

¿Quién decide? Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina

Por Jorge Nicolás Lafferriere¹²

1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial (ley 26994, B.O. 8/10/2014, en adelante CCC), en el artículo 59, regula el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El texto sigue en lo fundamental a la ley 26529 de derechos del paciente (B.O. 20/11/2009), aunque introduce algunos cambios. Entre éstos se encuentra una modificación en el orden de prelación para intervenir en el llamado “consentimiento por representación”. En efecto, en el último párrafo de ese artículo 59 se establece:

“ARTICULO 59.- ... Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

El objetivo de este trabajo³ es comparar el artículo 59 CCC con la ley 26529 sobre derechos del paciente, luego de la modificación de la ley 26742 (B.O. 24/5/2012), y su decreto reglamentario 1089/2012 (B.O. 6/7/2012), en el específico punto referido al consentimiento por representación y el orden de prelación para la toma de decisiones ante tratamientos médicos. Para ello nos proponemos analizar la situación que genera la necesidad de este consentimiento por representación. Luego, distinguiremos el caso en que existan directivas anticipadas designando un representante de aquél en que esas directivas no existan. Esta última es la situación más habitual y la que suscita la mayor controversia entre la ley 26529 y el artículo 59 CCC. Nos proponemos una lectura armonizadora de ambos textos, junto con el aporte de algunas reflexiones sobre los límites de la autonomía de la voluntad en estas situaciones.

2. La situación que genera la necesidad de un consentimiento por representación

El primer punto que queremos considerar refiere a la situación en que se plantea la necesidad de recurrir al consentimiento por representación. En este sentido, la ley 26529 dispone que la información se brinda a los representantes “*en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico*” (art. 4). La misma expresión se repite en el artículo 6 para la “*imposibilidad de brindar el consentimiento*”. En el decreto reglamentario se dispone que sea el criterio del profesional actuante el que determine la situación de imposibilidad: “*Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado*

¹ Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Proyecto DECYT 1617. Buenos Aires. Argentina.

² Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Argentina.

³ Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación DECYT 1617 “La aplicación del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación” (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación” (art. 5, decreto 1089/2012). Por su parte, en el artículo 59 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]*”.

Podemos formular algunas consideraciones:

- La remisión que hace el art. 6 de la ley 26529 a los supuestos de “incapacidad” se vincula con los casos de incapaces de ejercicio previstos en el artículo 24 CCC, a saber: la persona por nacer, la persona menor de edad que no cuenta con edad o grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial. En este último supuesto, se trata del estricto caso previsto por el artículo 32 *in fine*: “*Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador*”. Es decir, una persona mayor de edad es “incapaz” cuando ha sido declarada tal por una sentencia judicial en los términos del artículo 32 *in fine*.
- A diferencia de la ley 26529, el artículo 59 no remite a una situación de “incapacidad” sino que se limita a describir el cuadro que debe presentar el paciente para que opere el consentimiento por representación. Sin embargo, no puede soslayarse que tanto el artículo 59 como el 32 *in fine* se refieren a una “imposibilidad absoluta” de expresar la voluntad. Lamm llama la atención sobre las diferencias entre la ley 26529 y el CCC y considera que “para el CCyC la decisión puede ser solo por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad”⁴. Ahora bien, creemos que el hecho de que el artículo 59 no mencione los casos de “incapacidad de ejercicio” no significa que deban obviarse las restricciones a la capacidad dispuestas por ley o por sentencia judicial. Es decir, el artículo 59 debe interpretarse en concordancia con el resto de las normas sobre capacidad de ejercicio. En tal sentido, coincidimos con Tobías cuando analiza, en relación a este artículo, la “aptitud para asentir” y distingue la situación de las personas menores de edad, las que son declaradas incapaces y las que tienen capacidad restringida⁵. En consecuencia, el artículo 59 sobre la imposibilidad absoluta de brindar el consentimiento presupone que se trata de una persona “apta” para tal consentimiento.
- Para el caso de las personas menores de edad, debemos tener en cuenta la disposición del artículo 26 CCC que resulta aplicable al caso⁶.
- Respecto a las personas que no fueron declaradas “incapaces”, sino que existe una sentencia de restricción de capacidad por padecer “*una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad*” (art. 32), habrá que analizar si la sentencia contempló o no el tema del consentimiento. Es

⁴ Lamm, Eleonora, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián., 1ª ed., Buenos Aires, Edit. Infojus, 2015, t. 1, p. 146.

⁵ Tobías, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Alterini, Jorge Horacio (Director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 620-622.

⁶ Cfr. Lamm, Eleonora, op. cit., p. 147; Tobías, José W., op. cit., p. 621. Para las personas por nacer, intervienen sus padres (art. 101 inciso a CCC), y por supuesto la propia madre en tanto la intervención también la involucra a ella (ver Lafferriere, Jorge Nicolás, “Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente”, Buenos Aires, EDUCA, 2011, p. 440-455).

habitual que los equipos interdisciplinarios y los jueces se refieran al tema. Si la sentencia nada dice y no incluye una limitación expresa, se considera que la persona puede tomar la decisión por sí. Si la sentencia dispone que estas decisiones se adopten con la ayuda de apoyos, entonces habrá que considerar esas funciones y limitaciones. El conflicto se plantea en caso que la sentencia designa un apoyo, pero nada dice sobre una limitación de la aptitud de brindar el consentimiento informado y, sin embargo, la persona se encuentre en una situación de imposibilidad absoluta de expresar su voluntad. Volveremos sobre el punto al analizar el orden de prelación previsto por el art. 59 CCC.

- Finalmente, encontramos la situación de hecho en la cual una persona al momento en el cual debe pronunciarse sobre la realización de actos personalísimos sobre el propio cuerpo, consentir o rechazar tratamientos, se encuentra incapacitada fácticamente para hacerlo. En este caso, no hay representante designado o apoyo, la persona es plenamente capaz, pero atraviesa una imposibilidad de hecho. Vale advertir que el artículo 59 quiso enfatizar que la imposibilidad de brindar el consentimiento tiene que ser “*absoluta*”. También corresponde señalar que, respecto a la constatación de la situación, el decreto reglamentario de la ley 26529 establece al criterio médico como el decisivo para determinar la situación de imposibilidad de hecho. Entendemos que ello sigue vigente luego del CCC.

3. La designación de representante por directivas anticipadas

Ante esta situación de imposibilidad absoluta de brindar el consentimiento en un contexto de emergencia, la primera alternativa es que el propio paciente haya dejado “directivas anticipadas” designando un representante para el caso. En este punto, si bien el artículo 11 de la ley 26529 de derechos del paciente, modificado por la ley 26742, regula las “directivas anticipadas”, no menciona esta posibilidad de designar anticipadamente un representante:

“Artículo 11. Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Sin embargo, el decreto reglamentario 1089/2012 de la ley de derechos del paciente contempló la posibilidad de designar un "interlocutor" en las directivas anticipadas: "... *El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones... Si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.*" (art. 11 Decreto 1089/2012)⁷.

⁷ Se ha dicho que interlocutor es “un representante que designa la propia persona sin necesidad de nombramiento u homologación judicial” (Taiana de Brandi, Nelly A. - Brandi Taiana, Maritel M., “El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial”, SJA 2015/10/14-36 - JA 2015-IV, AP/DOC/906/2015).

En el CCC, las directivas anticipadas fueron explícitamente incorporadas en el artículo 60⁸. Como hemos analizado en otro artículo⁹, al que nos remitimos por razones de brevedad, la comparación del CCC con la ley 26529 en este punto arroja algunas diferencias en la redacción. Con relación a la designación de un representante, con mayor precisión que el decreto reglamentario antes transcrito, el artículo 60 CCC aclara específicamente que la persona “*puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela*”.

Se advierte que el CCC ha clarificado cualquier duda interpretativa que pudiera plantear el decreto reglamentario en tanto utilizaba la expresión “interlocutor”. Es decir, ahora es indudable que la persona está habilitada a designar un “representante” a través de una directiva anticipada y esa persona tendrá el primer lugar en el orden de prelación, como lo ratifica la última parte del artículo 59. Como observación, podemos constatar que el CCC no exige que el “representante” designado por directiva anticipada tenga que aceptar la designación, lo que sí aparece en el artículo 11 del decreto 1089/2012.

En consecuencia, si el paciente “*que se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica*” (art. 59 CCC) ha dejado una directiva anticipada designando un representante, esa persona es la primera en el orden de prelación para la toma de decisiones. En este punto el camino abierto por el decreto reglamentario de la ley 26529 fue confirmado por el CCC.

4. El orden de prelación ante la ausencia de directivas anticipadas en la ley 26529 y su decreto reglamentario

En 2009, luego de sancionada la ley 26529, un sector de la doctrina señaló que existía un problema de interpretación en relación al orden de prelación en torno al consentimiento por representación. Tobías lo explicaba así: “En el supuesto de incapacidad o de imposibilidad de comprender la información a causa del estado físico o psíquico, dispone en una redacción confusa que la información será brindada al representante legal, al cónyuge que conviva con el paciente o a la persona que sin ser su cónyuge conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad (art. 4, 2º párr.). El texto legal no plantea un orden de prelación ni prioriza al que en esos momentos se ocupa del paciente. Es razonable pensar, de todos modos, que el profesional —dependiendo de las circunstancias— podrá recurrir a cualquiera de los legitimados que se encuentre a cargo del paciente cuando exista la necesidad de brindar la información.”¹⁰.

⁸ “Artículo 60: *Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento*”.

⁹ Lafferriere, Jorge Nicolás, Muñoz, Carlos, "Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado", La Ley, Revista DFyP 2015 (junio), p. 147-165, AR/DOC/1411/2015.

¹⁰ Ver Tobías, José W., "El asentimiento del paciente y la ley 26529", Acad. Nac. de Derecho, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 – DFyP, 171.

La ley 26742 sancionada en 2012 había aclarado el punto, modificando el artículo 6 de la ley 26529¹¹ y remitiendo al orden de prelación de la ley 24193 de ablación e implante de órganos:

“ARTICULO 6° — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se 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”.

Esta reforma de la ley 26742 se concreta en dos aspectos: a) se explicita la potestad de los representantes legales de tomar decisiones sobre el final de la vida rechazando el encarnizamiento terapéutico; b) se precisan los requisitos y el orden de prelación en la toma de decisiones.

Así, el artículo 21 de la ley 24193 de ablación e implante de órganos establece el siguiente orden de prelación:

- a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;*
- b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;*
- c) Cualquiera de los padres;*
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;*
- e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;*
- f) Cualquiera de los abuelos;*
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;*
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;*
- i) El representante legal, tutor o curador”.*

En relación al orden de prelación, el decreto 1089/2012 reglamentario de la ley 26529 dispuso en su artículo 5:

“ARTICULO 5°.- ... 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, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados

¹¹ Como observación puede señalarse que no se modificó el artículo 4 de la ley 26529 que todavía dispone: *“ARTICULO 4° — Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”.*

se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines. ...Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente. El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe”.

Vale aclarar que la remisión a la ley 24193 plantea un problema interpretativo sobre la naturaleza y criterios de la intervención de quien brinda el “consentimiento por representación”, en el sentido si el representante tiene que limitarse a testimoniar cuáles eran las preferencias o deseos de la persona representada. El art. 10 del decreto 1089/2012 sostiene: *"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"*. Este punto fue tratado por la Corte Suprema antes de la entrada en vigencia del CCC en la causa “MAD” por sentencia del 7 de julio de 2015 y tuvimos ocasión de comentar el problema en otro texto al que nos remitimos¹². Aquí nos concentramos en el problema del orden de prelación.

En síntesis, luego de la ambigüedad de la redacción inicial de la ley 26529 en punto al orden de prelación para el consentimiento por representación, en 2012 la ley 26742 a través de la reforma del artículo 6 aclaró el punto y remitió a la enumeración del artículo 21 de la ley 24193 de ablación e implante de órganos. A su vez, el decreto reglamentario formuló algunas precisiones adicionales para el caso de discrepancias entre familiares ubicados en un mismo orden y para la acreditación del vínculo.

5. El orden de prelación en el artículo 59 CCC

Como mencionamos al inicio de este texto, el artículo 59 CCC referido al consentimiento informado para tratamientos médicos incluyó un párrafo para la situación en que *“la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente”*. Allí, dispone que *“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”*.

¹² Lafferriere, Jorge Nicolás, Pucheta, Leonardo, "El final de la vida y las paradojas del consentimiento por representación. Un comentario a la sentencia a la Corte Suprema en el caso ‘M.A.D.’”, El Derecho, [264] - 08/09/2015, nro 13.807, p. 1-6.

Se advierten las diferencias entre el artículo 59 y la ley 26529 modificada por la ley 26742 en cuanto al orden de prelación¹³. El CCC aprobado en 2014 no remite al orden fijado por el artículo 21 de la ley 24193 y elabora su propio listado.

Al respecto, en la doctrina surge una primera controversia. Para Tobías, el texto del artículo 59 “no plantea un orden de prelación ni prioriza al que en esos momentos del paciente”¹⁴. En cambio, para Saux “la enunciación es amplia, y entendemos que secuencial”¹⁵. En el mismo sentido, Navarro Floria considera que hay un “orden de prelación”¹⁶. Por nuestra parte coincidimos con esta última postura.

Analizando este pasaje del artículo 59 CCC y comparándolo con el orden fijado por el artículo 21 de la ley 24193, podemos formular algunas consideraciones:

- La diferencia más notable es el lugar que ocupa “el representante legal”. En el artículo 59 está en primer lugar, mientras que en la ley 24193 está en el último. Nos aventuramos a pensar que el CCC tuvo en mente un supuesto de persona “incapaz” en los términos del artículo 32 *in fine*, como antes hemos visto, por la similitud de las redacciones de ambos textos al enfatizar la imposibilidad absoluta de manifestar la voluntad. De esta manera, según el CCC, si hubo una intervención judicial, se dictó sentencia y se designó un “representante” con específicas funciones para estos casos, ese representante debe ser el primero en el orden de prelación. A su vez, la expresión “representante” resulta genérica y permite incluir a los padres, tutor o curador.
- La referencia al apoyo refuerza esa idea de que en el CCC se tuvo en mente un caso de “restricción” a la capacidad. Ahora bien, la expresión “apoyo” del art. 59 CCC resulta ajustada a la nueva terminología del CCC sobre la capacidad de ejercicio y en tal punto mejora la redacción tanto de la ley 24193 como de la misma ley 26529. Tanto en relación al “representante legal” como al “apoyo”, habrá que ver qué dispone la sentencia de restricción a la capacidad. Recordemos que el CCC contempla la posibilidad de designar un “apoyo con funciones de representación” en el artículo 101 inciso c). Podemos encontrarnos, pues, ante distintas situaciones. La más sencilla sería aquella en que existe una sentencia judicial de restricción a la capacidad, que limita la aptitud para brindar el consentimiento y nombra un apoyo con funciones de representación con específicas funciones para dar el consentimiento para actos médicos. La segunda sería que se trate de una persona con sentencia judicial de restricción a la capacidad que designa un apoyo con funciones de representación pero sin específica referencia al consentimiento informado. Así, el hecho de que se mencione al apoyo en el artículo 59 CCC, podría ser interpretado como una habilitación por la misma ley para que, en caso de emergencia, actúe dando el consentimiento. Serían funciones que no le vienen por la sentencia, sino por la ley. Tal interpretación nos plantea dudas si el apoyo no tiene funciones asignadas por la sentencia para brindar el consentimiento informado. Pareciera que el artículo 59 asigna el segundo lugar del orden de prelación al apoyo sólo si

¹³ Nos podemos preguntar si el hecho de que el CCC se redactara durante 2011 y se presentara en junio de 2012, no significó que no se tuviera en cuenta la modificación que introdujo la ley 26742 (B.O. 24/5/2012) en este punto del consentimiento por representación. Vale aclarar que en el tema específico de la renuncia al encarnizamiento terapéutico, el CCC sí tuvo en cuenta la ley 26742.

¹⁴ Tobías, José W., op. cit., p. 617.

¹⁵ Saux, Edgardo I., Código Civil y Comercial Comentado, T. I, Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 309.

¹⁶ Navarro Floria, Juan G., “Los derechos personalísimos”, Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 74.

la sentencia le otorgó una función para brindar el consentimiento por representación.

- La expresión “cónyuge” coincide en el primer lugar de los familiares tanto en el artículo 59 como en la ley 24913. En la ley 24193 se aclara que tiene que ser el cónyuge “no divorciado que convivía con el fallecido”, mientras que se presupone que el cónyuge al que hace referencia el artículo 59 CCC es el que no se ha divorciado.
- La expresión “conviviente” genera algún problema interpretativo, pues tiene distinto contenido para el CCC que para la ley 24193. En efecto, para la ley 24913 incluye a “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”, mientras que en el CCC hay distintos significados de la expresión “conviviente”. En sentido más preciso y estricto, “conviviente” es el que está unido en una “unión convivencial” en los términos del artículo 509 CCC. Esta unión puede estar registrada o no. Si no está registrada pero lleva dos años de convivencia (artículo 510 inciso e CCC), se le aplican los efectos de la unión convivencial. El caso más complejo sería si la unión no está registrada y todavía no llegó a los dos años de convivencia¹⁷.
- La expresión “pariente” del art. 59 CCC es muy genérica y en tal sentido el orden del artículo 21 (incisos b, c, d, e, f, g y h) de la ley 24193 es mucho más preciso y de ayuda para el profesional médico.
- La inclusión en el art. 59 del “allegado que acompañe al paciente”, no mencionado en la ley 24193, responde a una realidad que ocurre en la práctica hospitalaria, pero incorpora cierta incertidumbre respecto a qué alcance tiene la expresión “allegado”¹⁸. Por otra parte, parece revelar un excesivo celo del CCC por garantizar que alguien exprese un consentimiento, sin que pueda nadie asegurar que ese allegado sea verdaderamente cercano al paciente y pueda expresar cuál era su voluntad. Ello siempre y cuando se considere que el criterio de actuación de tal allegado devenido “representante” deba ser testimoniar la voluntad del paciente.

Como hemos visto, el art. 59 CCC se limita al supuesto en que hay una imposibilidad absoluta de manifestar el consentimiento y no menciona los casos en que, sin estar absolutamente imposibilitada, la persona pudiera tener una sentencia que le haya restringido la capacidad para dar consentimiento a actos médicos. En tal caso, se entiende que rige la sentencia y actuará el apoyo designado en esa sentencia y con las funciones que indique la sentencia. En tal supuesto, no habría un problema en punto al “orden de prelación”. Tal apoyo actuaría con las funciones que indica la sentencia, que puede ser desde un apoyo con funciones de representación al que hicimos referencia antes, o bien un apoyo que debe dar su asentimiento conjunto con el paciente, o un apoyo que debe dar su opinión al paciente para que éste decida. Recordemos que la necesidad de personalizar los apoyos para cada caso es una directiva del nuevo CCC. Tales situaciones exceden el supuesto al que hace referencia el artículo 59 CCC que se limita a los casos de imposibilidad absoluta de expresar la voluntad, pero son situaciones igualmente relevantes para la actuación del médico, que no puede ignorar la

¹⁷ Para Navarro Floria, en el caso de los que no llegaron a la antigüedad mínima, “el conviviente es, al menos, un ‘allegado’ también habilitado por la norma del artículo 59 (loc.cit.). Sin embargo, podemos observar que en tal supuesto cambia el orden de prelación y el conviviente ocupará el último lugar.

¹⁸ Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el significado de allegado es: “Dicho de una persona: Cercana a otra en parentesco, amistad, trato o confianza” (www.rae.es).

existencia de tal sentencia. Ahora bien, para estos casos, Tobías sostiene que “si el profesional estimara que la persona no está en condiciones de comprender la información, se deberá dar cuenta al juez para que éste, con base en las circunstancias de cada caso, resuelva lo que corresponda. Las particulares condiciones de quien tiene un padecimiento mental -más particularmente, de quien padece adicciones- pueden determinar que rechace un tratamiento recomendable para su salud: también en estos casos es deber del profesional informar al juez y a los apoyos”¹⁹

Finalmente, 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 informado²⁰. Tal intervención del médico se corresponde con sus deberes profesionales.

6. Conclusiones

La cuestión que hemos procurado abordar es quién brinda el consentimiento cuando una persona se encuentra completamente imposibilitada de expresar su voluntad. Como hemos visto, en primer lugar habrá que estar a las directivas anticipadas que pudo haber dejado el paciente. Si no hubiera directivas, el artículo 59 CCC procura armonizar el criterio del orden de prelación con la eventual existencia de una sentencia de incapacidad o restricción a la capacidad. Cuando no hay tal proceso judicial previo, tanto el CCC como la ley 26529 remiten a los familiares, que son quienes en mejor posición se encuentran de intervenir por el paciente. Finalmente, el CCC agregó al allegado que acompaña al paciente.

La principal diferencia entre el orden de prelación para el consentimiento por representación fijado por ley 26529 (que remite al artículo 21 de la ley 24193) y el artículo 59 CCC radica en torno al lugar que ocupan el representante y el apoyo. Mientras que en la ley 24193 figuran en último lugar, en el CCC figuran en primer lugar. Cabe interpretar esta diferencia a partir de la dinámica que fija el nuevo sistema de restricción a la capacidad del CCC, donde se presume que la persona siempre es capaz de ejercicio, salvo que una sentencia haya limitado la capacidad para algunos actos o funciones para su bien y que haya designado uno o varios apoyos. Ahora bien, esta diferencia se aplica únicamente a los supuestos en que la persona tiene una sentencia de restricción de la capacidad que nombra un curador (incapaz en los términos del artículo 32 in fine) o bien que nombra un apoyo con funciones de representación, en ambos casos con funciones para brindar el consentimiento informado para actos médicos. En los otros casos de imposibilidad absoluta de hecho, sin que medie una sentencia de restricción de la capacidad, la referencia del artículo 59 CCC al representante legal y al apoyo no se aplica y rige el orden de prelación entre familiares.

Respecto a los familiares, hay una cierta convergencia entre la ley 24193 y el artículo 59 CCC. Sin embargo, encontramos una mayor precisión en la ley 24193 para describir el orden entre parientes, y por tanto entendemos que ese orden debe ser respetado cuando

¹⁹ Tobías, José W., op. cit., p. 622.

²⁰ Navarro Floria llama la atención sobre el hecho de que el artículo 9 de la Ley 26529 también contempla como excepción a la obligatoriedad del consentimiento informado la situación de grave peligro para la salud pública (Navarro Floria, Juan G., op. cit., p. 74).

el CCC habla de “pariente”. El decreto reglamentario continúa siendo más preciso que el artículo 59 en lo que refiere al supuesto de diferencias de criterio entre parientes ubicados en un mismo grado dentro del orden de prelación. Según el art. 5 del decreto 1089/2012, en tal supuesto *“se requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente”*. El decreto reglamentario también continúa siendo aplicable en lo que concierne a la forma de acreditar el vínculo a los fines de establecer el orden de prelación.

La inclusión del “allegado que acompaña al paciente” en el art. 59 CCC resulta de relevancia para los casos de emergencia y parece hecha para dar una solución práctica a situaciones en las que la persona pudo haber sufrido un accidente o una situación inesperada sin que haya familiares cerca²¹. Sin embargo, la ambigüedad del término “allegado” puede generar algún problema práctico e interpretativo.

La figura del allegado-representante revela el énfasis del legislador por asegurarse que alguien “decida” y evitar caer en un “paternalismo médico”. El problema de esta expansión de los “eventuales” representantes es que, al mismo tiempo, se pretende que el representante no actúe según el mejor interés del paciente, sino que se limite a “testimoniar” cuál era su voluntad. Así, la tendencia a evitar un paternalismo puede degenerar en una voluntad ficticia o “procedimentalmente reconstruida”. Recordemos que, incluso desde la lógica de la autonomía de la voluntad, algunos autores se preguntan si el orden de prelación fijado por la ley es el que hubiera elegido la persona²². También advierten sobre las perspectivas culturales del representante que pueden no coincidir con el paciente, o sobre la posibilidad de que el representante se equivoque respecto a las preferencias del paciente, o bien proyecte sus propias preferencias.

Estos límites permiten ver las dificultades inherentes al llamado “consentimiento por representación” y también la necesidad de tener en cuenta que la exaltación de la autonomía de la voluntad no puede realizarse hasta tal punto de olvidar que lo que está en juego es la vida y la salud de una persona humana, con su dignidad y derechos, máxime en el contexto de un tratamiento médico que, por su propia naturaleza, tiene una finalidad eminentemente terapéutica y ordenada al bien integral del paciente. Así, también en estos temas siempre es necesario tener presente la delicada armonía entre autonomía y protección, pensando en la dignidad y bien de la persona humana concreta.

²¹ Cfr. Saux, Edgardo I., loc. cit..

²² Kohn, Nina A. Kohn, Blumenthal, Jeremy A. "Designating Health Care Decisionmakers for Patients without Advance Directives: a Psychological Critique", *Georgia Law Review*, 2008, Vol. 42, p. 979-1018.