

# El consentimiento por representación: algunas cuestiones disputadas

por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. RESPECTO AL SUPUESTO EN QUE RESULTA PROCEDENTE EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN. – 3. RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN ORDEN DE PRELACIÓN. – 4. RESPECTO A LA INTERVENCIÓN DE LOS APOYOS. – 5. RESPECTO AL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE PARIENTES. – 6. CRITERIO PARA LOS CASOS DE DUDA. – 7. CONCLUSIONES.

## 1. Introducción

En materia de consentimiento informado para actos médicos existe una superposición normativa a nivel nacional entre la ley 26.529 y el artículo 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 26.529: “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 26.742, BO 24/5/2012.)

- Ley 24.193 - Artículo 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;*

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 JALLI, 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, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista*, por MILTON H. KEES, ED, 290-809; *Responsabilidad del médico: necesidad de deslindar el casus 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, 292344; *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 2023 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Profesor Titular Ordinario. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Profesor Regular Titular de Elementos de Derecho Civil. Este texto reproduce íntegramente la ponencia enviada a la Comisión nro. 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

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: “Artículo 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 para el paciente”.*

En esta ponencia<sup>(1)</sup>, 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 26.529 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 “situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud [del paciente]”.

Al respecto, el artículo 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 artículo 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. 10, inc. a, CCC), y por supuesto la propia madre en tanto la intervención también la involucra a ella. Para personas menores de edad, rige el artículo 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 de hecho en la 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 26.529 en tanto establece al criterio médico como el decisivo para determinar la situación de

(1) 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: <http://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9001>. Ha sido adaptado a este formato y actualizado con la ley 27.447.

imposibilidad de hecho. En efecto, dispone el decreto: “*Habrá 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. 5º, 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 este, 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”<sup>(2)</sup>.

### 3. Respeto a la existencia de un orden de prelación

La segunda cuestión problemática refiere a las diferencias que existen entre la ley 26.529 y el artículo 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 26.529 en su texto original de 2009<sup>(3)</sup>. Este fue uno de los aspectos abordados por la ley 26.742 sancionada en 2012, que modificó el artículo 6º de la ley 26.529 y dispuso la remisión al orden de prelación de la entonces vigente ley 24.193 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 artículo 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 se ocupa del paciente”<sup>(4)</sup>. En cambio, para Saux, “la enunciación es amplia, y entendemos que secuencial”<sup>(5)</sup>. En el mismo sentido, Navarro Floria considera que hay un “orden de prelación”<sup>(6)</sup>. 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 artículo 6º de la ley 26.529. Es decir, la norma vigente (art. 6º de la ley 26.529) remite a un texto derogado (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 26.529 o el del artículo 59, CCC. En mi opinión, por ser ley posterior y norma de fondo, prevalece el orden que indica el artículo 59, CCC.

### 4. Respeto 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 artículo 32, CCC. En tal sentido, la ley 26.529 no menciona a los apoyos entre los que pueden dar el consentimiento por representación. Por su parte, el artículo 59, CCC, los menciona en segundo lugar.

Al respecto, hay que hacer algunas precisiones.

(2) TOBIÁS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Alterini, Jorge Horacio (Director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 622.

(3) Ver TOBIÁS, José W., “El asentimiento del paciente y la ley 26529”, *Acad. Nac. de Derecho*, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 - DFyP, 171.

(4) TOBIÁS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Alterini, Jorge Horacio (Director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 617.

(5) SAUX, Edgardo I., *Código Civil y Comercial Comentado*, T. I, Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 309.

(6) NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, Buenos Aires, *El Derecho*, 2016, p. 74.

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, inc. 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 artículo 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. Respeto 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 artículo 59, CCC, refiere al “pariente” sin hacer precisiones. En cambio, el artículo 21 (incs. b, c, d, e, f, g y h) de la ley 24.193, al que remite la ley 26.529 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 24.193). 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 26.529, en tanto dispone: “*Artículo 5º - [...] 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 estas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, solo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente*”.

Sobre la forma de acreditar el vínculo, rige el mismo artículo 5º 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 aquel 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 prefe-

rencias 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 artículo 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 artículo 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 informado<sup>(7)</sup>. Tal intervención del médico se corresponde con sus deberes profesionales.

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 persona<sup>(8)</sup>. 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.

## 7. Conclusiones

- 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.

- El artículo 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 artículo 6° de la ley 26.529.

- La intervención del apoyo en caso del consentimiento previsto en el artículo 59 del Código Civil y Comercial se realiza únicamente si posee atribuciones de representación dadas por sentencia judicial para intervenir en tal supuesto.

- En caso de discrepancia entre los parientes, en el caso mencionado en el artículo 59 del Código Civil y Comercial, corresponde la aplicación del orden de prelación establecido por el artículo 6° de la ley 26.529, que remite al derogado artículo 21 de la ley 24.193.

- 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.

**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 PREPAGA - PROFESIONALES DE LA SALUD**

(7) NAVARRO FLORIA llama la atención sobre el hecho de que el artículo 9° de la ley 26.529 también contempla como excepción a la obligatoriedad del consentimiento informado la situación de grave peligro para la salud pública (NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 74).

(8) 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.