

Introducción. Aportes del Centro de Derecho Civil de la UCA al estudio del consentimiento informado para actos médicos

por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

Tengo el agrado de presentar este suplemento especial de EL DERECHO, que recoge trabajos de profesores de la Universidad Católica Argentina en torno al tema del consentimiento informado para actos médicos. El mismo corresponde a la comisión nro. 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizarán en la Universidad Austral en septiembre de 2024, presididas por Ignacio Alterini. Este suplemento surge como iniciativa del Centro de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica Argentina y El Derecho, y aborda una variedad de cuestiones vinculadas con la temática de la comisión: aspectos generales del consentimiento informado (en un trabajo de Lamanna Guinazú, Fossaceca y Moreyra, y otro de Petrelli y Tejerina); el consentimiento en niños, niñas y adolescentes, tal como es regulado por el artículo 26 del Código Civil y Comercial (con dos trabajos elaborados por Nieto y Muñiz), y el tema del consentimiento por representación (a mi cargo).

A modo de introducción al suplemento, considero oportuno compartir las reflexiones que presenté en las jornadas preparatorias de las “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil” que se realizaron el 1 de julio de 2024 en la Universidad Nacional de La Plata, organizadas por la Dra. Valeria Moreno y uno de los destacados juristas en cuyo honor se realizan las jornadas nacionales del mes de septiembre, el Dr. Luis F. P. Leiva Fernández. El Dr. José W. Tobías –otro jurista homenajeado– también estará presente en esta introducción; considero que es el autor que analiza más a fondo el tema que nos convoca en la comisión 1, “Consentimiento informado para actos médicos”. También es justo el homenaje al querido y recordado Jorge H. Alterini.

Esta introducción ofrece un recorrido por las que considero son algunas de las cuestiones abiertas que presenta el tema. Desde ya, se trata de enunciar las cuestiones, sin ingresar a su consideración de fondo, algo que excede el objetivo de esta presentación y que seguramente será el objeto de debate en las Jornadas de septiembre de 2024.

Ya la misma denominación elegida (consentimiento informado) es algo que está en debate, desde que autores como Tobías y Mayo entienden que, en sentido propio, estamos ante un “asentimiento”. Sin embargo, es la terminología usada por la ley 26.529 y el Código Civil y Comercial (CCC), y entiendo que no debería haber mayor discusión sobre el asunto.

En cuanto al fundamento del instituto, conviven posturas que lo ubican en el derecho personalísimo a la integridad física, otros en la facultad de disponer del propio

cuerpo y otros en el campo de la libertad y la potestad de autodeterminación.

En cuanto a su naturaleza jurídica, entiendo que es pacífica la doctrina que la considera una declaración de voluntad, postura ratificada por la ley 26.529 y el Código Civil y Comercial.

Se presenta un problema interpretativo por la existencia de superposición normativa en el tema. En el plano nacional, primero la ley 26.529 (2009) y luego su reforma por la ley 26.742 de muerte digna (2012) trataron el tema; mientras que en 2014, el Código Civil y Comercial reprodujo –con algunas variantes– la cuestión. En el plano provincial, también existen normas que regulan el consentimiento informado, en tanto es una materia que compete al Congreso Nacional en lo que refiere a la legislación civil sobre la persona y sus derechos personalísimos, pero también a las provincias por el poder de policía en materia de salud.

Si bien el consentimiento es una declaración de voluntad, la ley 26.529 requiere que se posea capacidad para consentir. En tal sentido, sobre la capacidad para consentir, imagino que se suscitarán importantes discusiones, sobre todo por la deficiente redacción del art. 26 del CCC en torno a las personas menores de edad: el alcance de las “parejas desparejas” (como dice Carlos Muñiz) usadas por el legislador, requiere interpretación: invasivo–no invasivo, que comprometen su estado de salud o provocan riesgo grave para la vida o integridad física. Además, la redacción del artículo para mayores de 16 años en tanto refiere al cuidado del propio cuerpo como algo distinto a “tratamientos médicos”. Y también genera dudas si subsiste o no un deber de informar a los padres en este supuesto, a la luz de las normas generales sobre responsabilidad parental, especialmente en caso de negativa.

En cuanto a la situación de las personas con capacidad restringida, imagino que pueden darse ponencias en torno al alcance de las intervenciones de los apoyos.

La obligatoriedad del consentimiento y las excepciones legales al deber de recabar el consentimiento también pueden ser materia de debate, sobre todo a la luz de la experiencia de la pandemia por COVID-19.

El alcance del deber de informar plantea algunos interrogantes que analiza con agudeza el Dr. Tobías: ¿se deben informar todos los riesgos o solo los que suelen ocurrir? ¿se puede ocultar alguna información, bajo el denominado “privilegio terapéutico”? ¿existe un derecho a no saber? Tobías cita como ejemplo la ley 3.076 de Río Negro que, en su art. 2, inciso g, dispone: “Cuando por razones legales o de criterio médico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente”.

En cuanto al contenido del deber de informar, las reformas de la ley 26.742 sobre muerte digna aún suscitan discrepancias, y es probable que surjan criterios diferenciados para interpretar esa norma y su recepción posterior en el art. 59 del CCC. Estimo que no sería tema propio de la Comisión la discusión sobre eutanasia activa y suicidio asistido, que están generando varios proyectos de ley en este momento, por considerar que no se trata de actos médicos en sentido propio.

La forma del consentimiento informado seguramente sea materia de ponencias vinculadas, sobre todo con la irrupción de la telemedicina y de la teleconsulta en particular.

Además, la telemedicina plantea varios problemas relativos a la necesidad de hacer distinciones en torno al alcance del consentimiento para actos médicos y su relación con el consentimiento para el tratamiento de datos personales de salud. Un tipo especial de datos personales de salud, los genómicos, se presenta como particularmente sensible, y estimo que puede ser objeto de debate. En este punto, ya en las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Mendoza, se aprobó una ponencia sobre los estudios genómicos directos al consumidor y la necesaria vigencia de las estrictas normas referidas a la protección de datos sensibles de salud. Existen cuestiones

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial argentino*, por ÚRSULA C. BASSET, EDFA, 57/3; *El nuevo Código Civil y Comercial y las personas con discapacidad: Fundamentos filosóficos*, por GABRIEL M. MAZZINGHI, EDFA, 64/5; *El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad*, por MARÍA FLORENCIA MALDONADO, EDFA, 81/6; *El rol del juez frente a las personas con discapacidad*, por SERGIO NICOLÁS JAUIL, EDFA, 83/4; *Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)*, por MARCELO J. LÓPEZ MESA, ED, 266-703; *El consentimiento o asentimiento informado*, por KARIN ALFIE, ED, 269-719; *La obligación internacional de los Estados de obtener el consentimiento informado en la realización de actos médicos: el caso “I. V. c. Bolivia”*, por SOFÍA MARÍA PARRA SENFET, ED, 276-544; *Consentimiento informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos*, por NICOLÁS PILDAYN y MARINA M. SORGI ROSENTHAL, ED, 279; *El médico y la virtud de la prudencia en tiempos de pandemia*, por GERMÁN CALABRESE, ED, 289-1581; *Odonólogos. Responsabilidad civil profesional en tiempos de pandemia*, por DANTE GÓMEZ HAISS, ED, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista*, por MILTON H. KEES, ED, 290-809; *Responsabilidad del médico: necesidad de deslindar el caso de la no culpa*, por FEDERICO OSSOLA y JULIETA BOLLERO HAUSER, ED, 291; *Autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado*, por JESICA E. GRÜNBLATT PELOSI, ED, 292-344; *El derecho a la información de salud y el hábeas data específico*, por EDUARDO MOLINA QUIROGA, ED, 294-972; *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 295; *Derecho a la intimidad de los datos de salud*, por JULIÁN PRIETO, ED, 300-90; *La importancia del consentimiento informado en la configuración de la violencia obstétrica: apuntes a propósito del caso “Brítez Arce”*, por MERCEDES ALES URÍA, El Derecho Constitucional, diciembre de 2023, número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

vinculadas con los usos secundarios de datos y los alcances necesariamente restringidos de los consentimientos.

El consentimiento por representación ha dado lugar a cuestiones debatidas: en primer lugar, cuándo se recurre a ese consentimiento por imposibilidad de asentir o incapacidad; en segundo lugar, cómo se interpreta la discrepancia entre la ley 26.529 reformada por la ley 26.742 (que remite a la derogada ley 24.193 y su orden de prelación) y el nuevo art. 59 del CCC; en tercer lugar, si el art. 59 del CCC establece o no un orden de prelación; en cuarto lugar, cómo resolver el conflicto entre parientes, de distinto o mismo grado (tomando en cuenta lo que dice el decreto reglamentario 1089/2012 de la ley 26.529); en quinto lugar, el alcance de la expresión “allegado”; finalmente, el criterio último de intervención, si la persona no dejó expresada su voluntad o preferencias.

Previo al consentimiento por representación, las directivas anticipadas constituyen una figura que tanto la ley 26.529 como el CCC regulan para tomar decisiones en caso de incapacidad o imposibilidad de expresar el consentimiento. En torno a estas directivas, hay variadas cuestiones que requieren interpretación: la superposición de normas nacionales y provinciales, cuándo entran en vigencia, su forma, los alcances, su interpretación, la publicidad y conocimiento por parte de los profesionales de la salud, su duración y su revocabilidad.

El consentimiento informado para actos específicos puede ser otro tema de debate. Son muchas las leyes en que existen superposiciones normativas y que han dado lugar a interpretaciones variadas.

Al ser una declaración de voluntad, Tobías entiende que se aplican las reglas generales de los actos voluntarios y, por tanto admite, la expresión tácita del consentimiento, aunque deja en claro que se debe aplicar una interpretación restrictiva (arts. 55 y 56, CCC).

Los efectos del consentimiento informado y su proyección en materia de responsabilidad civil pueden ser un asunto de debate a la luz de la redacción del art. 11 bis, agregado por la ley 26.742 a la ley 26.529, y las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

Finalmente, no descarto que se puedan presentar trabajos que apunten a confrontar la configuración normativa del consentimiento informado con la realidad fáctica que se verifica todos los días en la práctica médica, en especial por la rutinización y reducción del proceso de informar y consentir a la firma de un instrumento, con los problemas que ello conlleva. También por las potenciales disputas en torno a los alcances de la libertad para consentir, cuando se trata de formularios predispuestos.

De seguro existen otras cuestiones que pueden ser materia de debate en este tema. Aguardamos entonces, con expectativa, el desarrollo de los trabajos de la Comisión 1 de las Jornadas Nacionales para tener ocasión de debatir sobre los alcances de este instituto central en el derecho civil de las personas humanas. Esperamos que estos trabajos ofrecidos desde el Centro de Derecho Civil de la UCA sean un aporte en tal sentido.

VOCES: ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - BIOÉTICA - CONSENTIMIENTO INFORMADO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - RELACIÓN DE CAUSALIDAD - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTIMIDAD - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS - SECRETO PROFESIONAL - MEDICAMENTOS - CONTRATOS - OBLIGACIONES - OBRAS SOCIALES - MEDICINA PREPARADA - PROFESIONALES DE LA SALUD