

## El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26529 de derechos del paciente

Ciruzzi, María Susana

Abogada. Especialista en Bioética (FLACSO), Doctora en Derecho Penal, UBA.

Si bien los derechos personalísimos ya gozan de reconocimiento legal en distintos tratados internacionales incorporados a la [Constitución Nacional \(CN\)](#), resulta importante la mención que el nuevo Código trae acerca del principio de dignidad (arts. 51 y 52). Aún cuando existe consenso bioético acerca de la dificultad de definir un término tan polisémico y subjetivo como dignidad, lo cierto es que se trata de una noción que permite otorgar un sustrato mínimo común que atraviesa a la Medicina, al Derecho y a la Filosofía. Es un valor caro a la comunidad occidental, fundante de nuestros sistemas jurídicos. Supone el respeto al otro por el solo hecho de serlo, independientemente de sus accidentes (en sentido aristotélico).

Que el [Código Civil y Comercial \(CCyC\)](#) reafirme a la dignidad como faro y norte de la interpretación de los derechos individuales, no hace más que recordarnos la importancia de la subjetividad y la otredad en las interacciones humanas.

El consentimiento informado (CI) es el acto por el cual un paciente brinda su conformidad (o rechazo) con 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. En lenguaje bioético, el CI no hace más que concretar el principio de autonomía.

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

Imperioso resulta destacar que la toma de decisiones (en la vida, en general, y en cuestiones médicas, en particular) no es un proceso lineal, exclusivamente racional y razonable. Nuestras decisiones están impregnadas por nuestras consideraciones subjetivas, por nuestra cultura, nuestros miedos y temores, nuestras emociones y sentimientos. Por ello se considera que es el propio sujeto quien se encuentra en la mejor posición para decidir aquello que le conviene y respeta su concepción personal en relación al autocuidado de su salud.

En cuanto a la regulación de los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56, CCyC), la norma es la prohibición de aquellos actos que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, con excepción de aquellos actos con finalidad terapéutica o la donación de órganos (que se rige por su propia normativa). En mi opinión, creo que esta regulación es contraria a la disposición del artículo 19, CN, en tanto muchos actos de disposición corporal –no estrictamente médicos– quedarían convertidos automáticamente en ilícitos –cuanto menos civiles– (piénsese por un momento en el “piercing” o algunas conductas especiales de las conocidas como “tribus urbanas”). O, yendo más lejos aún, en el suicidio, máxima expresión de autodisposición del propio cuerpo, que aún hoy en día se continúa discutiendo acerca de su naturaleza, en tanto acto de libertad y autonomía o acto sintomático de una patología mental.

El CI recibe una regulación específica en los artículos 58 y 59, CCyC. Un punto crítico fundamental es que resulta prácticamente una incorporación directa de la normativa de la [Ley de Derechos del Paciente](#) (LDP, art. 2° inc. e; art. 5° ley 26.529), y en donde se puede apreciar que se termina regulando –bajo un mismo acápite– dos situaciones bioéticas totalmente distintas: el consentimiento para asistencia médica y el consentimiento para prácticas de investigación científica. Cada uno de

ellos tiene, desde el campo bioético, una regulación específica que no puede confundirse, en tanto en la relación asistencial el foco está puesto en el paciente, la recuperación de su salud, la cura de la enfermedad y –en su caso– el tratamiento de confort y sintomático; y en la [investigación en seres humanos](#), el objetivo fundamental es la búsqueda e incorporación de nuevos conocimientos científicos, con la posibilidad colateral –en algunas circunstancias– de producir un bien en el paciente. Por lo tanto, sus premisas son distintas y sus resguardos específicos, también. De hecho, la regulación que posteriormente especifica los alcances de este CI, solo pueden estar referidas a la relación asistencial y no al campo de la investigación en seres humanos.

Dentro de la regulación sobre el CI se incorporan previsiones específicas sobre la negativa al tratamiento y las decisiones de final de vida, repitiéndose a nuestro juicio un error que ya fuera remarcado en su oportunidad, en ocasión de la sanción de la así denominada “Ley de [Muerte Digna](#)”, modificatoria de la LDP. Necesario es resaltar que una cosa es el derecho del paciente a negarse a realizar un tratamiento médico (la otra cara de la misma moneda del CI) y otra muy distinta es la decisión de adecuar el esfuerzo terapéutico.

Lamentablemente, el CCyC también confunde ambos términos. La negativa a un tratamiento médico, en el caso de un paciente adulto plenamente capaz y competente, es soberana y no está sujeta a ninguna condición, aún cuando ello implique poner en entredicho hasta su propia vida. La adecuación del esfuerzo terapéutico (limitación de soporte vital) es una indicación médica que podrá o no ser aceptada por el paciente, pero la evaluación de la adecuación científica del tratamiento médico a la enfermedad que sufre el paciente y su respectivo estadio evolutivo, es un análisis técnico gobernado por la Lexartis. El paciente siempre puede expresar su negativa a seguir un determinado tratamiento médico, cualquiera éste sea, en situaciones de final de vida o no, sean tratamientos invasivos o agresivos, o tratamientos de hidratación o alimentación artificial, tratamientos curativos, paliativos o de confort. Por ello una cosa es la negativa a seguir un determinado tratamiento médico, como expresión de un derecho individual y personalísimo del paciente y otra –complementaria pero distinta– es la decisión médica de adecuar los tratamientos al tipo y pronóstico de una enfermedad. Es que el peso de la carga en la toma de decisiones recae sobre el equipo tratante, y no sobre el paciente.

El CI, por norma, es verbal salvo en los casos en que expresamente se impone su instrumentación por escrito, como cuando se trata de internación, intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasivos, o su revocación. Huelga aclarar que –desde la praxis– se toma en cuenta la gravedad de la decisión, en cuanto repercusión de la decisión médica en los derechos personalísimos del paciente, como un parámetro más adecuado que la dicotomía “tratamiento invasivo/no invasivo”, ya que ésta puede ser una categoría equívoca y engañosa, en tanto una endoscopia puede ser considerada invasiva, y una quimioterapia por boca, no; mientras que la incidencia en el propio proyecto vital del paciente suele ser mayor en la segunda que en la primera.

Conforme la LDP (art. 2° inc. e) el enfermo puede rechazar los tratamientos médicos “con o sin expresión de causa”. Es cierto que, por principio, el paciente no debiera estar obligado a dar explicaciones acerca de sus decisiones. Pero no es menos cierto que, en una buena relación médico-paciente, sustentada en el diálogo sincero y respetuoso entre ambos aliados de la relación terapéutica, el médico necesita saber el por qué su paciente no acepta su indicación, con la finalidad de asegurarse que el enfermo verdaderamente ha entendido los alcances de su decisión y ha comprendido la propuesta médica. La experiencia indica que muchas veces el rechazo a la indicación médica está sustentado en un malentendido y/o una mala apreciación de la explicación brindada (dificultad en cuanto al lenguaje técnico y su simplificación, por ejemplo), temor o miedo a lo desconocido (un posible mal resultado de la cirugía, los efectos de la anestesia, la incapacidad sobreviniente –temporaria o permanente–), etcétera. Por ello, muy difícilmente un médico con una buena relación con su paciente no vaya a querer indagar acerca de las razones de su negativa, sin que ello implique una pretensa intromisión en la esfera de autonomía y privacidad del paciente.

Dos excepciones legales contempla el deber del médico de obtener el consentimiento informado (CI) del enfermo: situaciones de grave riesgo para la salud pública o situaciones de emergencia en las cuales la vida del paciente esté en juego y no sea posible obtener su CI (por ejemplo, por estado de inconsciencia) o no pueda accederse a la intervención inmediata de un subrogante. Éstas son dos excepciones que se relacionan con la buena práctica médica y con el principio *primum non nocere*.

Bioéticamente, resulta proporcionada toda acción destinada a proteger de manera inmediata la vida del paciente –ante una emergencia que no admite dilación ni espera alguna–. Una vez estabilizado el paciente, es posible reevaluar su situación –ya sea con su intervención directa o a través de sus representantes–ponderando la proporcionalidad de las medidas instauradas y –en su caso–decidir la interrupción de ellas o la abstención de nuevos procedimientos médicos. Por su lado, la salud pública es un bien jurídico que autoriza la restricción legal de ciertos derechos individuales, en la medida de su afectación o riesgo.

Ambas excepciones son jurídicamente causas de justificación que permiten la realización del acto médico con prescindencia del CI del paciente, sin por ello tipificar un acto ilegal o violatorio de los derechos individuales.

A su vez, y siguiendo en esto nuevamente el texto de la LDP, [las directivas médicas anticipadas \(DMA\)](#) han recibido su expreso reconocimiento legal en el artículo 60, CCyC.

Empero, centramos nuestra crítica en el hecho de reservar las mismas solo a las personas plenamente capaces, sin tener en consideración, por un lado, el reconocimiento de la autonomía progresiva en los niños y, por el otro, la naturaleza jurídica de la DMA, que no es un contrato sino un acto lícito unilateral de la voluntad, en otras palabras, no es algo distinto a un CI, solo que anticipado. Entendemos que excluir a los niños y adolescentes del derecho que les asiste a disponer anticipadamente acerca de sus decisiones personales en orden al cuidado de su salud o al destino de su cuerpo conculca principios constitucionales fundamentales. Por otro lado, resulta meritorio destacar la eliminación de los requisitos de extrema formalidad que imponía en este punto la LDP, contrariando la experiencia que muchas de nuestras más prestigiosas instituciones de Salud ya habían trazado en orden al reconocimiento y validez de estos documentos. Su incorporación directa a la [historia clínica](#), con pleno conocimiento del paciente y sus familiares, los dota de legitimidad y plena vigencia.

Asimismo, se impone la obtención del CI para la exposición de un caso con fines académicos. El paciente debe ser advertido de esta posibilidad, solicitando su autorización y garantizándole que su identidad será disimulada, de manera de no permitir su reconocimiento por terceros. Esto significa tanto el uso de nombres ficticios para identificar al paciente como el desfiguramiento de los rasgos físicos del mismo, salvo que esto sea necesario para la ilustración de la patología en particular, situación que debe ser puesta de relieve al momento de solicitar el CI.

Huelga remarcar que estos principios que estamos referenciando hunden sus raíces en un principio liminar de nuestro sistema democrático y constitucional: el artículo 19 de nuestra Carta Magna, que garantiza el derecho a ser dejado a solas tanto por el Estado como por terceros. Esta norma nos reconoce la facultad de realizar nuestras propias elecciones personales (morales, inmorales, disparatadas y/o disvaliosas) con el único límite de no conculcar, de no interferir arbitrariamente, en los derechos de terceros. Nuestro propio proyecto de vida, que solo nos pertenece a cada uno en la medida, con el significado y el contenido que le otorguemos, determina dos tipos de obligaciones fundamentales en cabeza del Estado: un deber de abstención, en cuanto a no interferir en nuestras elecciones personales; y un deber de acción o garantía, que nos permita contar con los medios adecuados y con las protecciones necesarias a los fines de la concreción de nuestro plan personal.

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

## Bibliografía

ANDORNO, R. (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos.

BEAUCHAMP, Tomy -CHILDRESS James F. (september 1995). *Principlism and its alleged competitors*. Kennedy Institute of Ethics Journal. Vol. 5, Nº 3.

BENAVENTE, María. *El respeto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado*. ED 186-1343.

BERRO ROVIRA, Guido. *El consentimiento del adolescente. Sus aspectos médicos, éticos y legales*. En Archivos Pediatría Uruguay. 2007;71(1)45.

CAMBRA, José. *Consentimiento informado en Pediatría*. Instituto Borja de Bioética. Hospital San Juan de Déu. Barcelona: España.

CIRUZZI, María S. (2011). *La autonomía del paciente pediátrico: ¿límite, utopía o realidad?* Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

CALÓ, Emanuele (2000). *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*. Buenos Aires: La Rocca.

GARAY, Oscar E. (2008). *Bioética en Medicina*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Pedro (mayo-agosto 2007). *Breve reflexión sobre el consentimiento informado en Pediatría*. Bioética.

GUERRA LÓPEZ, Rodrigo (2007). *La persona es fin y no medio. El fundamento normativo de la bioética personalista*. En TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María - POSTIGO SOLANA, Elena (Editoras). *Bioética Personalista: Ciencias y controversias*. Tribuna SigloXXI. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.

HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra (2003). *Consentimiento informado*. En Garay, Oscar Ernesto (Coordinador). *Responsabilidad Profesional de los médicos. Ética. Bioética y Jurídica: Civil y Penal*. Buenos Aires: La Ley.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (2001). *El derecho del menor a su propio cuerpo*. En Borda, Guillermo Antonio (Director). *La Persona Humana*. Buenos Aires: La Ley.

LORDA, Pablo S. (1997). *La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas*. En *Estudios de Bioética*. Universidad Carlos III. Madrid: Dykinson.

NINO, Carlos (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.

PRIEUR, Stephan (1999). *La disposition par l'individu de son corps*. Ed. Les Études Hospitalières. Bordeaux, Nº 444.

PUGA, Teodoro; *Bioética en Pediatría*. Conferencia. Arch. Arg. Pediatr. 1999;97(1):26.

SIEGLER, M. *Decision making strategy for clinical-ethical problems in Medicine*. Arch.Int.Med. 1982. 14(12):2178-9.

-----  
Recibido: 17/08/2016; Publicado: 03/2017