conocidas también como actos de auto protección-. En tal sentido, expresa Salles que “para hacer del paciente incompetente uno que pueda tomar tal decisión, es necesario que haya expresado sus deseos y preferencias mientras era competente. Esto nos lleva a lo que se conoce como directivas anticipadas”⁸.

⁷ Atienza, Manuel, “Juridificar la Bioética”, *Isonomia*, N°8, págs. 93 y ss.

⁸ Salles, Arleen L. F., “Introducción, capítulo Toma de decisiones terapéuticas”, en Luna, Florencia – Salles, Arleen L. F., *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Ed. Sudamericana, Bs. As. 1998, pág. 112

2. DIRECTIVAS ANTICIPADAS

Las directivas anticipadas -o voluntades anticipadas- son expresión de la libertad de elección, permitiendo así que la persona pueda proyectar su autonomía para aquellos posibles escenarios de incompetencia. Las directivas anticipadas como el consentimiento informado materializan la autonomía de la voluntad, encarnando el resultado de un proceso de comunicación permanente, cuya característica sobresaliente debe ser la flexibilidad, de modo tal que puedan ser actualizadas conforme los nuevos deseos y circunstancias de cada autobiografía. Creemos que el contexto actual visibilizó la necesidad de adaptar la instrumentalización de las directivas, encontrándose hoy varios canales de formalización tales como los actos de auto protección o directivas formalizadas ante escribanos o jueces, y las plasmadas en las historias clínicas del paciente de manera similar a lo que acontece con el consentimiento informado. No vemos la razonabilidad de la diferencia en su instrumentalización, cuando ambos son en definitiva consentimientos “uno actual y otro diferido”. La pandemia desnudó la realidad y visibilizó la necesidad de que estas directivas se puedan proyectar en la misma historia clínica ante pacientes con covid que eran internados y que ingresaban en la UTI para que puedan indicar si elegían o no ser intubados, así como otras alternativas de abordaje en la atención de la salud.

Para dotar de una mayor ductilidad, creemos que es clave el proceso de escucha en el encuentro clínico y su elasticidad en la manera de instrumentalizarlo, posibilitándose así su accesibilidad. Las directivas anticipadas constituyen la denominada “planificación anticipada de la asistencia sanitaria”⁹, enmarcándose como la “Posibilidad de poder el paciente decidir con anticipación a sufrir una enfermedad grave que lo deje en un estado de salud tal que no pudiera expresar su voluntad, cómo desearía ser tratado en ese supuesto y qué tratamiento estaría dispuesto a aceptar y cuáles no. Como también –análogamente- la de poder designar a un tercero

⁹ Sálina Pérez, Virginia, “¿Consideran los usuarios que la historia de valores es una herramienta de reflexión de sus valores, creencias y preferencias sobre la salud que debería estar implantada en la planificación de la atención sanitaria?”, *Ética de los cuidados*, 2010, ene-jun, 3 (5). Disponible en index-f.com/eticuidado/n5/et0005.php Consultado el 13/7/2010, citado por Schiro, María Victoria – Zabalza, Guillermina, “Fraccionamientos y desfraccionamientos del valor verdad en los criterios de toma de decisiones terapéuticas y disposiciones anticipadas”, ob. cit., pág. 8.

para que, de llegar a encontrarse en la situación señalada (de inconciencia, demencia, etc.) decida en su nombre sobre dichas cuestiones; o, simplemente para que ese tercero interprete su voluntad en caso de duda sobre el alcance de las instrucciones que la persona hubiera previamente dado para el supuesto en cuestión”¹⁰.

Ante futuros escenarios de incompetencia, los procesos de toma de decisiones se pueden encauzar a través de estas directivas médicas anticipadas que constituyen una **proyección del consentimiento** informado y de la facultad de autodeterminación decisoria en el tiempo. Se materializa una autonomía prospectiva, proyectada hacia el porvenir. Se presta el consentimiento ahora, aun cuando la actuación o intervención derivada de dicho consentimiento y sus resultados o consecuencias aparezcan diferidos en el tiempo.

Dentro de las directivas anticipadas nos encontramos con dos grandes tipos generales de directivas médicas: las directivas con instrucciones, esto es, instrumentos formales o informales por medio de los cuales se expresan y conocen los deseos y preferencias del paciente sobre el tratamiento frente a un determinado cuadro médico, las que varían respecto de cuán específicas son y qué interpretación requieren; y las designación de un representante para que, en forma directa, tome las decisiones sobre la continuidad o cese del tratamiento practicado frente un caso de incapacidad, la que puede también estar acompañada por algún tipo de directivas con instrucciones¹¹. Tanto la ley 26.529 en su versión original, como la modificación introducida por la ley 26.742, y el CCyCN han consagrado el instituto de las directivas anticipadas como proyección de voluntad, encontrándose como único límite de las mismas cualquier práctica que resulte eutanásica¹².

¹⁰ Sambrizzi, Eduardo A., “Las directivas previas emitidas con la finalidad de rehusar la práctica futura de ciertos actos médicos”, La Ley 2005-E, 451.

¹¹ Schiro, María Victoria – Zabalza, Guillermina, “Fraccionamientos y desfraccionamientos del valor verdad en los criterios de toma de decisiones terapéuticas y disposiciones anticipadas”, ob., cit., pág. 9.

¹² En esta línea se inscribe el fallo de la CSJN en causa "Albarricini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias" 12(AR/JUR/21755/2012), en el que se confirmó la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, que había denegado la medida cautelar promovida por el padre del enfermo, mediante la cual pretendía que se le efectúe una transfusión de sangre a pesar de que existía una directiva anticipada del paciente en el sentido contrario.

El CCyCN legisla este instituto posibilitando las dos modalidades de directivas de manera inclusiva y no excluyente, ya sea indicando el curso de acción que desea que se continúe según su escala de valores, así como la posibilidad de designar la persona que sea capaz de indicar su voluntad. En tal sentido, el artículo 60 prevé “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”. La posibilidad de designarse a la persona que lo representará y expresará su consentimiento, es de suma trascendencia y utilidad, ya que se abre un importante espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona en base a su conocimiento real¹³.

En cuanto a la instrumentalización o formalidad en que éstas deben ser previstas, la Ley 26.742 agregó un párrafo al artículo 11 de la Ley 26.529, previéndose requisitos formales para las mismas, estableciéndose “la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante el escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”. La ley 26.742 toma el criterio previsto en el decreto reglamentario 1089/2012, requiriéndose una modalidad específica para que la misma tenga virtualidad jurídica, angostándose el camino hacia las directivas anticipadas¹⁴. Hacemos nuestra la reflexión de Roitman cuando se pregunta sobre la disparidad de criterios al instrumentalizarse el consentimiento informado respecto de las directivas anticipadas, observando que si las directivas anticipadas no son más que la expresión del paciente que se emite en diferido, ninguna diferencia debería existir con el consentimiento informado dictado en tiempo presente a la hora de su formalización¹⁵. Por ende, consideramos que deberían flexibilizarse

¹³ Lamm, Eleonora, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob., cit., pág. 148

¹⁴ Tinant, Eduardo, “Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, Fecha: 23-jun-2016Cita: MJ-DOC-9927-AR | MJD9927 Producto: MJ,SYD, p.3

¹⁵ Roitman Adriel, “La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529”, Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 28/05/2012, 117 - LA LEY2012-C, 1111; Cita Online: AR/DOC/2329/2□□2 p. 3

los criterios formales previstos en la ley, posibilitándose la instrumentación de las mismas en la historia clínica. En este sentido, recordamos las Consideraciones, propuestas y recomendaciones para los protocolos de tratamiento humanizado del final de vida en contexto de pandemia por Covid 19, en la que se establece “Prever que todo/a paciente en situación de COVID19 al ingreso, junto con los datos básicos de la historia clínica, sea consultado/a acerca de sus deseos y voluntades respecto de las decisiones médicas y en especial, respecto del fin de vida. Si no las tuviera, es el momento para que la persona que lo/a ingresa ofrezca la posibilidad de dejar sus voluntades anticipadas y registrarlas en la historia clínica. La situación excepcional exime de mayores formalidades. Es responsabilidad del personal de salud indagar esas voluntades y deseos, pudiendo acudir al familiar y/o referente afectivo y/o representante en caso que el/a paciente no esté en condiciones de expresarlas”¹⁶.

Finalmente, así como hemos observado que la instrumentalización de las directivas anticipadas se deben proyectar de manera similar a lo que acontece con el consentimiento informado, creemos que también debe hacerse extensivo este criterio de interpretación en cuanto a los posibles sujetos en proyectar las mismas, interpelándonos la autonomía progresiva a su análisis y quiebre en el criterio normativo de la mayoría de edad para habilitar las mismas.

3. DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES¹⁷. DE LA INCOMPETENCIA A LA COMPETENCIA. DE LA REPRESENTACIÓN A LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS

El CCyCN requiere de la “plena capacidad” para poder otorgar una directiva anticipada, con lo cual si bien el artículo 26¹⁸ del mismo cuerpo

¹⁶ Consideraciones, propuestas y recomendaciones para los protocolos de tratamiento humanizado del final de vida en contexto de pandemia por Covid 19, disponible en conicet.gov.ar/wp-content/uploads/Recomendaciones-.pdf, consultado 1 de septiembre de 2021

¹⁷ En adelante NNA

¹⁸ Artículo 26 CCyC: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se

normativo admite la mayoría anticipada para los actos médicos relativos al cuidado del propio cuerpo, el criterio de interpretación que ha primado es que dentro de estos actos no se encuentra la posibilidad de dictar una directiva anticipada, prevaleciendo un paternalismo justificado en aras de la protección de la persona. No obstante, consideramos que se debe propiciar la interpretación que indica que a partir de los 16 años existe plena capacidad para realizar directivas anticipadas, permitiendo todo tipo de decisión sobre el cuidado y salud del propio cuerpo.

La situación de vulnerabilidad en intersección con sus diversas variables y aristas, permite justificar axiológicamente la protección e injerencia estatal cuando los derechos de niños, niñas y adolescentes están involucrados, observándose que los principios “autonomía y protección” se autoimplican de modo tal que su abodaje conjunto permite considerar sus puntos de encuentro. El principio de protección especial comprende el derecho de participación cuyos despliegues se proyectan en el derecho a ser oído y en la autonomía progresiva. El reconocimiento de la autonomía y de la vulnerabilidad permite contemplar la complejidad de la vida humana y su desarrollo, donde las nociones de gradualidad y progresividad materializan puntos de encuentro ante los extremos de los posibles movimientos pendulares. La protección especial en niños, niñas y adolescentes prevista en el artículo 19 CADH comprende la noción de autonomía progresiva, ya que como indica Herrera, constituye una desprotección tanto negar el ejercicio de los derechos a las personas menores de edad cuando podrían hacerlo por contar con desarrollo psicosocial como a la inversa, reconocerles el ejercicio de derechos cuando aún no cuentan con la competencia respectiva; atentando ambos extremos contra el interés superior del niño¹⁹. Entonces, cuando los sujetos involucrados son NNA, “...la propia aplicación de este principio de vulnerabilidad debe efectuarse con respeto a la

presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”

¹⁹ Herrera, Marisa, “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”, *LA LEY* 19/06/2019, Cita Online: AR/DOC/1803/2019

condición de sujeto de derecho del niño y a su autonomía progresiva, exigiendo un correcto balance con la injerencia estatal “proteccionista” a fin de evitar que tal intervención sea violatoria de los derechos humanos básicos”²⁰.

La autonomía progresiva se enmarca dentro del proceso de especificación de derechos de niños y adolescentes, tornándose vital la facilitación de escenarios jurídicos que propicien los medios necesarios para su protección integral, materializándose el salto de la titularidad de derechos al posible ejercicio de los mismos. Se trazan puentes, cuyo criterio orientador es el interés superior del niño, consagrándose el concepto de autonomía progresiva en la CDN, en La ley 26.061 y en el CCyC. La autonomía gradual significa la asunción por los NNA, de roles y funciones conforme a su madurez y desarrollo²¹. Indica Famá que el principio de autonomía previsto en la CDN encarna la idea de equilibrio entre el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y la necesidad que tienen al mismo tiempo de recibir protección en función de su relativa inmadurez. Por ello, la búsqueda de este equilibrio presenta la dificultad constante de tener que ponderar entre los diferentes derechos en juego, resultando difícil consagrar una solución universal y uniforme. En consecuencia, la promoción y el apoyo del ejercicio de la autonomía progresiva y responsable involucra cuatro aspectos: la evolución; la competencia y gradual autonomía; la participación; y la protección²².

El CCyCN en su proceso de recodificación recepta conceptos jurídicos indeterminados que permiten la adaptación de los mismos a la complejidad que la vida humana presenta²³. En clave convencional, el

²⁰ Fernández, Silvia E., “Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derechos humanos fundamentales como tutela reforzada de protección”, en *Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes*, TI, dirigido por Silvia Fernández, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pág. 81

²¹ Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo, *El Derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 417.

²² Famá, María Victoria, “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, RDF 57-5-2012, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/4134/2012, pág. 2.

²³ Herrera, Marisa, “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”, ob. cit., pág. 4.

artículo 26 del CCyCN prevé la conjunción de criterios de fraccionamiento y desfraccionamiento como la edad y el grado de madurez, consagrando así pautas objetivas y subjetivas para determinar la autonomía progresiva. “De esta manera existiría una clara retroalimentación entre dos conceptos clave del principio de autonomía progresiva receptados de manera central en la regulación del Código Civil y Comercial: la edad (una noción clásica) y grado de madurez (una noción contemporánea y auspiciada por el corpus iuris internacional y regional), transversalizados, a su vez, por otra cuestión: el tipo de acto que se trate. De este modo, el ejercicio de los actos que comprometen al campo civil se encuentra directamente condicionado por los mencionados dos elementos cuando se trata de personas que no alcanzaron aún la mayoría de edad”²⁴. La norma pretende un equilibrio entre protección y participación de niños, niñas y adolescentes, consagrando como criterio general que los menores de edad actúan a través de sus representantes, criterio que tendrá su variabilidad ante la autonomía progresiva. Esta autonomía progresiva se presume ya en algunos supuestos ante la edad que presenta la persona -13 años, 16 años-, introduciendo además un concepto flexible y sociológico como es el “grado de madurez suficiente” que permite desfraccionar cuando no se cuente con la edad requerida por la ley. Se precisan recortes etarios para determinar los diversos despliegues de la autonomía para decidir sobre tratamientos médicos, procurándose así conjugar la idea de flexibilidad con la de seguridad jurídica, consagrándose la posibilidad de decidir al adolescente sobre aquellos tratamientos médicos que no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o puedan provocar un grave riesgo a la vida o integridad física. En cambio, si se trata de tratamientos invasivos que comprometan la salud o pongan en riesgo la salud o integridad, el adolescente debe prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores²⁵. A su vez, la norma prevé un desfraccionamiento mayor al consagrar la mayoría anticipada para actos médicos, a partir de los 16 años, ya que la conciencia sobre el propio cuerpo

²⁴ Herrera, Marisa, “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”, ob. cit., p. 4

²⁵ Herrera, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo I, Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2015, pág.117

viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad, es justamente en su cuerpo que el espíritu se despierta más prontamente²⁶.

En virtud de que el CCyCN regula aspectos del derecho de la salud de niños, niñas y adolescentes –artículo 26-, tendremos que observar la dinámica del sistema normativo, a fin de advertir el diálogo de fuentes que se puede presentar entre las diversas fuentes formales. Las fuentes formales contempladas en los ítems anteriores prevén la autonomía de la voluntad del paciente y su materialización a través del consentimiento informado (respectivamente artículo 5 de la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud – 26.529/26742- y artículo 59 CCyC). Asimismo, debe realizarse el cruce con el artículo 26 del CCyCN que regula los diferentes niveles de actuación de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito médico, de modo tal que el dialogo de fuentes sea fecundo a una interpretación conteste con el principio pro homine. Por ello, “...el principio de interpretación de las normas relacionadas con el ejercicio de derechos humanos, es el principio pro homine. Este principio funciona como directiva de aplicación de todas las normas jurídicas, implica que se debe tomar siempre como criterio para definir la norma aplicable aquella que favorece una decisión a favor de la persona frente a uno o varios textos normativos relacionados o que puedan afectar derechos humanos. Es decir, se debe preferir la aplicación de la norma o interpretación jurídica que

²⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en *Bioética y Derecho*, Bergel-Miniyersky Coordinadores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 115; recordamos el caso “Gillick vs. West Norfolk and Wicbech Area Health Authority” del año 1986, en el que se reconoce la mayoría anticipada para actos médicos. Este caso se suscita en razón de una resolución dictada por el Departamento de Salud de Gran Bretaña autorizando el suministro de métodos anticonceptivos a las menores de 16 años, recomendando obtener -en la medida de lo posible- el consentimiento de sus padres. Ante esta resolución, la Sra. Gillick, madre de 5 hijas que no habían alcanzado los 16 años, solicita a las autoridades que le aseguran que sus hijas no recibirán anticonceptivos sin su autorización. Ante el silencio de la Administración, se presentó en la justicia. La Corte de los Lores, por mayoría, rechazó su petición, argumentando que la competencia o capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende sólo de la edad, sino también de la madurez del niño y de su idoneidad para comprender las consecuencias de su decisión. En consecuencia, quienes aun siendo menores de 16 años tengan madurez suficiente para ello pueden, por sí solos –y sin necesidad de contar con la autorización de sus padres- requerir asesoramiento médico y prestar su consentimiento para estas prácticas, Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, ob. cit., pág. 105 y ss

conceda un alcance más amplio a los derechos para el mayor número de personas”²⁷.

Del artículo 26 se desprende que la técnica legislativa ha sido acertada en tanto utiliza conceptos abiertos y flexibles que permiten una interpretación actualizada a la realidad –conforme indica el título preliminar de este cuerpo normativo-. Por tanto, los mismos requieren de una interpretación dinámica y actualizada a fin de que en aras de su aplicación no se vulneren los derechos de niños, niñas y adolescentes; por ello es imprescindible traer a colación la Resolución ministerial 65/2015 dictada por el Ministerio de Salud de la Nación en la que se indicaron los criterios de interpretación de la norma en análisis. Por ello, entonces, ante la pluralidad de fuentes, la interpretación proyectada por la Resolución 65/2015²⁸ respecto del criterio de “invasividad” es que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el art. 26, Cód. Civ. y Com., debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’, sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”. Esto se infiere a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como “invasivo que comprometa el estado de salud” sino que además se lo asocia a tratamientos que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”. Cabe remarcar que en los dos párrafos del art. 26 en que se menciona el término “invasivo” se lo asocia con el compromiso del estado de salud o el riesgo para la vida o integridad física. De esta forma, el cuarto párrafo refiere a “tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.” Y en el quinto, a “tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”²⁹.

Indica la resolución que la evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica. El riesgo de una

²⁷ Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 65/2015

²⁸ Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 65/2015

²⁹ Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 65/2015

práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. Las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para NNA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir. Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas sanitarias, y otras fuentes autorizadas y de reconocida calidad. Por otro lado, en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento de NNA, la interpretación adecuada del término “progenitores” del artículo 26 del CCyCN, (según el contenido del artículo 59 del CCyCN; ley de derechos del paciente; decreto de la ley de salud sexual) en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud³⁰. De esta manera, cualquier “allegado” (artículo 59 del CCyCN) o referente afectivo (artículo 7 Decreto 415/2006 reglamentaria de la Ley 26.160) podría asistir al NNA en el consentimiento de dichos actos³¹.

Pues bien, volviendo al análisis de las de las directivas anticipadas en niños, niñas y adolescentes, consideramos que si bien tanto el CCyCN como la ley de Derechos del Paciente hablan respectivamente de “plenamente capaz” y de “dieciocho años”, observamos que ante el desfraccionamiento que prevé el artículo 26 para los actos de salud, corresponde extender este criterio normativo a las directivas anticipadas. Coincidimos con Pelle cuando indica “No tiene lógica que se permita la toma de decisiones sobre el propio cuerpo aun ante riesgo de muerte desde los dieciséis años para una situación actual e inminente, y no se permita

³⁰ En este sentido se han pronunciado tanto el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 15 de 2013, en relación con la interpretación de los artículos 5 y 9, para los cuales entiende que se debe equiparar las responsabilidades y derechos de todas las personas que ejercen roles de cuidado ya sean “padres biológicos, adoptivos, de acogida, tutores legales o habituales, y personas con las que el niño tengo una “relación personal estrecha”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 21.

³¹ Resolución 65/2015

desde la misma edad disponer para el futuro mediante una DMA que, además, podría revocarse en el futuro”³². Por ende consideramos que se puede hacer extensivo el criterio de edad y de madurez suficiente previsto en el artículo 26 del CCyCN para propiciar la posibilidad de directivas anticipadas, ya que es un consentimiento futuro con variables similares al consentimiento actual. El criterio determinante para evaluar si es posible hacer una directiva, será como en el resto de los supuesto incluidos en el artículo 26, el análisis de la competencia y de la invasividad y riesgo de los diversos actos comprometidos. Finalmente, consideramos que a partir de los 16 años la mayoría anticipada para los actos médicos incluye todo tipo de actos, con lo cual a partir de esta edad la directiva anticipada se presenta como una posibilidad de proyectar el consentimiento diferido de la misma manera que ne el mundo de los adultos.

4. CONCLUSIONES

En el marco de las presentes conceptualizaciones, no podemos dejar de pensar en las posibles confluencias entre autonomía y paternalismo justificado. Desde una postura liberal se parte de la premisa de que el Estado no puede imponer modelos de planes de vida. Este principio de libertad, conceptualizado por Nino como principio de autonomía de la persona, significa que «siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de la virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”³³.

El humanismo puede desenvolverse a través de un modelo paternalista o bien abstencionista. La distinción parte de la concepción de que el desarrollo del ser humano no es unitario sino múltiple y multifacético, con lo cual, el devenir existencial puede ser dirigido por terceros o por el mismo sujeto en atención a los diversos fraccionamientos y

³² Pelle, Walter, “La edad mínima para otorgar válidamente directivas médicas anticipadas”, Fecha: 7-abr-2016, Cita: MJ-DOC-9830-AR | MJD9830, Producto: MJ,SYD, disponible en ar.microjuris.com/docDetail2?Idx=MJ-DOC-9830-AR&links=null, fecha de consulta: 1 de septiembre de 2021.

³³ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2 ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 204.

desfraccionamientos temporales, contextuales y epocales³⁴. Coincidimos con Goldschmidt, en que el régimen paternalista se justifica sólo cuando el protagonista y destinatario carece de la madurez suficiente para poder escoger su propio camino de personalización, ya que el ideal es el desarrollo activo y protagónico de cada persona³⁵. Por ende, ante el desarrollo de la competencia, debe propiciarse que cada persona puede trazar y delinear los bordes y contenidos de su autobiografía.

³⁴ Goldschmidt, Werner, *El principio supremo de justicia*, Buenos Aires, Belgrano, 1984, pág. 26.

³⁵ Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ta. Edición, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 440 y ss.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS

Por Claudia Zalazar¹ y José Fernando Márquez²

I. CONCLUSIONES

Proponemos que las Jornadas Nacionales de Derecho Civil resuelvan:

1. A los fines de valorar la capacidad del incapaz para brindar el consentimiento informado, las pautas contenidas en el artículo 26 del CCCN deben analizadas e interpretadas en cada caso, individualizando las potencialidades del menor adolescente y su grado de desarrollo (a través de una valoración interdisciplinaria).
2. En esa tarea, a los fines de determinar el acompañamiento de sus padres, en cada caso concreto se debe establecer el riesgo a la vida e integridad física (se trate de tratamientos invasivos o no invasivos) a través del comité de ética del ente de salud.
3. En el caso de los mayores de 16 años se debe considerar que la decisión libre y personal es sólo cuando se trate del “cuidado” de su propio cuerpo. Si el tratamiento pudiera inferir un daño a su salud, deberá estar acompañado por sus padres.

II. FUNDAMENTOS

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES ADOLESCENTES CONFORME A LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En el Código Civil y Comercial, a diferencia del anterior vigente desde la época de Vélez Sarsfield que hablaba de los menores púberes e

¹ Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigaciones en ciencias jurídicas de la Universidad Blas Pascal de Córdoba. Docente de la materia de derecho sanitario en el doctorado que dicta dicha universidad.

² Profesor Titular Derecho Privado VII- Facultad de Derecho- Universidad nacional de Córdoba.

impúberes, los menores de edad pueden ser simplemente menores (hasta los 13 años) o adolescentes (de los 13 a los 18 años).

El tratar de definir a la adolescencia implica entender al menor en su contexto vital, ya que: “es una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos. No es solamente un período de adaptación a los cambios corporales, sino una fase de grandes determinaciones hacia una mayor independencia psicológica y social (PINEDA; ALIÑO, 1999, p. 16).

El Código Civil y Comercial les reconoce a los menores de edad una serie de derechos a través del art. 26: En principio, la regla general es que ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Si tienen una edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En caso de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. Tienen derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como participar en las decisiones sobre su persona.

De la lectura de la norma mencionada surge que en materia del derecho a la salud de los adolescentes, se realiza una nueva subdivisión:

a) se presume que entre los trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

b) En el caso de tratamientos invasivos entre los trece a dieciséis que sí comprometen su estado de salud o pueden provocarle un riesgo en su vida o integridad física, éste debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores y, si existiese conflicto entre ellos, se resolverá teniendo en cuenta el interés superior del niño, sobre la base de las opiniones médicas respecto a las consecuencias que puede tener sobre la vida del adolescente el que se realice o no la práctica.

c) entre los dieciséis y los dieciocho años, directamente se deja de lado la presunción y el adolescente es considerado en todo lo que se refiere a las decisiones sobre “el cuidado” de su propio cuerpo como un adulto; para lo cual podría discutirse si se encuentra apto para tomar todas las decisiones o sólo aquellos que benefician dicho cuidado.

Sobre los motivos que han llevado a que se determinen estos grados de adaptación de la madurez en el menor de edad, se ha dicho que: La Convención sobre los Derechos del Niño no contiene una norma que expresamente se refiera al derecho de niños y adolescentes para decidir sobre el cuidado de su salud y su cuerpo y menos desde qué edad ello podría ocurrir. Sin embargo, ponderando los términos del art. 12 que garantiza el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, la mentada autodeterminación debe considerarse comprendida (HIGHTON DE NOLASCO, 2015, p. 5). Ahora bien, ello a nuestro criterio dista mucho de que pueda considerarse directamente un adulto para decisiones tan importantes.

Como vemos el Código Civil y Comercial recoge las principales directrices contenidas en las leyes especiales y toma muchos de sus principios rectores, principalmente el del interés superior, pero avanza en plantear una regulación más respetuosa de la autonomía progresiva de los niños y adolescentes a través por ejemplo de la presunción de la aptitud o madurez, de la figura del consentimiento «asistido» que viene a reemplazar al consentimiento por representación previsto en aquellas leyes, que sólo quedaría vigente para los menores de 13 años.

Distingue dos categorías dentro de los menores adolescentes, los que se encuentran en la franja etaria de trece a dieciséis años y los comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años, confiriéndoles la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud en función de su desarrollo por edad.

Si bien este sistema otorga precisión y seguridad jurídica en tanto simplifica la cuestión probatoria a través de la instalación de presunciones basadas en la edad y permite introducir el principio de la capacidad progresiva sin que se resienta la necesaria precisión de la norma, su texto plantea más dudas que certezas en cuanto a la interpretación de sus términos y al modo en que fueron redactadas las atribuciones correspondientes a cada categoría etaria.

Partiendo de un análisis exegético de la norma y recurriendo al aporte de la doctrina y la jurisprudencia, trataremos de precisar cuál es el verdadero alcance de los términos que incorpora el legislador y cuál es, en nuestro modo de ver, -a los fines de no tener que propiciar una reforma legislativa, el sentido interpretativo que debe darse a los supuestos regulados por el artículo 26 del Código Civil y Comercial.

2. DETERMINACIÓN DE LA EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE

En primer lugar, el Código habla de la edad y grado de madurez suficiente como criterios correctores de la incapacidad de ejercicio, a lo que se debe agregar que la madurez se rige en relación a cada caso en concreto. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, que requieren una necesaria valía profesional para poder definir sus efectos.

No es fácil concretar cuándo un niño ha llegado a una madurez suficiente en una determinada edad. Es sabido que existen pequeños que tienen una capacidad de comprensión y adaptación social mayor que la de otros, pero en eso también hay que tener presente que hay circunstancias vitales que los llevan a tener que adaptarse a su entorno.

Como es posible apreciar, el Código señala que el menor que tiene edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y, en el caso de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (hoy establecida por el abogado del niño).

Frente a estas premisas, hay que tener en cuenta el rol que cumplen los padres, es decir, encontrar la concordancia con la norma del Código que regula tal cuestión. Así, el art. 638 del Código Civil y Comercial refiere a la responsabilidad parental como un conjunto de obligaciones y derechos que tienen sobre sus hijos, su persona y sus bienes, de manera tal que propenda a la protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad (como es en este caso) y no sea emancipado.

A su vez, el art. 639 del Código Civil y Comercial señala los principios que regirán esta responsabilidad, indicando en primer lugar el interés superior del niño, luego la autonomía progresiva y, por último, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

En relación a la autonomía progresiva, se muestra el criterio de corrección inversa, por cuanto a medida que el niño discurre temporalmente y adopta ciertas características psicofísicas, adquiere ciertas aptitudes y se desarrolla, corresponde limitar la dependencia a la representación de los progenitores en relación al ejercicio de sus derechos. En consecuencia, si bien la regla sigue siendo que los padres son los representantes de sus hijos

menores de edad, a mayor capacidad o madurez del niño o adolescente, es menor la representación que ejercen sobre los mismos.

Una vez más, los conceptos jurídicos laxos sientan al jurista frente a la necesidad de determinarlos, por cuanto en estos casos, donde se trata de darle más libertad al niño, pero, al mismo tiempo, se trata de defenderlo en sus grados de inmadurez, entran en juego ni más ni menos que decisiones que atañen a la actuación civil del sujeto, que se agravan ante cuestiones sensibles como son el cuidado de su salud.

Una pregunta sencilla frente a estos supuestos es ¿cómo determinar que un niño, a una edad determinada, tiene un grado de madurez suficiente para poder ejercer por sí ciertos actos jurídicos? Aquí entra en juego la prueba, es decir, la forma de demostrar que el menor de edad tiene realmente ese halo de independencia que le permite actuar por sí.

¿Y la segunda pregunta es quién o quiénes hacen esa valoración? ¿El equipo interdisciplinario de que habla la salud mental o el multidisciplinario al que se refiere el CCCN en materia de familia (art. 706, CCCN)? ¿Sus padres? ¿El juez con una prueba anticipada si el tema ya ha sido judicializado?

De más está decir que la actividad probatoria en este caso no debe quedar en manos del propio niño, sino que es necesario adquirir una cierta diligencia que otorgue un grado de objetividad, por lo que la pericia interdisciplinaria podría ser una respuesta que brinde, a través de la imagen de varios profesionales, una solución al interrogante sobre si el menor puede o no actuar por sí solo.

En el presente todavía son cuestiones que tienen diversas interpretaciones y no cuentan con una solución unánime y muchas veces no satisfactoria.

3. LA CAPACIDAD DEL MENOR ADOLESCENTE PARA LAS PRESTACIONES SANITARIAS

Como ya se ha dicho, el Código, en miras a proteger el interés superior del niño y propiciar la capacidad progresiva del menor, limita la representación legal, por lo que ha transformado la regla en una cuasi regla,

por cuanto no todos los actos que se realizan en la minoridad requieren el consentimiento, por ejemplo, de los padres.

En materia de salud, se identifica en el CCCN la posibilidad de que el adolescente haga uso de su capacidad de ejercicio para adoptar por sí ciertas decisiones que afectan a su propio cuerpo. Tiene que ver, esencialmente, con la capacidad de decidir, de optar, de elegir por una u otra cuestión que atañe al ente que le proporciona la vida y que le otorga la capacidad de obrar como ser humano dentro del principio de autonomía del paciente.

Expresamente en su artículo 26 dispone: *«Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo».*

Como surge del texto citado, el sistema previsto en la norma se estructura a partir de presunciones legales y adopta el criterio de edades fijas a partir de las cuales se presume que el menor cuenta con capacidad natural suficiente para un determinado acto médico. Si bien es cierto que el art. 24 del CCCN enumera entre los incapaces a los que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente, o sea que se estaría refiriendo a la “capacidad”, algunos autores señalan que, particularmente, el art. 26 del CCCN, refiriéndose a los temas de salud y determinación sobre su propio cuerpo, no habla de “capacidad” en el sentido de capacidad jurídica sino como “aptitud” o “competencia”, señalando a veces con mayor precisión a la “competencia bioética”.

Si bien, en principio la redacción del art. 26 del CCCN otorgaría precisión y seguridad jurídica en tanto simplifica la cuestión probatoria a través de la instalación de presunciones basadas en la edad y permite introducir el principio de la capacidad progresiva sin que se resienta la necesaria precisión de la norma; su texto plantea más dudas que certezas en

cuanto a la interpretación de sus términos y al modo en que fueron redactadas las atribuciones correspondientes a cada categoría etaria.

En definitiva, se plantea una nueva interacción entre los conceptos de capacidad civil, autonomía progresiva y representación y nos coloca ante la cuestión de tener que determinar cuál es el alcance de las facultades reconocidas al menor para decidir por sí mismo ante un acto médico y prestar el consentimiento informado.

Siguiendo el esquema que hemos mencionado anteriormente es posible reconocer tres ámbitos de actuación del menor y sus responsables parentales:

– El de la representación: que corresponde a la primera infancia, caracterizado por una falta o escasa madurez en el niño que actúa a través de sus representantes legales. Ello no significa que no se le deba explicar al niño si está en condiciones de entender el tratamiento médico que se le pretende realizar

– El de la asistencia: propio de la primera adolescencia (de 13 a 16 años), donde se reconoce madurez para llevar a cabo ciertos actos y tomar decisiones personales sobre tratamientos y terapias médicas. No se trata pues de representación ni de sustitución sino más bien de un consentimiento participado: es el adolescente el que recibe la información y presta el consentimiento asistido por sus responsables parentales. La validez del acto estará supeditada a la existencia del consentimiento del menor.

En estos supuestos de mediar oposición de los padres, será el comité de bioética de cada nosocomio sanitario (que deben estar en funcionamiento conforme a la ley de derecho del paciente) el que debería intervenir en la toma de decisiones. De no llegar a un acuerdo, seguramente el tema quedará judicializado, con la intervención del perito correspondiente.

– El de la autonomía: comprensivo de los adolescentes de 16 a 18 años, que otorga un margen de actuación mayormente independiente, especialmente para las cuestiones atinentes al cuidado del propio cuerpo (con excepción de Ley N° 26.743/2012 de Identidad de Género, Ley N° 26.130/2006 de Intervenciones de contracepción quirúrgica, Ley N° 24.193/1993 de Trasplante de órganos y materiales anatómicos que, exigen la mayoría de edad (18 años) para ejercitar los actos médicos que ellas regulan). Sin embargo, la ley de aborto no punible (ley 27610) autoriza al menor adolescente de 16 años a acceder al IVE (Interrupción Voluntaria del

embarazo) o al ILE (Interrupción legal del embarazo) sin necesidad de estar asistidos.

4. TRATAMIENTOS INVASIVOS Y NO INVASIVOS: DETERMINACIÓN DE SALUD

Salvados los anteriores escollos de interpretación, debemos precisar que el Código distingue entre los tratamientos invasivos y no invasivos para otorgar la capacidad de ejercicio al menor adolescente.

Las prácticas no invasivas no son agresivas, tienen resultados rápidos, no requieren internación y son de pronta recuperación. A diferencia de ellas, las invasivas pueden implicar una agresión al cuerpo (o no), sus resultados no pueden apreciarse de un día al otro, sino que se constituyen en un proceso, el que en la mayoría de los casos requiere internación y cuya recuperación puede ser lenta. La medicina estética, por ejemplo, puede constituir en muchos casos un tratamiento no invasivo (FLUM, 2015).

El gran problema que surge del Código es que no hay una definición de tratamiento invasivo y no invasivo, y -nuevamente- enfrenta al jurista a un concepto jurídico indeterminado. Esta indeterminación no responde sólo al ordenamiento jurídico, sino también a la ordenación sistémica argentina, por cuanto no hay ningún órgano que defina a ciencia cierta qué tipo de tratamiento resulta invasivo o no, sino que se deja a la práctica galena la definición (según el paciente y la afección concreta), de lo que se considera invasivo o no, considerando que no resulta suficiente la Resolución 65/2015 en este sentido.

En el momento de que el menor adolescente quiera hacer uso de su capacidad de ejercicio para asumir las decisiones sobre el cuerpo, entonces, hay un arbitrio médico para determinar si hay invasión o no. Ante ello nos surge otro interrogante y es si el profesional de la salud es el más indicado para determinar en el caso concreto si existe una afección cuyo tratamiento es invasivo o no, o si debería existir un catálogo federal que otorgue certidumbre al momento de accionar y que, en el caso de estar en desacuerdo, permita una consulta a un comité especializado. Pensemos que también este concepto dependerá de las comorbilidades que pueda tener cada paciente en particular.

En una primera lectura, pareciera que la norma es clara y no ofrece duda sobre los supuestos contemplados: para llevar a cabo o someterse a tratamientos de salud que no resultan invasivos y no comprometan la salud

o provocan un riesgo a la vida o integridad física, el menor con más de trece años, puede decidir sobre ellos; en caso que los tratamientos sean invasivos o afecten su salud e integridad y puedan poner en grave riesgo su vida, deberá solicitar la asistencia de sus progenitores para llevarlos a cabo. Sin embargo, la ley de aborto punible establece que en estos casos el menor de 13 a 16 años puede tomar las decisiones correspondientes sobre el IVE o el ILE, como si de manera alguna se tratara de un tratamiento invasivo.

Como vemos esa claridad originaria se desvanece a poco que se ahonde en el análisis de los términos incluidos en la disposición dado que plantean algunos interrogantes que pueden resumirse en los siguientes: ¿cuál es el alcance de la alocución «aptitud»? ¿cuál es la clase de presunción que utiliza la norma, es *iuris tantum* o *iuris et de iure*?, ¿qué se entiende por tratamientos?, ¿se refiere a todos los tratamientos médicos sin limitación en cuanto a su naturaleza, quedando incluidos los preventivos, terapéuticos o curativos, los rehabilitantes y los estéticos?, ¿se incluyen los tratamientos médicos diagnósticos?, ¿cómo se interpreta el término «invasividad» de los tratamientos médicos?, ¿cuál es el alcance del concepto de «riesgo» de una práctica sanitaria?, ¿cómo se evalúa ese riesgo? (MALUF MARTINEZ, 2021)

En este punto se ha considerado que lo propicio es que el Estado o los efectores de salud reglamenten la aplicación de esta norma, realizando un nomenclador general que se considera invasivo o no, ya que esta inseguridad o vacío seguramente es uno de los temas que ha provocado la judicialización, supliendo el juez –con la pericia respectiva- la laguna para su aplicación. Cabe traer al análisis la Resolución 65/2015 de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación donde se establece que el criterio de «invasividad» utilizado por el artículo 26 del CCCN debe leerse como tratamientos de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud y agrega que «en los dos párrafos del art.26 que se menciona el término invasivo se lo asocia con el compromiso del estado de salud o el riesgo para la vida o la integridad física».

Claramente, esta resolución poco o nada aporta a esclarecer el alcance del término «invasivo» utilizado en el artículo 26 del CCCN, por lo que sería deseable que un instrumento destinado a funcionar como marco interpretativo de una normativa tan importante como lo es el Código Civil contuviera definiciones y postulados que permitieran realmente comprender el contenido y alcance de los términos en el utilizados.

Pero la cuestión no queda aquí, pues el Código expresamente alude a los tratamientos no invasivos que no «comprometen su estado de salud (del adolescente) o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física» (confr. párr. cuarto) y a los tratamientos invasivos que «comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida» (confr. párr. quinto). Temas que quedan dentro de la ética o conocimiento de los profesionales que estén atendiendo al menor.

De todas formas, consideramos que lo más grave es la plena capacidad que se le ha dado al menor adolescente de 16 años para decidir sobre su propio cuerpo, como si fuera una persona mayor de edad. Ya no se trata de una presunción, sino que directamente establece que puede decidir libremente sobre su propio cuerpo.

Ahora bien, el artículo no habla de tratamiento invasivos o no invasivos, pero si hace referencia al “cuidado de su propio cuerpo”, con lo cual la interpretación debería ser que sólo puede decidir sobre aquellas prestaciones de salud que no dañen su cuerpo lo que debería ser informado correcta y claramente por el facultativo (art, 59 del CCCN). De lo contrario, el médico debería pedir la interconsulta en el comité de ética correspondiente del ente asistencial y en su caso la asistencia de los progenitores.

Por último, si bien el art. 26 del CCCN establece que tienen una edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, no hay norma alguna que le permita realizar contratos médicos. Ello es así, ya que similar a la regulación del Código de Velez Sarfield el menor se encuentra autorizado a realizar los contratos de escasos valor (vgr comprar un alfajor) o los que puedan realizar a partir de los 16 con los frutos de su trabajo.

Se ha visto claramente que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación abren un abanico de posibilidades de actuación por parte de los menores en cuanto a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo, que da lugar a una serie de dilemas ético-normativos para los profesionales de la salud actuantes, para los comités de bioética de los institutos hospitalarios, para los padres de los menores; como vemos escapa solo a la órbita de los operadores jurídicos.

Si bien la norma ha querido tener presente al interés superior del niño y se ha marcado como norte este propósito, cierto es que el criterio de la autonomía progresiva ha sido demasiado precipitado y ha dado lugar a que

la norma posibilite una serie de decisiones que son, en cierta forma, desajustadas o poco proclives a la defensa del propio menor.

Este nuevo piso establecido por el Código ha dado lugar a una mayor judicialización de casos, cuando el objetivo de la norma era lo absolutamente contrario. Nuevamente, se traslada el problema a los jueces y juezas, quienes deberán bregar en sus decisiones no sólo por dar una respuesta ajustada a derecho, sino también suplir la competencia o aptitud del menor que puede actuar impulsivamente y siempre bregando por el interés superior del niño.

Por lo expuesto, no hay dudas que la norma lo que pretende es que se respete realmente al menor y su capacidad progresiva para tomar decisiones sobre su propio cuerpo, pero su amplitud y falta de precisión no deja de generar todavía a ocho años de su sanción inconvenientes a la hora de su aplicación.

Referencias

ÁVALOS, G. Consentimiento informado. In: THOMSON REUTERS. La Ley Online. Buenos Aires. 2011.

BANCOFF, P. El consentimiento informado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con la ley 26.529. In: THOMSON REUTERS. La Ley Online. Buenos Aires, 2011.

BERGEL, S. D. et al. Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: La Ley, 2015.

BERGER, S. M. Una nueva relación entre médico y paciente. In: THOMSON REUTERS. La Ley Online. Buenos Aires. 2011.

BRODSKY, J. M.; GARAVENTA, C. A. El consentimiento informado: guardián de la autonomía de la voluntad en el bioderecho. In: AIZENBERG, M. (Org.). Estudios acerca del derecho a la salud. Buenos Aires: La Ley, 2014.

CAMPS, C. E. La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil. In: THOMSON REUTERS. La Ley Online. Buenos Aires. 2011.

CARRANZA, G. G. La constitucionalización del derecho privado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. In: ZALAZAR, C. E. Impactos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Córdoba: Advocatus, 2017. p. 12-70.

FERNÁNDEZ, S. A. Comentario a los arts. 22 a 50. In:HERRERA, M.; CAMELO, G.; PICASSO, S. (Org.).Código civil y comercial de la nación comentado. Buenos Aires: Infojus, 2015. v.1.

FLUM, R. Tratamientos no invasivos: lo que tenés que saber.La Nación, Buenos Aires, 22 enero 2015. Moda y belleza. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1761905-tratamientos-no-invasivos-lo-que-tenes-que-saber>>. Acceso en: 5 dic. 2017.

FRISCALE, M. L; GIROTTI BLANCO, S. Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial.Microjuris. Buenos Aires. 2014.

HERRERA, M.: «Perspectiva contemporánea del principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes en las relaciones de familia», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., MOLINA DE JUAN, M. F. (Coordinadoras), Paradigmas y desafíos del derecho de las familias y de la niñez y adolescencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019.

HIGHTON DE NOLASCO, E. I. los jóvenes adolescentes en el código civil y comercial.In: THOMSON REUTERS. La Ley Online. Buenos Aires. 2011.

LORENZETTI, R. L.Código civil y comercial de la nación comentado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2014. v. 1.

MALUF MARTINEZ, Melina; “Autonomía de los menores” Cita MJ-DOC- 15885- AR/MJD 15885; 30.04.2021

MEDINA, G.; FAMÁ, M. V.; REVSIN, M. Responsabilidad de los profesionales médicos ante el incumplimiento del deber de informar. Revista de Derecho de Daños, Buenos Aires, n. 3, p. 39-84, 2003.

MORENO, G. D.: «El alcance de la autonomía progresiva de las personas menores de edad en el cuidado de su propio cuerpo» en Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes en especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.

PINEDA PÉREZ, S.; ALIÑO SANTIAGO, M. El concepto de adolescencia. In: MÁRQUEZ GALVEZ, R. (Org.). Manual de prácticas clínicas para la atención integral a la salud en la adolescencia. La Habana: MINSAP, 1999.

ZALAZAR, C. E.; CARRANZA, G. G. Desarreglos institucionales en materia de muerte digna: el resurgir de los desafíos de la federalización sanitaria argentina. *Revista de Derecho de la Familia y la Persona*, Buenos Aires, n. 1, p. 165-171, enero/feb. 2016.

Jurisprudencia

ARGENTINA. Cámara Civil y Comercial de San Francisco, 31.10.06, Sentencia N° 65 “Giner Horacio René c/ D:C:J:F: y Sanatorio Argentino SRI-Ordinario-Daños y perjuicios”.

ARGENTINA. Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 08/09/05, “Sambiase de Craviotto Myrtha a. c/ Hospital Británico de Buenos Aires y otro” RCyS 2006-IV-111, Carrer, ob. Cit. p.44.

ARGENTINA. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, 02/06/04 “G. de A. M c/ Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica” RC y S 2004-X, 44

DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE FRENTE A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO A DISTANCIA

Por Florencia Romina Gianfelici¹

I. CONCLUSIONES

1. Deber de información. La empresa de salud debe brindar al paciente información clínica relativa a su salud e información tecnológica sobre el uso de la plataforma empleada, tal los requisitos mínimos de hardware y software. Debiendo además ponderar la idoneidad del paciente en el uso de la tecnología a fin de evaluar si es posible proseguir con la prestación del servicio médico de que se trate a través de esta modalidad.

2. Consentimiento informado. El consentimiento sobre la información clínica y tecnológica debe ser prestado expresamente por el paciente y por separado, previo al inicio de tales prácticas. Dicho consentimiento deberá exteriorizarse por el mismo medio electrónico utilizado.

3. Revocación del consentimiento. El consentimiento del paciente podrá ser revocado antes de que la prestación de salud se efectivice. Tal revocación deberá facilitarse a través de la implementación, dentro de la plataforma de telemedicina, del denominado "Botón de arrepentimiento".

II. FUNDAMENTOS

Tratándose la Telemedicina de la prestación del acto médico a distancia a través del uso de las Tecnologías de la Información y

¹ Abogada. Especialista en Derecho de Daños (FCJS-UNL). Especialista en Derecho Informático (UBA). Especialista en Derecho de la Empresa (FCJS-UNL). Profesora ayudante de cátedra. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. La que suscribe cuenta con el aval del Dr. Mario César Gianfelici. Profesor titular ordinario por concurso en Derecho de las Obligaciones y Profesor titular ordinario por concurso en Derecho de los Contratos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

Comunicación², al deber de información clínica sobre la salud del paciente, se le suma un deber de información tecnológica. Tal deber implica brindar en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz³ y suficiente sobre las características esenciales del servicio prestado⁴ y las condiciones de su comercialización⁵, (arts. 1107 y 1110, CCCN y art. 4 de la Ley 24.240). Por ejemplo, debería informarse sobre cómo y cuándo se realizará la práctica de salud, espacio físico adecuado al efecto⁶, manera de acceder a ella, técnica a aplicarse y su duración, opciones alternativas de atención, costos, así como los posibles riesgos inherentes a la tecnología empleada que puedan afectar su estado de salud. Incluso el “Documento de Buenas Prácticas para la Teleconsulta” agrega que se deberá consensuar con el paciente un canal alternativo de comunicación ante la eventual interrupción de la consulta (apdo. 5, a.2, DBPT) o la posibilidad de convertir la teleconsulta en una consulta presencial (apdo. 4, c.5, DBPT).

Igualmente, resulta imprescindible que antes de iniciarse la consulta y en aras a disminuir brechas digitales (apdo. 4, c.7, DBPT), se informe al paciente sobre los aspectos mínimos requeridos de hardware⁷ y software de los dispositivos tecnológicos a utilizarse, a fin de verificar su compatibilidad e interoperabilidad con la plataforma empleada (tales,

² MINISTERIO DE SALUD, “Resolución 3316/2023, Anexo I, Directrices de Organización y Funcionamiento para la Teleconsulta (DOFT), apdo. 2, inc. b, 24/10/2023. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/297656/20231102>

³Para verificar la eficacia de la información recibida, se recomienda que al cierre de la teleconsulta, el profesional de la salud repase las indicaciones suministradas y verifique su comprensión por el paciente (apdo. 5, a.3, DBPT).

⁴En este sentido el DBPT considera “relevante” que las empresas de salud que brinden el servicio a través de la telemedicina, incluyan de manera precisa dicha modalidad dentro de las cartillas u ofertas de servicios disponibles (apdo. 4, c.12).

⁵La DOFT establece la recomendación de contar con un manual de procedimiento auditable donde los prestadores de salud garanticen a los pacientes el total entendimiento de los beneficios y potenciales riesgos del uso de las tecnologías para su atención, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 5 a 10 de la Ley 26.529 y el art. 59 CCCN (apdo. 5).

⁶En lo que hace al espacio físico, se recomienda solicitar a los pacientes que la consulta se lleve a cabo en un ambiente con condiciones acústicas y luz adecuada, a fin de poder identificar fácilmente a los intervinientes y un comunicación sin interrupciones (apdo. 5, a.1 y b.1, DBPT).

⁷ Con relación a la estructura, particularmente en lo que hace al uso de la Tecnología, se destaca la importancia de contar con una cámara web, micrófono y altavoces o auriculares (apdo. 5, b.2, DBPT).

sistema operativo, versión necesaria, capacidad de almacenamiento, velocidad a internet, batería, etc.)⁸.

La doctrina no es coincidente con relación a quién debe suministrar esta información técnica. Así, algunos sostienen que tal deber esté en cabeza de un técnico informático, por tratarse de información que hace a su *expertise*⁹. Por el contrario, otros sostienen que debe estar a cargo del galeno, quién debe contar con la formación suficiente sobre el funcionamiento de plataformas de telemedicina¹⁰. En esta última postura se enrola el Documento de Buenas Prácticas que venimos comentando, estableciendo que el equipo de salud, no sólo será quien suministre la información al paciente, sino que además quién evaluará su idoneidad en el uso de la tecnología a fin de evaluar si es posible proseguir con la prestación del servicio médico de que se trate a través de esta modalidad (apdo. 5, a.2, DBPT)¹¹.

Ambos contenidos informativos, uno sobre el uso de la telemedicina y el otro sobre la consulta asistencial en sí misma, son presupuestos del consentimiento informado que debe requerirse expresamente al paciente previo al inicio de tales prácticas (apdo. 5, a.2, DBPT). Es por ello que se recomienda que tales consensos se presten por separado, de manera que el paciente pueda expresarlos voluntariamente¹². Consentimiento, claro está que será exteriorizado por el mismo medio electrónico utilizado, como por ejemplo a través del sistema de *clickwrap*.

Sin perjuicio de ello, el consentimiento del paciente puede ser verbal a condición de que quede documentado al inicio de la grabación

⁸ Apartado 5, a.1, DBPT.

⁹ NAVAS NAVARRO, “Salud Móvil” en NAVAS NAVARRO, Susana, *Salud e Inteligencia Artificial desde el derecho privado. Con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid 2019)*, 1era. Edición., Editorial Comares, Granada, 2021, p.83. Incluso se alude que tal información la debería suministrar el desarrollador de la plataforma o su comercializador.

¹⁰ CAMACHO CLAVIJO, Sandra, “La Telemedicina en la Pandemia por el Covid-19. Cuestiones jurídicas. De la utilidad a la necesidad de una asistencia sanitaria online” en NAVAS NAVARRO, Susana, *Salud e Inteligencia Artificial desde el derecho privado. Con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-2019)*, 1era. Edición, Editorial Comares, Granada, 2021.p. 122.

¹¹ En igual sentido apdo. 5, DOFT que recomienda que el galeno analice las condiciones del paciente para brindar su consentimiento.

¹² CAMACHO CLAVIJO, Ob. cit., p.123

(apdo. 5, a.3, DBPT) en aquellos casos que justifiquen (apdo. 5, DOFT) la grabación de la consulta o captura de alguna imagen de la atención provista.

La información que debe suministrarse al paciente a los fines de que éste brinde su consentimiento incluye la relativa a la posibilidad de revocarlo, antes de que la prestación de salud se efectivice (arts. 33 y 34, Ley 24.240; y arts. 1110 y ss., CCCN).

Conforme la Resolución N° 424/2020 de la Secretaria de Comercio Interior¹³ se implementó un novedoso dispositivo para ejercer tal revocación. Dispuso que los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web deberán tener publicado en un lugar visible dentro de ellas, un link de acceso fácil y directo, denominado “Botón de Arrepentimiento”, mediante el cual el consumidor podrá solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado. Consideramos que esta herramienta es sumamente útil en aquellos casos en los cuales el paciente habiendo pagado la consulta se cansa de esperar para ser atendido. En tal caso, la pasarela de pago instrumentada en la misma plataforma debería ser el medio para que opere la restitución de las sumas efectivamente abonadas por la consulta frustrada.

Igualmente el deber de información se integra con el deber del galeno de identificarse adecuadamente, indicando su nombre completo, profesión, especialidad y empresa de salud a la que pertenece (apdo. 5, a.2, DBPT)¹⁴.

Para la identificación de manera unívoca, el art. 3 del D. 98/2023 establece que deberá realizarse a través de la “Licencia Sanitaria

¹³MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, “Resolución N° 424/2020”, 01/10/20. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/235729/20201005>

¹⁴El deber de identificarse del personal de atención al consumidor ya había sido previsto, genéricamente, en el art. 7, del Anexo de la Resolución N° 1033/22, por la cual se establecen “Parámetros obligatorios de calidad para los servicios de atención y comunicación a distancia”. MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, Secretaria de Comercio Interior, “Resolución N° 1033/2021”, 06/10/2021. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/250750/20211012>

Federal”¹⁵, la cual incluirá a todas las matrículas habilitantes de los profesionales de la salud, registrados en la Red Federal de Registros de Profesionales de la Salud (apdo. I, Anexo I, Res. N° 304/2023)¹⁶. Esta licencia irá acompañada de una Clave Única de Identificación de Profesional Sanitario, que les permitirá acceder a los galenos a los sistemas interoperables previstos en la ley 27.706 que establece el Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de Historias Clínicas de la República Argentina.

¹⁵Según el art. 5 de la Res. 304/2023 del Ministerio de Salud, dicha Licencia se tramitaría a través del Perfil Digital del Ciudadano “Mi Argentina”, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/miargentina>

¹⁶MINISTERIO DE SALUD, [Resolución N° 304/2023](#), 27/02/2023. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/281776/20230228> Dicha licencia será complementaria a las otras matrículas vigentes que tenga el profesional y mantendrá su validez, mientras dure la de aquellas. El requisito de la autenticación de las personas, agentes, profesionales y auxiliares de la salud que intervengan en el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas es igualmente exigido por el art. 6 inc. c) de la Ley 27.706.

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS Y
TRATAMIENTOS MÉDICOS EN ADOLESCENTES: NECESIDAD DE
ADECUAR EL ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL A
LAS EVIDENCIAS CIENTÍFICAS SOBRE EL DESARROLLO
MADURATIVO**

Por María Bibiana Nieto¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Los párrafos 4°, 5° y 6° del artículo 26 del Código Civil y Comercial deben interpretarse respetando la autonomía progresiva del adolescente en armonía con el interés superior del niño y los deberes-derechos de los padres.

De lege ferenda

2. Propongo modificar el artículo 26 en los párrafos 4°, 5° y 6° a fin de adecuarlo a las evidencias científicas ofrecidas por la medicina y la psicología.

3. Propongo determinar desde los 13 años y hasta la mayoría de edad, el procedimiento de doble consentimiento para tratamientos o actos médicos con ciertos riesgos para la salud o integridad física del adolescente, cuya peligrosidad deberá ser determinada por los médicos de la especialidad implicada.

4. Propongo la supresión de la calificación de tratamientos invasivos y no invasivos que pueden estimarse incluidos en la consideración y ponderación del grado de riesgo para la salud o la integridad física del menor de edad.

¹ Abogada (UCA). Doctora en Ciencias de la Educación (Universidad de Navarra) Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora Titular de las asignaturas Principios de Derecho Privado, Instituciones de Derecho Civil, Metodología de la Investigación Jurídica y Taller de Escritura Jurídica y Uso de las Fuentes de Información, en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La bioética es una transdisciplina que ha contribuido de manera decisiva a reconocer la dignidad inalienable del paciente y su consecuente derecho a la autodeterminación. Justamente en uno de sus principios, el de autonomía, se funda la regla del consentimiento informado,² receptada en nuestra legislación.

El consentimiento informado es el “consentimiento libre, voluntario y consciente prestado por un paciente en el pleno uso de sus facultades o, en su defecto, por sus representantes, familiares o allegados, requerido para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud después de recibir la información adecuada y valorar las opciones del caso.”³

Como señala Tobías, el “informado” no es el consentimiento, sino el paciente que expresa su voluntad. Sin embargo, puede aceptarse la terminología, en la medida en que se tenga en claro que es una manifestación unilateral del paciente una vez que ha terminado el proceso de comunicación de la información relevante, completa y precisa por parte del profesional, que posibilita tomar una decisión.⁴ Es decir que, el consentimiento informado es la consecuencia de un acto anterior que es la recepción de la información clara, precisa y adecuada.⁵

Conforme a la normativa jurídica vigente el consentimiento informado para actos médicos es un principio fundamental y un derecho de todo paciente. A su vez, el médico tiene el correlativo deber de informar, de manera clara, completa y adecuada, como condición necesaria para

² Cfr., Hooft, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis, 2022, p. 19.

³ “Consentimiento Informado, 1º acepción,” en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario panhispánico jurídico del español jurídico*, Madrid, Santillana, Edición digital 2023.

⁴ Cfr., Tobías, José W. “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY 16/12/2019*. Cita *on line*: AR/DOC/3915/2019. Sobre el origen histórico de la institución del consentimiento informado y su evolución en Argentina, ver: Cecchetto, Sergio, “Antecedentes históricos del consentimiento del paciente informado en Argentina”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 6 (1) Junio, 2001, pp. 7-14.

⁵ Cfr., Gherzi, Carlos, “¿Consentimiento informado? La influencia del contexto y la elocuencia de los hechos en el paciente”, *El Dial.com*, 26/2/2016. DC2091.

posibilitar el discernimiento del paciente y el respeto de su autonomía y dignidad personal. En definitiva, para la efectividad del derecho de autodeterminación, la bioética y el Derecho exigen “que en cada caso se ponga a la persona en situación real de prestar -o negar- su consentimiento informado, libre y esclarecido.”⁶

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN⁷

En primer lugar, el artículo 55 del CCC exige, para disponer de los derechos personalísimos, la presencia de un consentimiento informado expreso, de carácter no presunto y de interpretación restrictiva. Además, establece que el consentimiento es en principio admitido -salvo que resulte contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres- y es libremente revocable.

El artículo 59 CCC define el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, y detalla la información que debe comunicarse al paciente junto con la manera de hacerlo, para que el asentimiento sea válido.

“El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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;

⁶ Hooft, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis, 2022, p. 20.

⁷ En adelante se citará CCC.

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

Para que el consentimiento sea válido, el acto debe ser voluntario, es decir, realizado con discernimiento, intención y libertad.⁸ Por esa razón, el artículo contempla los casos en los que las personas pueden estar impedidas o limitadas en la aptitud para consentir un acto médico. Al ser el consentimiento informado un acto jurídico unilateral, se aplica la teoría general de los vicios de los actos jurídicos. “El acto de expresión del consentimiento del paciente a una práctica médica puede estar viciado por

⁸ Cfr., art. 260 CCC.

error (arts. 265 a 270, CCC), por dolo (arts. 271 a 275, CCC), por violencia o por intimidación (arts. 276 a 278, CCC).”⁹

a) El consentimiento informado del menor de edad

a.1. El principio de autonomía progresiva

Para comprender las aristas que presenta el requisito del consentimiento informado para actos médicos en menores de edad, se deben analizar las normas de capacidad y el principio de autonomía progresiva.

El artículo 24. b) del CCC determina que son incapaces de ejercicio las personas que no cuentan con “la edad y grado de madurez suficiente”, con el alcance dispuesto en la Sección 2º -arts. 25 a 30 del CCC-, que regula la capacidad de la Persona menor de edad. El artículo 25 establece que el menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años; y denomina adolescente a la que cumplió trece años.

El artículo 100 establece la regla general: “...Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.” A continuación, el artículo 101, b) expresa que son representantes “de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.”

La mayoría de edad y la consiguiente capacidad de ejercicio en forma plena, se obtiene al cumplir los 18 años. Por lo tanto, la regla es que el niño es, en principio incapaz de ejercicio hasta alcanzar la mayoría de edad.¹⁰

⁹ López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)”, *ED 266-703*, 11-02-2016. Cita Digital: DCCLXXV-772.

¹⁰ Esta postura es sostenida por la doctrina de manera predominante. En este sentido ver: Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, Bahía Blanca, Conclusiones de la Comisión 1, “MENORES. 7.- Despacho A (Mayoría) En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio.” (Disponible en: <https://jndcbahiablanca2015.com/category/conclusiones/>; consultado: 5/8/24) Para una relación de los numerosos autores que coinciden con esta afirmación, ver: Lafferriere,

El CCC siguiendo los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño¹¹, receptados por la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes,¹² adopta el sistema de autonomía progresiva, que promueve el otorgamiento de aptitud para realizar ciertos actos y tomar algunas decisiones por parte de los menores, al cumplir determinada edad y tener el grado de madurez requerido para comprender el significado y las consecuencias del acto a realizar.¹³

Alcanzada la edad prevista, la madurez se presume. Aunque es sabido que el desenvolvimiento madurativo y el grado de discernimiento del niño que se da con el paso del tiempo, no se obtiene al cumplir una edad concreta. En efecto, la evolución de las facultades del niño está condicionada por diversos factores -la familia, la escuela, el entorno social y cultural-, que harán que, a cierta edad, tenga aptitud para decidir sobre algunas situaciones y carezca de discernimiento para otras.¹⁴ Por eso, es necesario evaluar cada caso concreto que se presente, para evitar poner al niño en situación de decidir en un asunto cuyo significado y alcance no comprende, o privarlo de

Nicolás, “¿Sólos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, en *Revista De Derecho*, (16), UCUDAL, 2017, p. 69. DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i16.1353> En opinión contraria, y en franca minoría, Torrens afirma que “...existen limitaciones jurídicamente estipuladas a la capacidad de obrar de los menores de dieciocho años, pero esto no autoriza a que se categorice a dicho grupo como incapaces, como lo enuncia el art. 34, inc. b) del Cód. Civil y Comercial.” Torrens, María C., *Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 262.

¹¹ Convención de los Derechos del Niño, arts. 5° y 12°. En adelante se citará CDN.

¹² En el art. 3° la ley 26.061 (B. O. 26/10/205), además de definir el significado del Principio del interés superior del niño, ofrece criterios para la aplicación del Principio de autonomía progresiva del menor de edad.

¹³ Para un análisis de la aplicación del principio de autonomía progresiva en la Leyes 26.529 de *Derechos del Paciente* (B.O. 20/11/2009), 26.749 de *Identidad de Género de las Personas* (B.O. 24/5/2012) y 27.447 de *Trasplante de Órganos y Tejidos y Células* (B.O. 26/7/2018) ver: Rivera, Julio César, “Autonomía progresiva” en Tobías, José W.- Sambrizzi, Eduardo A. (dirs.) *Estudios sobre la persona humana en homenaje al académico Guillermo A. Borda*, Thomson-Reuter, e-book, 2024, p. 487. TR LALEY AR/DOC/1331/2024

¹⁴ Cfr., Grootens-Wiegers, P.- Hein, I.M. - van den Broek, J.M. *et al*, “Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects”, *BMC Pediatr* 17, 120 (2017), p. 2. DOI: <https://doi.org/10.1186/s12887-017-0869-x>

ejercer su libertad de elección cuando tiene la madurez necesaria para hacerlo.

En definitiva, a medida que el niño se desarrolla física y psíquicamente, y adquiere mayor nivel de discernimiento, se le debe hacer participar en la toma de decisiones de asuntos que lo involucren. En este sentido, el CCC establece que los progenitores, en el ejercicio de la responsabilidad parental, deben favorecer la autonomía de los hijos, limitando progresivamente su injerencia en las decisiones que los menores están en condiciones de tomar por sí mismos.¹⁵ En este proceso, el niño deberá ser escuchado y tenida en cuenta su opinión cuando alcance el grado de discernimiento requerido para comprender las consecuencias de los actos concretos que afectan sus intereses.

a.2. El artículo 26, párrafos 4º, 5º y 6º del CCC

Para los niños, el requisito del consentimiento informado presenta peculiaridades que el CCC contempla de manera imprecisa y confusa. Esto exige al intérprete armonizarlo con las demás normas implicadas, y sobre todo con las de mayor jerarquía: la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de raigambre constitucional, especialmente la Convención de los Derechos del Niño.

El artículo 26 determina que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.”¹⁶ Y agrega “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.”¹⁷

La norma es clara en su afirmación de que el menor de edad es incapaz de ejercicio, y que cuando la ley lo prevé, si tiene la edad dispuesta

¹⁵ El CCC al determinar los principios que rigen la responsabilidad parental, reafirma los principios informadores de la regulación de la minoridad contemplados en la Convención de los Derechos del Niño y en la ley 26061: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Cfr., art. 639 CCC.

¹⁶ Art. 26, párr. 1º.

¹⁷ Art. 26, párr. 2º.

y la madurez suficiente para comprender las consecuencias de los actos permitidos, puede ejercerlos por sí mismo. También reconoce su derecho a ser oído en los procesos judiciales que lo involucren y a participar en las decisiones sobre su persona.¹⁸

El artículo 26, en los párrafos 4º, 5º y 6º regula específicamente el ejercicio de los derechos vinculados a la salud, por los menores de edad.

Art. 26, párr. 4º: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

párr. 5º: “Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.”

párr. 6º: “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

En definitiva, la aptitud del menor de edad para otorgar el consentimiento informado, según el tipo de tratamiento o acto médico, es determinada por los siguientes criterios legales:

a. El adolescente de los 13 a los 15 años

a.1. Puede decidir por sí mismo sobre un tratamiento o acto médico no invasivo y que no comprometa su estado de salud o provoque un riesgo grave en su vida o integridad física. Ej. hacerse una radiografía, una tomografía computarizada, un examen ocular estándar. También puede decidir por sí mismo el uso de dispositivos como audífonos, férulas externas y yesos.

a. 2. Debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores si se refiere a un tratamiento o acto médico invasivo que comprometa su estado de salud o provoque un riesgo grave en su vida o

¹⁸ Cfr., Art. 26, párr. 3º.

integridad física. Por ejemplo, para hacerse todo tipo de cirugías, una endoscopia, una colonoscopia o una biopsia.

b. El adolescente a partir de los 16 años alcanza la “mayoría de edad sanitaria”

Es decir, que podrá decidir por sí mismo en todo lo atinente al cuidado de su propio cuerpo.

a.3. La interpretación del artículo 26, párrafos 4º, 5º y 6º del CCC

Entre los problemas de hermenéutica que presenta la redacción de la norma está la distinción entre tratamientos invasivos y no invasivos.¹⁹

Ciertos autores, en doctrina, han realizado interpretaciones peligrosas para el interés superior del niño acerca de los alcances de los párrafos 4º, 5º y 6º del artículo 26 CCC.²⁰ Por ejemplo, se ha considerado acto médico del cuidado del propio cuerpo el aborto. Por lo que el adolescente a partir de los 16 años lo puede decidir por sí mismo. Y los menores de 13 a 16 años, también, “atento a que de conformidad con el avance de la ciencia y que la interrupción del embarazo se suele hacer mediante la ingesta de un medicamento (misoprostol y mifepristona) se estaría ante un procedimiento que no pone en riesgo la vida ni la integridad física de la mujer.”²¹ En el mismo sentido, el Ministerio de Salud, a pocos meses de la entrada en vigor del CCC, estableció mediante la Resolución 65/2015, un marco interpretativo del artículo 26,²² con el asesoramiento de

¹⁹ Para un exhaustivo análisis de estos conceptos y los problemas que acarrea la previsión del párr. 5º respecto de los conflictos entre el menor y sus representantes legales, ver: Rivera, Julio César, “Autonomía progresiva” en Tobías, José W.- Sambrizzi, Eduardo Antonio, Estudios sobre la persona humana en homenaje al académico Guillermo A. Borda, Thomson-Reuter, e-book, 2024, p. 487. TR LALEY AR/DOC/1331/2024

²⁰ Ver: Herrera, Marisa, “Autonomía progresiva de niñas y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re) construcción”, en *Pensar en Derecho*, n°14, año 8, (2019) pp. 39-58.

²¹ Fernandez, Silvia E.- Herrera, Marisa- Lamm, Eleonora, “El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud”, *LL*, 28/11/2017. Cita on line: AR/DOC/2904/2017

²² Ministerio de Salud, Secretaría de Salud Comunitaria, *Resolución 65/2015* (B.O. 8/1/2016)

especialistas en derechos sexuales y reproductivos y de juristas que integraron el equipo de redacción del CCC.²³

Estas interpretaciones, entre otras inconsistencias, contradicen las evidencias científicas que demuestran que los medicamentos anticonceptivos no son inocuos para la salud y pueden ocasionar la muerte no sólo del concebido, sino también de la mujer que los ingiere.²⁴

3. LA DETERMINACIÓN DE EDADES LEGALES PARA OTORGAR CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES VINCULADAS A LA SALUD DEBEN FUNDARSE EN EVIDENCIAS CIENTÍFICAS

El dilema que presentan las presunciones de madurez del artículo 26, párr. 4º, 5º y 6º se debe a que no se basan en evidencias científicas, y contrarían los derechos de los menores de edad y los de sus padres o tutores, reconocidos en normas de raigambre constitucional.²⁵

Para saber cuándo los niños alcanzan el discernimiento -para dar su opinión, participar en la decisión o decidir por sí mismo en las diferentes situaciones que se presentan y afectan su vida-, es preciso tener en cuenta los datos que ofrecen las ciencias, particularmente la medicina y la psicología.

Respecto al consentimiento informado para actos médicos, actualmente no existe una herramienta sistemática para evaluar la competencia del menor para la toma de decisiones y existe una falta de consenso sobre la edad para consentir en cuestiones de salud.²⁶ En este sentido, es importante tener en cuenta, como ya se dijo, que la madurez de

²³ Dras. Nelly Minyersky, Eleonora Lamm, Silvia E. Fernández y Marisa Herrera.

²⁴ Cfr., Bottini de Rey, Zelmira y otros, *Métodos anticonceptivos: Información para conocer, discernir y decidir*, Educa, Buenos Aires, 2019.

(Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11470> ; Consultado: 5/8/24)

²⁵ Ver: Vitolo, Alfredo M., “La familia en la Constitución Nacional, Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario”, Eugenio Luis Palazzo (dir), *El Derecho*, Buenos Aires, 2012, pp. 721-724; Néstor P. Sagüés, Nestor P., “El Derecho Constitucional de la Familia”, en *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 843-854.

²⁶ Cfr., Boceta Muñoz, Reyes- Martínez Casares, Olga- Albert Márquez, María Marta, “El consentimiento informado en el menor maduro: comprensión y capacidad de decisión”, en *Anales de Pediatría vol. 95, n. 6, (2021)* p. 415.

los niños no depende sólo de la edad, sino de los grados de desarrollo psicoevolutivo, de factores socioambientales y familiares.²⁷

El Derecho a fin de salvaguardar el interés superior del niño, debe apoyarse en información científica, al determinar las edades legales de capacidad para decidir por sí mismo en el cuidado de su propio cuerpo.

La adolescencia es la etapa del desarrollo que transcurre entre la niñez y la adultez, en la que, como es sabido, se producen profundos cambios físicos, psíquicos y sociales. Entre estos, cobran relevancia las modificaciones morfológicas y fisiológicas que afectan al cerebro en tres zonas clave: la amígdala, la corteza prefrontal y el cuerpo estriado ventral. La amígdala que es el núcleo neuronal que genera las emociones, se vuelve hiperreactiva.²⁸ La corteza prefrontal que tiene como función, entre otros procesos cognitivos, el permitir la reflexión, planificar, tomar decisiones basadas en razonamientos y la gestión de los estados emocionales, se reestructura de manera profunda, adquiere nuevas conexiones y elimina otras. Por esa razón, durante ese proceso, su funcionamiento pierde eficacia. Por último, la madurez del estriado, que es la zona del cerebro que genera sensaciones de recompensa, está íntimamente relacionado con la motivación, el probar nuevas experiencias y sensaciones, el romper con los límites establecidos, el valorar con intensidad los refuerzos que le llegan de su entorno -sobre todo de sus iguales- con independencia de que sean positivos o negativos.

Estos cambios en conjunto producen en el adolescente la hiperreactividad emocional, combinada con la búsqueda de nuevas sensaciones gratificantes y con una baja capacidad de control ejecutivo de los impulsos y de la conducta en general.²⁹

²⁷ Cfr., Van Rooyen, A.- Water, T.-Rasmussen, S.y otro, “What makes a child a ‘competent’ child?”, en *The New Zeland Medical Journal*, vol. 128, n° 1426, 2015, p. 88.

²⁸ Esa es la razón por la que, ante cualquier situación, los adolescentes responden de forma emocional, con mayor rapidez e intensidad que antes.

²⁹ Cfr., Bueno i Torrens, David, “El cerebro adolescente: época de cambio y transformación” en *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, vol. XI (2)-mayo-junio 2023, pp. 80-81.

En definitiva, la gran plasticidad del cerebro durante la adolescencia produce la alteración de los patrones de conducta y de toma de decisiones, lo que produce un estado de vulnerabilidad.³⁰

Por las evidencias científicas sobre el desarrollo madurativo del adolescente propongo:

De lege lata:

Los párrafos 4º, 5º y 6º del artículo 26 del Código Civil y Comercial deben interpretarse respetando la autonomía progresiva del adolescente en armonía con el interés superior del niño y los deberes-derechos de los padres.

De lege ferenda:

-Modificar el artículo 26 en los párrafos 4º, 5º y 6º a fin de adecuarlo a las evidencias científicas ofrecidas por la medicina y la psicología.

-La supresión de la calificación de tratamientos invasivos y no invasivos que pueden estimarse incluidos en la ponderación del grado de riesgo para la salud o la integridad física del menor de edad.

-Determinar desde los 13 años y hasta la mayoría de edad, el procedimiento de doble consentimiento para tratamientos o actos médicos con ciertos riesgos para la salud o integridad física del adolescente, cuya peligrosidad deberá ser determinada por los médicos de la especialidad implicada.

Justifico la propuesta en la etapa de inestabilidad y cambios que caracteriza la adolescencia y en el rol que tienen los progenitores³¹ en orden a acompañar y crear el contexto para la toma de decisiones por parte del niño, en preparación para ejercer su autonomía de modo responsable al alcanzar los 18 años.

³⁰ Cfr., Grootens-Wiegers, P.- Hein, I.M. - van den Broek, J.M. *et al*, “Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects”, *BMC Pediatr* 17, 120 (2017), pp. 6-7.

DOI: <https://doi.org/10.1186/s12887-017-0869-x>

³¹ Cfr. art. 646, en el que se enumeran los deberes de los progenitores.