

[Buenos Aires, martes 17 de septiembre de 2024 - N° 15.828]

EL DERECHO

Edición especial

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR DE EL DERECHO: ALEJANDRO BORDA

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Gabriel Fernando Limodio, Luis María Caterina, Martín J. Acevedo Miño, Daniel Alejandro Herrera, Nelson G. A. Cossari

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE (DIR.)

Autores:

CARLOS FOSSACECA

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

EMILIANO LAMANNA

CARLOS MUÑIZ

PILAR MOREYRA

BIBIANA NIETO

MARÍA ELISA PETRELLI

ELINA MARÍA TEJERINA

EN ADHESIÓN A LAS XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024



EL DERECHO

Contenido

ARTÍCULOS

Introducción. Aportes del Centro de Derecho Civil de la UCA al estudio del consentimiento informado para actos médicos, por Jorge Nicolás Lafferriere
Cita Digital: ED-V-DCCCLXIX-290

El consentimiento informado: aspectos destacados, por Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú, Carlos Alberto Fossaceca y Pilar Moreyra
Cita Digital: ED-V-DCCCLXIX-289

Un nuevo desafío. Distintas variables que afectan el consentimiento informado, por María Elisa Petrelli y Elina María Tejerina
Cita Digital: ED-V-DCCCLXIX-288

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
Cita Digital: ED-V-DCCCLXIX-287

A diez años del Código Civil y Comercial, ¿es hora de reformar el art. 26?, por Carlos Muñiz
Cita Digital: ED-V-DCCCLXIX-286

El consentimiento por representación: algunas cuestiones disputadas, por Jorge Nicolás Lafferrière
Cita Digital: ED-V-DCCCLXIX-285

Artículos

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. Guardamos 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

El consentimiento informado: aspectos destacados^(*)

por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUIÑAZÚ^(**), CARLOS ALBERTO FOSSACECA^(***) y PILAR MOREYRA^(****)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. CIERTA AMBIGÜEDAD EN LA TERMINOLOGÍA: NOCIÓN. – III. NATURALEZA JURÍDICA. – IV. RAZÓN DE SER. – V. REVOCABILIDAD. – VI. NECESIDAD DE INFORMACIÓN CLARA Y PRECISA. – VII. PRIVILEGIO TERAPÉUTICO. – VIII. PREDICAMENTO NEGATIVO DEL PACIENTE. – IX. FORMALIDAD. – X. CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN DEL DAÑO. – XI. FOMENTO DEL CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE. – XII. CONCLUSIONES.

I. 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 experticia 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* provocados por la pandemia de 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 Whats-

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, 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 “Britez Arce”*, por MERCEDES ALES URÍA, El Derecho Constitucional, Diciembre 2023 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Este artículo fue realizado en memoria de la profesora Silvia Yolanda TANZI con quien siempre coescribíamos ponencias en las Jornadas de Derecho Civil. Pudimos concordar con nuestra querida maestra los lineamientos generales de este artículo antes de su fallecimiento. Nuestro mayor agradecimiento hacia ella por la calidez que nos profesaba.

(**) 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).

(***) 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.

(****) 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.

App y las correspondientes prescripciones electrónicas o digitales de tratamientos o medicamentos para las personas”⁽¹⁾.

II. Cierta ambigüedad en la terminología: noción

El tecnicismo *consentimiento informado* que recogen los artículos 58 y 59⁽²⁾ del Código Civil y Comercial no ilustra de manera precisa el fenómeno.

El paciente no propone modificaciones al tratamiento que le ofrece el galeno; por el contrario, debe aceptarlo o rechazarlo.

En virtud de la circunstancia apuntada, creemos que se tornaría más preciso hablar de *asentimiento*.

Hecha esta aclaración, es dable definir al consentimiento informado como “la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual este 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”⁽³⁾.

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 artículo 6⁽⁴⁾ 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.

III. Naturaleza jurídica

Se trata de una declaración *unilateral* de voluntad⁽⁵⁾.

Es decir, una manifestación por parte del paciente que acepta los tratamientos, sugerencias y prácticas indicadas por el médico para resolver el problema o cuestión de salud que se le presenta.

IV. Razón de ser

La creación de la figura radica en la posibilidad de *autodeterminación* que goza cualquier persona humana.

Todo sujeto debe expresar su deseo de asumir los riesgos que puede acarrear el acto médico, como lo contrario, rechazar, por ejemplo, el tratamiento sugerido o un medicamento indicado.

V. Revocabilidad

Al ser un *derecho personalísimo*, una nota esencial consiste en la posibilidad de *revocar* el asentimiento expresado.

(1) INÍGO 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.

(2) El CCyCN, en su artículo 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 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).

(3) HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, 2ª edición actualizada y ampliada, pág. 1.

(4) **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”.

(5) 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.

Dado el matiz indicado, no es dable imponer alguna cortapisa legal o convencional al respecto⁽⁶⁾.

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 fundamentales⁽⁷⁾.

El acto indicado podría ocasionar el resarcimiento de los gastos ocasionados, pero no la indemnización del lucro cesante no obtenido.

VI. Necesidad de 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.

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 paciente⁽⁸⁾. Este último, por regla general, debe reflexionar sobre qué decisión adoptar.

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 información⁽⁹⁾.

VII. Privilegio terapéutico

Consiste el instituto del acápito en la posibilidad por parte del galeno de no informar al paciente los detalles de su enfermedad.

Dado los derechos personalísimos involucrados, el privilegio terapéutico debe ser estimado de manera muy restrictiva.

En tales supuestos, se torna conveniente que el galeno se comunique con el representante del paciente, si lo tuviese.

VIII. 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. En esta última hipótesis, hay que traer a colación la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público.

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.

IX. Formalidad

A fin de evitar equívocos y ocasionar inexactitudes, el asentimiento del paciente debe ser consignado por escrito, salvo supuestos de fuerza mayor.

(6) Dispone el **artículo 10 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 solo 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".

(7) TOBIAS, 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.

(8) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "I.V. vs BOLIVIA", sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016, Serie Serie C No. 329.

(9) **Artículo 2, inciso 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".

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"⁽¹⁰⁾.

Por ello, estimamos que debe reformularse de *lege ferenda* la redacción del artículo 7⁽¹¹⁾ de la ley 26.529 en el sentido indicado.

X. 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 daño⁽¹²⁾. 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*.

Sin embargo, deberíamos reflexionar sobre su función como causa de justificación de la ilicitud del acto, en el ámbito de la salud: en este sentido, ¿qué efectos atribuirle a la prestación del consentimiento informado ante una propuesta profesional si, luego de su práctica, el interesado sufre un daño?⁽¹³⁾.

El médico no se eximirá de responsabilidad por haber consentido el paciente un acto culposo de su parte. Siendo aplicable a esta situación, el artículo 1743⁽¹⁴⁾ del CCyCN, precepto que regla la dispensa anticipada de la responsabilidad.

Tal virtualidad debe ser objeto de interpretación restricta.

XI. Fomento del conocimiento de los derechos del paciente

A raíz de una observación que nos hiciera el profesor Federico De Lorenzo sobre un trabajo de análisis sobre el derecho al olvido, hemos tomado conciencia de la importancia de fomentar el conocimiento de los derechos del paciente en los artículos de doctrina.

En este aspecto, 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, en la materia que hace a la formación cívica de las personas.

(10) 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, pág. 217.

(11) **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".

(12) "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 caso (interrupción del nexo causal)", LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano Carlos, "Daño Agravado por el Acreedor. Formas del debido comportamiento de la víctima", Astrea, Buenos Aires, 2020, pág. 202.

(13) 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 artículo 1720 del CCyCN, menciona al consentimiento libre e informado del paciente/damnificado, en la medida en que no sea una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por las lesiones que se deriven del mismo.

(14) **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".

XII. Conclusiones

Hemos tratado de analizar los aspectos más destacados que ofrece la ponderación del consentimiento informado.

No obstante, debe ponerse el foco de la cuestión en que se trata de uno de los aspectos fundamentales del ser humano, más específicamente, su derecho a la salud.

Ello explica varias de las premisas consignadas, como el carácter revocable y la exigencia de una explicación completa y clara que debe realizar el médico ante su paciente. El principio de buena fe impera en la materia.

El consentimiento informado proyecta su virtualidad a otros campos del derecho. Por ejemplo, hemos visto que opera, reunidas determinadas condiciones, como causal de justificación del daño.

Y, por último, no debemos silenciar la importancia del fomento de la publicidad y el aspecto educativo de los derechos del paciente.

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

Un nuevo desafío. Distintas variables que afectan el consentimiento informado

por MARÍA ELISA PETRELLI^(*) y ELINA MARÍA TEJERINA^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. CONSENTIMIENTO INFORMADO. ABORDAJE JURÍDICO. – II. VARIABLES QUE PUEDEN IMPACTAR EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. A) EN EL PROCESO DEL CONSENTIMIENTO INTERVIENEN LA INTELIGENCIA Y LA VOLUNTAD. B) MEDICAMENTOS. – III. PROPUESTA.

I. Introducción. Consentimiento informado. Abordaje jurídico

El consentimiento informado (C.I.) desde el punto de vista médico es un proceso formal y ético mediante el cual un paciente, con plenas facultades, autoriza a los profesionales de la salud a llevar a cabo un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de haber comprendido la información proporcionada sobre el mismo⁽¹⁾.

En la práctica médica, el C.I. debe ser un proceso fundamental que garantiza que el paciente comprenda los riesgos, beneficios y alternativas de un tratamiento antes de dar su aprobación. Sin embargo, los medicamentos – como otras variables– pueden influir en la capacidad de un individuo para otorgar un consentimiento informado de manera adecuada.

El C.I. es un derecho reconocido por las legislaciones de diversos países y tiene como objetivo principal garantizar que el paciente esté debidamente informado y pueda tomar decisiones conscientes y voluntarias sobre su tratamiento.

En Argentina, “si bien las bases de la doctrina se hallaban en diversos textos normativos (la Constitución Nacional, la Ley N° 17.132 de 1967 –art. 19, inc. 3°– referida al ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración en la Capital Federal, reproducida en normas locales similares, entre otros), fue recién en el año 2009 que se sancionó la primera ley que lo reguló a nivel nacional, ley 26.529, cuyos aspectos esenciales fueron luego reproducidos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –artículos 59 y 60–, vigente desde el 1° de agosto del 2015”⁽²⁾.

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 URSULA 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; *Odontólogos. 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 2023 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Profesora Protitular de Derecho de Familia, Derecho Sucesorio, Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Privado.

(**) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Profesora Asistente de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio.

(1) Vera Carrasco, Oscar, “El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica”, *Revista Médica La Paz*, vol. 22, n. 1, 2016, disponible en: http://www.scielo.org.bo/sciELO.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582016000100010 (último acceso: 13-8-2024).

(2) Czernizer, Diego G., “El consentimiento informado”, *Acta Gastroenterol Latinoam*, vol. 50, pp. 18-20, publicado en <https://actagastro.org/el-consentimiento-informado/> (último acceso: 13-8-2024).

II. Variables que pueden impactar en el consentimiento informado

A) *En el proceso del consentimiento intervienen la inteligencia y la voluntad*

Si alguna de estas dos facultades falta, el acto jurídico carece de un requisito esencial, el consentimiento no sería pleno y libre.

Carlos Pérez Pereyra, psiquiatra y psicoanalista argentino, en su libro “Semiología y psicopatología de los procesos de la esfera intelectual”⁽³⁾, explora la relación entre la semiología (el estudio de los signos y síntomas) y la psicopatología (el estudio de los trastornos mentales).

Pérez Pereyra ofrece una perspectiva integral sobre cómo los trastornos en la esfera intelectual y los problemas de la voluntad pueden afectar la capacidad de los pacientes para dar su consentimiento informado.

La inteligencia es una función psíquica compleja, se caracteriza por ser una herramienta que sirve a la adaptación, a través de la organización, coordinación y síntesis de los datos recibidos de la realidad. La inteligencia faculta al individuo humano para la correcta conducción de sus pensamientos hacia la comprensión de sus relaciones.

La persona que padece dolores o ante situaciones traumáticas –como una operación quirúrgica o la noticia de una enfermedad terminal– puede mostrar fallas en la inteligencia.

Y en el contexto de la semiología y psicopatología de los procesos de la esfera intelectual, pueden abarcar una serie de deficiencias cognitivas que afectan la capacidad de comprensión, razonamiento y procesamiento de la información necesaria para tomar decisiones informadas y mantener una autonomía funcional.

Estas fallas pueden manifestarse de diversas formas y tener múltiples causas, desde trastornos neurodegenerativos hasta lesiones cerebrales o problemas de salud mental.

A modo de ejemplo, mencionamos: dificultades de comprensión, problemas de memoria, alteraciones en el razonamiento, problemas de atención y concentración, desorientación espacial y temporal.

Así, cuando una persona sufre un accidente isquémico transitorio se evidencia una claudicación neurológica cerebral focal transitoria con una recuperación en un lapso no mayor de veinticuatro horas. En general, todo este cuadro dura treinta minutos y puede ocasionar amnesia global transitoria por isquemia de las arterias cerebrales posteriores que irriga las zonas centrales e inferiores de los lóbulos temporales. Si un paciente mientras transita este accidente isquémico otorga el consentimiento informado para una práctica médica, no puede considerarse que sea un consentimiento válido.

Hoy se plantean importantes desafíos éticos y legales en el contexto del consentimiento informado en pacientes, cuando se presenta un deterioro cognitivo o trastornos neurodegenerativos, que pueden enfrentar dificultades para comprender la información relevante, para evaluar las opciones disponibles y expresar sus preferencias de manera coherente al tomar decisiones médicas, legales o personales.

B) *Medicamentos*

Otra variable que puede influir significativamente en la capacidad de un individuo para otorgar un consentimiento informado de manera adecuada son los medicamentos.

Algunos de ellos, como los sedantes, los antidepresivos o los analgésicos fuertes, pueden afectar la claridad mental y la capacidad de comprensión de un paciente.

Los medicamentos pueden dificultar la capacidad para asimilar la información necesaria para tomar decisiones informadas sobre el tratamiento.

Incluso ciertos fármacos pueden disminuir la capacidad de juicio de una persona, lo que puede llevar a una evaluación inadecuada de los riesgos y beneficios de un tratamiento. Esto puede resultar en decisiones que no reflejan verdaderamente las preferencias del paciente⁽⁴⁾.

(3) Pérez Pereyra, Carlos, “Semiología y psicopatología de los procesos de la esfera intelectual”, Ed. Salerno, Bs. As., 2000.

(4) Smith, J., & Jones, A., *Pharmacology and Patient Decision Making*, *Journal of Medical Ethics*, vol. 41, n. 3, 2015, pp. 123-130.

Por ejemplo, los Dres. Federico Pégola y Juan Fustione indican que los fármacos psicotrópicos, como los antidepresivos tricíclicos, neurolépticos, benzodiazepinas, psicoestimulantes, narcoanaléxicos, o los ansiolíticos, pueden influir en el estado de ánimo y la percepción de los pacientes, lo que puede llevar a una subestimación o sobreestimación de los riesgos y beneficios de un tratamiento específico⁽⁵⁾.

Otros medicamentos pueden afectar la capacidad de comunicación del paciente, lo que dificulta expresar sus preocupaciones, hacer preguntas pertinentes o comprender completamente la información proporcionada por el profesional de la salud.

Cuando los pacientes toman decisiones bajo la influencia de medicamentos, pueden surgir dilemas éticos significativos. Pues los medicamentos que afectan la cognición pueden dificultar la comprensión adecuada de la información sobre los riesgos y beneficios de un tratamiento, lo que puede distorsionar la toma de decisiones.

También existe la preocupación de que los pacientes puedan tomar decisiones impulsivas o irreflexivas debido a los efectos de la medicación.

Todo ello podría comprometer su autonomía y bienestar a largo plazo.

Por otro lado, los profesionales de la salud también enfrentan el desafío ético de equilibrar el respeto por la autonomía del paciente con la responsabilidad de garantizar decisiones informadas y beneficiosas para la salud del paciente⁽⁶⁾.

También es necesario considerar algunos de los trastornos de la voluntad producto de la dependencia al consumo de sustancias como así también la adicción a psicofármacos, que pueden afectar la capacidad de una persona para otorgar el consentimiento informado.

Asimismo, la apatía, la impulsividad o la falta de motivación también pueden afectar la capacidad de una persona para tomar decisiones que incluso vayan en contra de sus impulsos inmediatos o deseos.

Los profesionales de la salud se enfrentan a desafíos significativos al evaluar la capacidad de consentimiento de un paciente medicado.

Identificar si un paciente comprende completamente la información relevante, si puede evaluar los riesgos y beneficios de un tratamiento, y otorgar un consentimiento informado válido puede ser un verdadero desafío cuando la medicación afecta su capacidad cognitiva.

Sin embargo, si se utilizan métodos alternativos, como la evaluación cognitiva, el uso de herramientas de evaluación, la involucración de familiares o representantes, la adaptación del proceso de consentimiento y la documentación cuidadosa del proceso, se puede asegurar que los pacientes medicados reciban la atención médica adecuada, y se respetan sus derechos y autonomía.

El consentimiento informado debe ser comprendido como un proceso dinámico y revocable mediante el cual un paciente brinda su conformidad (o rechazo) a la indicación o propuesta médica, luego de recibir la información completa, adecuada, clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios y riesgos esperados y el pronóstico⁽⁷⁾.

El consentimiento informado, más que un documento formal, es un modelo de una virtuosa relación entre los profesionales de la salud y los pacientes (y familiares), 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 médico.

Es en este contexto en que médicos y profesionales de la salud deben mejorar sus habilidades de comunicación, de tal forma que se privilegie el derecho del paciente de elegir lo mejor para él o ella, basado en sus principios, filosofía, religión, creencias y características personales⁽⁸⁾.

(5) Pégola, Federico; Fustione, Juan, "Trastornos neurológicos y psiquiátricos del anciano", Ed. Atlante SRL, Bs. As., 1998, p. 228. El autor denomina "demencias reversibles" o "seudodemencias" las provocadas por intoxicación de drogas medicamentosas.

(6) Beauchamp, T. L., & Childress, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 2013.

(7) Vicciconite, Alejandra Vanesa, "El consentimiento informado. Su implicancia médico legal", Trabajo Final de Investigación, diciembre de 2019, https://repositorio.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH0161/6b61b0da.dir/BRC_TFI_Vicciconite.pdf (último acceso: 13-8-2024).

(8) Ortiz, P. Armando y Burdiles, P. Patricio, "Consentimiento informado", *Revista Médica Clínica Las Condes*, vol. 21, n. 4, 2020, pp. 644-652, disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-medica-clinica-las-condes-202-articulo-consentimiento-informado-S0716864010705824> (último acceso: 13-8-2024).

Si bien mencionamos que existen herramientas de evaluación específicas que los profesionales de la salud pueden utilizar para evaluar la capacidad de consentimiento en pacientes medicados, estas herramientas están diseñadas para tener en cuenta los efectos potenciales de la medicación en la capacidad cognitiva y la toma de decisiones de los pacientes.

Por ejemplo, la *Escala de Evaluación de Capacidad de Consentimiento (MacCAT-CR)*: Esta herramienta es una adaptación de la Escala de Evaluación de Capacidad de Consentimiento original (MacCAT-T⁽⁹⁾) diseñada específicamente para pacientes con trastornos mentales.

Con ella se puede evaluar la capacidad de los pacientes para entender, apreciar y razonar sobre la información relevante para tomar decisiones médicas.

También podemos mencionar la *Escala de Evaluación de la Capacidad de Consentimiento (ECG)*: Esta escala evalúa la capacidad de los pacientes para proporcionar un consentimiento informado en el contexto de la investigación clínica. Examina la comprensión del paciente sobre los procedimientos, riesgos y beneficios del estudio, así como su capacidad para tomar una decisión voluntaria e informada.

Otra alternativa es la *Evaluación de la Capacidad de Consentimiento Informado (ICAT)*: Esta herramienta es una entrevista estructurada que evalúa la capacidad de consentimiento informado en pacientes con enfermedad mental.

Se evalúa la comprensión del paciente sobre su enfermedad, los tratamientos propuestos y los riesgos y beneficios asociados.

O bien, la *Escala de Competencia para el Consentimiento Informado (ICRS)*: Esta escala evalúa la capacidad del paciente para proporcionar un consentimiento informado en el contexto de procedimientos médicos específicos. Examina la comprensión del paciente sobre la información relevante, así como su capacidad para razonar y tomar una decisión basada en esa información.

Estas son algunas de las herramientas disponibles para evaluar la capacidad de consentimiento en pacientes medicados.

Es importante seleccionar la herramienta más adecuada según el contexto clínico y las necesidades específicas del paciente.

Además, es fundamental que los profesionales de la salud estén capacitados en el uso adecuado de estas herramientas y en la interpretación de los resultados obtenidos.

III. Propuesta

Como se detalló, puede existir presencia de medicamentos que afecten la capacidad cognitiva, o un deterioro transitorio de la razón, por ello, es crucial que los profesionales de la salud adapten el proceso de consentimiento informado.

Esto puede implicar proporcionar información de manera más clara y sencilla, permitir más tiempo para la toma de decisiones o incluso posponer la obtención del consentimiento hasta que el paciente esté en mejores condiciones. Pero hay que tener claro que la manifestación de voluntad del paciente *no debe ser un acto sino un proceso* de interacción con el profesional.

Afirma Paolo Zatti que solo en el ámbito *de un proceso* es posible valorar adecuadamente la voluntad del paciente y la confusión y angustia que a veces conviven o no con el uso de la razón⁽¹⁰⁾.

VOCES: ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - BIOÉTIKA - 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

(9) La Evaluación de Capacidad de Consentimiento original, conocida como MacCAT-T (MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment), es una herramienta estructurada diseñada para evaluar la capacidad de los pacientes para tomar decisiones informadas sobre su tratamiento médico. Fue desarrollada como parte del Proyecto MacArthur sobre la Competencia de los Pacientes, con el objetivo de proporcionar una evaluación estandarizada y objetiva de la competencia de los pacientes en contextos clínicos.

(10) Zatti, Paolo, "Maschere del diritto volti della vita", Giuffrè, Milano, p. 253.

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^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. II.1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD. II.1.a) El principio de autonomía progresiva. II.1.b) El artículo 26, párrafos 4°, 5° y 6° del CCC. II.1.c) La interpretación del artículo 26, párrafos 4°, 5° y 6° del CCC. – III. LA DETERMINACIÓN DE EDADES LEGALES PARA OTORGAR CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES VINCULADAS A LA SALUD DEBE FUNDARSE EN EVIDENCIAS CIENTÍFICAS. – IV. CONCLUSIONES.

I. 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⁽¹⁾, 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”⁽²⁾.

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

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 URSULA 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, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista: 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, 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 2023 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho. 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. Este texto reproduce íntegramente la ponencia enviada a la Comisión nro. 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(1) Cfr. Hoof, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis, 2022, p. 19.

(2) “Consentimiento Informado, 1° acepción”, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario panhispánico jurídico del español jurídico*, Madrid, Santillana, Edición digital 2023.

precisa por parte del profesional, que posibilita tomar una decisión⁽³⁾. Es decir que el consentimiento informado es la consecuencia de un acto anterior que es la recepción de la información clara, precisa y adecuada⁽⁴⁾.

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 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”⁽⁵⁾.

II. El consentimiento informado para actos médicos en el Código Civil y Comercial de la Nación⁽⁶⁾

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;
- 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.

(3) 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.

(4) Cfr. Ghersi, Carlos, “¿Consentimiento informado? La influencia del contexto y la elocuencia de los hechos en el paciente”, *El Dial.com*, 26/2/2016. DC2091.

(5) Hoof, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis, 2022, p. 20.

(6) En adelante, se citará CCC.

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⁽⁷⁾. 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 error (arts. 265 a 270, CCC), por dolo (arts. 271 a 275, CCC), por violencia o por intimidación (arts. 276 a 278, CCC)”⁽⁸⁾.

II.1. El consentimiento informado del menor de edad

II.1.a) 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 2° –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 expresa que: b) 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⁽⁹⁾.

El CCC, siguiendo los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño⁽¹⁰⁾, receptados por la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes⁽¹¹⁾, 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⁽¹²⁾.

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⁽¹³⁾. 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 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⁽¹⁴⁾. 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.

II.1.b) El artículo 26, párrafos 4°, 5° y 6° 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”⁽¹⁵⁾. 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”⁽¹⁶⁾.

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 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⁽¹⁷⁾.

El artículo 26, en los párrafos 4°, 5° y 6°, regula específicamente el ejercicio de los derechos vinculados a la salud, por los menores de edad.

Art. 26, párr. 4°: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos,

(7) Cfr. art. 260 CCC.

(8) López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y el consentimiento informado [Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC]”, *ED* 266-703, 11/2/2016. Cita Digital: DCCLXXV-772.

(9) 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://jndcbahia blanca2015.com/category/conclusiones/>; consultado: 5/8/24]. Para una relación de los numerosos autores que coinciden con esta afirmación, ver: Lafferriere, 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.

(10) Convención de los Derechos del Niño, arts. 5° y 12. En adelante, se citará CDN.

(11) En el art. 3° la ley 26.061 (B.O. 26/10/2005), además de definir el significado del principio del interés superior del niño, ofrece

critérios para la aplicación del principio de autonomía progresiva del menor de edad.

(12) Para un análisis de la aplicación del principio de autonomía progresiva en las 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-Reuters, e-book, 2024, p. 487. TR LALEY AR/DOC/1331/2024.

(13) 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>.

(14) 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 26.061: 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.

(15) Art. 26, párr. 1°.

(16) Art. 26, párr. 2°.

(17) Cfr. art. 26, párr. 3°.

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 sobre 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 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.

II.1.c) 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⁽¹⁸⁾.

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⁽¹⁹⁾. 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”⁽²⁰⁾. 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⁽²¹⁾, con el asesoramiento de especialistas en derechos sexuales y reproductivos y de juristas que integraron el equipo de redacción del CCC⁽²²⁾.

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 solo del concebido, sino también de la mujer que los ingiere⁽²³⁾.

(18) 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-Reuters, e-book, 2024, p. 487. TR LALEY AR/DOC/1331/2024.

(19) 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.

(20) Fernández, 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.

(21) Ministerio de Salud, Secretaría de Salud Comunitaria, *Resolución 65/2015* (B.O. 8/1/2016).

(22) Dras. Nelly Minyersky, Eleonora Lamm, Silvia E. Fernández y Marisa Herrera.

(23) 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].

III. La determinación de edades legales para otorgar capacidad para tomar decisiones vinculadas a la salud debe 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⁽²⁴⁾.

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⁽²⁵⁾. En este sentido, es importante tener en cuenta, como ya se dijo, que la madurez de los niños no depende solo de la edad, sino de los grados de desarrollo psicoevolutivo, de factores socioambientales y familiares⁽²⁶⁾.

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⁽²⁷⁾. 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 relacionada 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⁽²⁸⁾.

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⁽²⁹⁾.

IV. Conclusiones

Por las evidencias científicas sobre el desarrollo madurativo del adolescente propongo:

(24) Ver: Vítolo, 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; Sagüés, Nestor P., “El Derecho Constitucional de la Familia”, en *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 843-854.

(25) 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.

(26) Cfr. Van Rooyen, A. - Water, T. - Rasmussen, S. y otro, “What makes a child a ‘competent’ child?”, en *The New Zealand Medical Journal*, vol. 128, n° 1426, 2015, p. 88.

(27) Esa es la razón por la que, ante cualquier situación, los adolescentes responden de forma emocional, con mayor rapidez e intensidad que antes.

(28) 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.

(29) 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>.

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 progenitores⁽³⁰⁾ 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.

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

(30) Cfr. art. 646, en el que se enumeran los deberes de los progenitores.

A diez años del Código Civil y Comercial, ¿es hora de reformar el art. 26?

por CARLOS MUÑIZ^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. MÉTODO. – 3. MODO DE ABORDAR EL TEMA DE LA COMPETENCIA PARA LA DECISIÓN. – 4. INVASIVO/NO INVASIVO – RIESGO/NO RIESGO. – 5. FOCO EN EL CONSENTIMIENTO. – 6. EL “CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO”. – 7. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

En el diccionario de la RAE, se define la libertad en su primera acepción como “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”⁽¹⁾. Suele ocurrir que, cuando intentamos improvisar una definición del término para alguna de nuestras clases o presentaciones, tenemos siempre muy presente la primera parte de la idea vinculada con la posibilidad de elegir, pero olvidamos mencionar la segunda parte relacionada con la responsabilidad. La verdad es que las personas humanas en general gozamos de la capacidad para comprender el valor moral de nuestras acciones y, por lo tanto, tomar decisiones basadas en nuestra idea del bien y el mal, siendo lógico entonces que asumamos responsabilidad por sus consecuencias. Desde Aristóteles en su “Ética a Nicómaco”⁽²⁾ hasta hoy, el tema ha sido abordado desde una perspectiva filosófica con una profundidad que excede las limitadas pretensiones de este trabajo.

Sin perjuicio de ello, nos sirve como punto de partida para este análisis. El artículo 26 del Código Civil y Comercial incorpora probablemente el cambio más notorio en el régimen de capacidad de los menores de edad con respecto al sistema del Código de Vélez Sarsfield. Como se ha señalado en muchas ocasiones, las innovaciones normativas que introduce fueron el resultado de un proceso de evolución⁽³⁾ que se inicia con la ratificación por parte de la Argentina de la Convención de los Derechos del Niño⁽⁴⁾, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, y continúa con las reformas de las leyes 26.061⁽⁵⁾ y 26.579⁽⁶⁾. En la época de la reforma se solía repetir la idea de que el cambio implicaba hacer que las personas menores de edad dejaban de ser “objetos de derecho” para

pasar a ser “sujetos” con autonomía. Como señaló Tobías –con pertinencia–, por más repetida que fuera esta afirmación, no era posible de buena fe negar que, en el régimen legal argentino, las personas menores de edad siempre fueron sujetos de derecho⁽⁷⁾.

Para que la discusión adquiriera algún tipo de sentido, debería plantearse en otros términos: es cierto que en el régimen original del Código Civil argentino, antes de la mayoría de edad, las personas no gozaban de la posibilidad de ejercer por sí mismas una serie de derechos, y que el nuevo ordenamiento ha previsto una serie de potestades nuevas a las personas que –desde la perspectiva del legislador que genera habilitaciones– cuentan con edad y grado de madurez suficiente para ejercerlas.

Desde esta perspectiva, el dilema que se presenta es claro e implica una decisión de tipo netamente jurídico: la autorización legal para el ejercicio de la capacidad implica reconocer a la persona en cuestión la libertad de elegir distintas alternativas y de imputar a esa persona la responsabilidad por las consecuencias de su decisión. A modo de ejemplo, cuando el art. 261 establece que las personas menores de trece años no tienen discernimiento para actos lícitos, ¿lo dice a partir del resultado de una investigación sobre las facultades cognitivas de los sujetos de esta edad? ¿o simplemente está estableciendo en abstracto una regla porque considera que no es conveniente que estas personas sean responsables jurídicamente por sus decisiones? La segunda opción se presenta como más plausible.

El artículo 26 presenta en particular, en cuanto se refiere al consentimiento de las personas menores de edad para actos médicos, un ejemplo de estas decisiones. Un verdadero reconocimiento de competencia en este caso debería implicar la aceptación de la facultad legal de tomar decisiones y su respeto, aunque esas decisiones puedan ser consideradas como equivocadas desde una visión canónica de la problemática. Esto –sin duda– no puede ser entendido como una exigencia de rigidez y la imposibilidad de plantear esquemas de asistencia (decisión conjunta con los progenitores, criterio médico), pero nos obliga a una revisión crítica del texto en miras a sus implicaciones prácticas y su efectiva concreción en una decisión que deba ser respetada.

En este sentido, la regla formulada y ciertos aspectos técnicos en su redacción son susceptibles de algunos señalamientos que se plantean a continuación en este trabajo y a partir de los cuales pueden pensarse mejoras para su redacción.

2. Método

Desde el punto de vista del método del Código Civil y Comercial y la explicación del tratamiento en esta sección, la Comisión redactora simplemente planteó que “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, diferenciándola de la capacidad civil tradicional”⁽⁸⁾. No parece muy claro cómo está logrado este ambicioso objetivo, ni la razón de su ubicación en el texto.

Como puede advertirse de la lectura del Código, establecida la regla general del ejercicio de los derechos a través de los representantes legales y la posibilidad por excepción de ejercer por sí los derechos en tanto la facultad le es reconocida por el ordenamiento jurídico, se advierte que el legislador se ha ocupado de incorporar al texto todas las habilitaciones que tradicionalmente tenían las personas antes de la mayoría de edad, e incorporar varias nuevas. A modo de ejemplo, podemos mencionar los arts. 595 –inc. f–, 596, 644, 645 –inc. d– y 677, todos

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 MARIA 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: 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, 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.

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Profesor Titular.

(1) <https://dle.rae.es/libertad>, consultado el 17/05/2024.

(2) Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

(3) Tobías, J. W., en Alterini, J. (ed.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 211.

(4) BO: 22/10/1990.

(5) BO: 26/10/2005.

(6) BO: 22/12/2009.

(7) Tobías, J. W., op. cit., p. 211.

(8) Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Fundamentos. Online en <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>, consultado el 13/08/2024, p. 33.

ellos en el libro segundo sobre las relaciones de familia, y referidos a los temas de adopción y responsabilidad parental. La única habilitación específica de capacidad que aparece en la sección 2.^a del capítulo 2 del Libro I es la prevista en el artículo 30, referida a la clásica posibilidad de la persona menor de edad con título habilitante para ejercer la profesión y administrar y disponer de los bienes que obtuviera como fruto de ella.

Cabe interrogarse si no hubiera sido mejor, desde este punto de vista, que todos estos temas sean remitidos a su tratamiento en relación con el régimen de responsabilidad parental. Como alternativa, también hubiera sido razonable abordar el tratamiento en el capítulo 3 del Libro primero referido a “Derechos y actos personalísimos”, donde se tratan –entre otros temas– las cuestiones referidas a la realización de actos de disposición sobre el propio cuerpo, al consentimiento informado sobre actos médicos y a las directivas médicas anticipadas.

3. Modo de abordar el tema de la competencia para la decisión

Como plantea la comisión redactora, fue su intención regular el tema “siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado”⁽⁹⁾. Es inevitable entender esto como una referencia al famoso caso “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”, resuelto por la Corte de los Loes en 1985, en el cual se discutió el acceso a tratamientos anticonceptivos por parte de niñas menores de 16 años frente a la oposición de sus padres y a que ello tuviera lugar sin su autorización, estableciendo como criterio la posibilidad de hecho y en concreto del niño de contar con el entendimiento suficiente para poder consentir válidamente el acto en términos legales⁽¹⁰⁾. Como señala Famá: “El caso ‘Gillick’ inspiró el contenido de las legislaciones comparadas, donde se observan sintéticamente tres tendencias a la hora de regular el derecho de NNyA a tomar decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo: a) una primera se inclina por no marcar límites etarios para consentir determinados actos médicos, receptando el principio general de la capacidad o autonomía progresiva, y debiendo examinarse la madurez en cada caso concreto; b) una segunda vertiente tiende a fijar edades cronológicas inamovibles para prestar el consentimiento para determinados actos médicos; y c) una tercera opción combina criterios subjetivos y objetivos, de modo que la competencia médica es valorada en función de la edad y madurez del sujeto y de la complejidad del acto médico”⁽¹¹⁾.

Existen ciertos puntos de partida que se proponen sobre el modo de abordaje de esta cuestión. En primer lugar, los niños –y en particular los adolescentes–, cuando cuentan con edad y madurez suficiente, cuentan con la aptitud para participar en algún grado en las decisiones respectivas a su propia salud. Aun en el caso en que cuente con esta madurez, también debe brindarse la posibilidad al niño de decidir en qué medida quiere involucrarse en la decisión o contar con el apoyo familiar o parental. La capacidad decisional es difícil de evaluar dado que no se presenta en forma nítida, sino en un *continuum* donde pueden advertirse diversos grados para distintos tipos de definiciones. Finalmente, debe señalarse que, en miras al interés superior del menor, no todas las intervenciones que se establezcan en el proceso de toma de decisiones tienen el mismo peso y no puede ponderarse igualmente la consideración del niño, sus progenitores y el médico tratante, aunque todo ello siempre debe darse en un marco

respetuoso de los deseos y preferencias del paciente⁽¹²⁾. Tampoco debe caerse en una perspectiva individualista y, consecuentemente, se debe ponderar el grado de participación que corresponde a los progenitores en el contexto propio del respeto a la familia.

El Código Civil y Comercial aborda la cuestión siguiendo la segunda vertiente descrita, que no parece adaptarse estrictamente al precedente que supuestamente la inspira. En este sentido, sería más lógico establecer la regla de la capacidad cuando el niño o niña que solicitara el tratamiento demostrara contar con edad o grado de madurez suficiente, dejando subsidiariamente la representación parental, teniendo en cuenta el criterio médico y el interés superior del niño, en un contexto respetuoso del rol de la familia.

4. Invasivo/no invasivo – Riesgo/no riesgo

Este punto está mal resuelto por el artículo 26 y ha sido objeto de varios señalamientos. Como advierte Rivera, no necesariamente un tratamiento invasivo es riesgoso y uno no invasivo es no riesgoso y, por lo tanto, deben pensarse todas las combinaciones posibles. Califica el modo en que se ha legislado sobre este punto de “notable desprolijidad” y demuestra que analizado el texto en el sentido que normalmente se acepta sobre lo que es “invasivo” o “no invasivo”, conduce a soluciones sin sentido. Finalmente, señala que la ley omite dar una solución al modo en el que deben abordarse los tratamientos invasivos que no comprometen la salud y los no invasivos que la comprometen⁽¹³⁾. En un sentido similar, Famá dice que “se ha criticado la utilización de ciertas expresiones para caracterizar al acto médico, tales como la de ‘tratamientos invasivos y no invasivos’. Sin ánimo de extenderme en conceptualizaciones que creo deberán quedar en manos de la opinión médica, comparto con Rivera cuando concluye que lo relevante a la hora de calificar la modalidad del acto no debe ser tanto lo invasivo en sí (si se entiende como procedimientos o dispositivos invasivos aquellos que involucran instrumentos que rompen la piel o penetran físicamente en el cuerpo) sino el riesgo que cause para la salud, la integridad o la vida, tanto cuando se trate de aceptar una decisión autónoma del adolescente como cuando se deba resolver ante un conflicto de opiniones entre el joven y sus progenitores”⁽¹⁴⁾.

Por estas razones, de mantenerse el criterio de segmentación estricto por edades, debería revisarse la redacción actual del artículo 26, estableciendo un criterio único basado en el riesgo para la salud, la integridad física o la vida. Sin embargo, en este punto, corresponde advertir lo difícil que es en la práctica establecer un límite nítido entre lo que es riesgoso y lo que no lo es⁽¹⁵⁾, teniendo en cuenta que todo acto médico implica necesariamente algún nivel de riesgo.

5. Foco en el consentimiento

En línea con lo planteado en el punto anterior, se advierte que el modo en el que está redactado el art. 26 hace foco en la posibilidad que tiene la persona menor de edad de consentir el tratamiento. Pero, ¿qué sucede cuando no quiere consentir el tratamiento? ¿Cómo se debe valorar el riesgo? ¿Qué pasa cuando el riesgo se produce justamente por no consentir el tratamiento? (ej. Rechazar transfusiones sanguíneas o una apendicetomía). Esta cuestión sobre la negativa al tratamiento y la posibilidad de su revisión entre los 13 y los 16 años no parece claramente resuelta por el texto. Es razonable pensar como Tobías que, ante un tratamiento propuesto por los profesionales y cuando existe una negativa de la persona menor de edad, “si la decisión pone en riesgo significativo su salud, es viable la revisión judicial de la negativa”⁽¹⁶⁾, pero ello no resulta claro en el texto del artículo, y otras interpretaciones son admisibles.

El tema no se agota en este punto, dado que ello implicaría entender que frente a cada cuadro clínico existe solamente una alternativa de tratamiento que se puede consentir o no consentir. En muchas situaciones, y es-

(9) Anteproyecto de Código Civil y Comercial, op. cit.

(10) “In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law. Until the child achieves the capacity to consent, the parental right to make the decision continues save only in exceptional circumstances. Emergency, parental neglect, abandonment of the child or inability to find the parent are examples of exceptional situations justifying the doctor proceeding to treat the child without parental knowledge and consent; but there will arise, no doubt, other exceptional situations in which it will be reasonable for the doctor to proceed without the parent’s consent”, opinión de Lord Scarman en House of the Lords, “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” and another, oct. 1985.

(11) Famá, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, la Ley, 2015-F, p. 463.

(12) Unguru, Y., “Decision Making for Children with Life-Limiting Illnesses: A Clinical Approach”, Journal of Health Care Law and Policy, vol. 15, 2012, p. 117-128.

(13) Rivera, J. C., “Vacunaciones obligatorias. Derechos de los menores de edad”, JA, 2023-II, 81.

(14) Famá, M. V. cit.

(15) Tobías, J. W., op. cit., p. 220.

(16) Tobías, J. W., op. cit., p. 221.

pecialmente en aquellas más complejas, pueden presentarse distintas alternativas terapéuticas, algunas invasivas y otras no, y que tienen cada una sus ventajas y riesgos inherentes con respecto al tratamiento de la enfermedad. El texto del artículo 26 no nos acerca ninguna pista sobre cómo se resuelven estos casos.

6. El “cuidado de su propio cuerpo”

Como señala Tobías, la expresión usada en el Código sobre este punto es particularmente ambigua y genera una serie de confusiones. Por un lado, menciona que la persona menor de edad, desde los 16 años, es “considerada” como un adulto (sin serlo), lo que implica un sinsentido desde el punto de vista jurídico. Si la decisión es habilitar la capacidad, es deseable plantearlo directamente en esos términos⁽¹⁷⁾.

Por otra parte, la referencia al “cuidado de su propio cuerpo” es problemática porque, más allá de las licencias literarias en la redacción, desde un punto de vista estricto no termina de quedar claro a qué se refiere. Solo por una cuestión de contexto, y dado que en el párrafo anterior se trata la cuestión del consentimiento de las personas entre 13 y 16 años para actos médicos, podemos decir que este último párrafo está planteando una continuidad y se refiere a una habilitación de capacidad plena de las personas para dar este consentimiento desde los 16 años. Pero la idea de “cuidado del cuerpo” excede largamente la del consentimiento para actos médicos y puede incluir cuestiones que van desde la higiene personal o la vida saludable, hasta decisiones sobre directivas médicas an-

ticipadas⁽¹⁸⁾, intervenciones quirúrgicas con finalidades estéticas o tatuajes⁽¹⁹⁾. Como mínimo, es deseable que el legislador no incurra en este tipo de ambigüedades y que, si la propuesta implica este criterio amplio, la cuestión sea debatida con la profundidad que amerita.

7. Conclusión

El artículo 26 del Código Civil y Comercial, en cuanto se refiere a la capacidad de las personas menores de edad con respecto al consentimiento para actos médicos, presenta serios defectos en cuanto al método y su redacción, que lo hacen inaplicable en casos complejos. Su redacción debe revisarse para incorporar más adecuadamente el principio de capacidad progresiva, resguardando el interés superior del niño y respetando el criterio médico en cuanto se refiere a su valoración en concreto.

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

(17) Tobías, J. W., op. cit., p. 221.

(18) Famá, M. V., op. cit.

(19) Tobías, J. W., op. cit., p. 222.

El consentimiento por representación: algunas cuestiones disputadas

por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE^(*)

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.

(*) 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⁽¹⁾, 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”⁽²⁾.

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⁽³⁾. 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”⁽⁴⁾. En cambio, para Saux, “la enunciación es amplia, y entendemos que secuencial”⁽⁵⁾. En el mismo sentido, Navarro Floria considera que hay un “orden de prelación”⁽⁶⁾. 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) TOBIAS, 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 TOBIAS, José W., “El asentimiento del paciente y la ley 26529”, *Acad. Nac. de Derecho*, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 - DFyP, 171.

(4) TOBIAS, 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⁽⁷⁾. 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⁽⁸⁾. 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.

EN ADHESIÓN A LAS **XXIX** JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024



EL DERECHO