



Revista Pelicano

Vol. 6. *El vuelo del Pelicano*

ISSN 2469-0775

pelicano.ucc.edu.ar

Agosto 2020 – Córdoba

Lucrecia Aboslaiman

lucreabos@hotmail.com

Docente por Concurso de *Introducción al Derecho* de la Fac. de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Aut. y docente de la materia *La condición humana y el derecho*. Investigadora categoría 3 por SECYT Nación. Formadora de recursos humanos.

DOI:

<https://doi.org/10.22529/p.2020.6.05>

Lineamientos generales acerca de algunos conceptos en materia de salud en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

General Guidelines about some Concepts in Health in the New Civil and Commercial Code of the Nation

Resumen

Nos proponemos abordar de manera breve e introductoria, algunos lineamientos que adopta el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de salud.

Este Código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes.

Es de gran importancia que el Código defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de los principios que van estructurando el resto del ordenamiento.

El tratamiento del tema lo articulamos desde la mirada de los derechos humanos, en particular el derecho a la salud.

El desarrollo es esquemático y no pretende agotar el tratamiento que merecen cada uno de los temas incorporados, en particular.

Palabras clave: salud, autonomía, consentimiento informado, derecho a la salud.

Abstract

We propose to address in a brief and introductory way, some guidelines adopted by the New Civil and Commercial Code of the Nation in matters of health.

This Code of the 21st century is inserted into a complex system, characterized by the enactment of special laws, Praetorian jurisprudence and plurality of sources.

It is of great importance that the Code defines the great paradigms of private law through the principles that structure the rest of the system.

The treatment of the subject is articulated from the perspective of human rights, in particular the right to health.

The development is schematic and is not intended to exhaust the treatment that each of the topics incorporated deserve, in particular.

Key words: Health, Autonomy, Informed Consent, Right to Health

Introducción

El COVID-19 ha desajustado los modelos de vida a los que estábamos acostumbrados. Esta crisis sanitaria puso en evidencia la necesidad de repensar un proyecto que tenga a la vida y en particular a la salud en el centro: todos somos interdependientes. La rápida propagación del COVID-19 y las medidas institucionales para producir aislamiento social que se están aplicando en la mayoría de los países ponen en evidencia uno de los eslabones más débiles de nuestra sociedad: los cuidados.

Ellos son relacionales e interdependientes, todos hemos precisado o precisaremos de cuidados en algún momento de nuestra vida y todos hemos cuidado o cuidaremos a alguien en las etapas de nuestro ciclo vital. Todas las personas requerimos alimento, ropa, abrigo, asistencia, apoyo, y educación.

Una de las lecciones que nos deja esta emergencia sanitaria se refiere a la invisibilidad de estos cuidados y la desigualdad en materia de educación, con las implicancias sociales y culturales que ello tiene. Ante esto, nos preguntamos cómo impactan los cambios propuestos por las medidas que están tomando los países sobre la vida cotidiana las personas.

Esta situación es una oportunidad para hacernos la pregunta ¿qué pasa con la salud en el marco de esta emergencia sanitaria?

Para un problema estructural de esta magnitud la solución no es simple. Un abordaje histórico al tema ha sido ignorar la centralidad del tema.

Nos limitaremos a abordar la cuestión planteada sólo desde la perspectiva contemplada en el Código Civil y Comercial de la Nación, pero no queríamos ignorar hacer una referencia en la introducción a este tema que atraviesa transversalmente toda la realidad social, cultural, jurídica, económica y sanitaria a nivel mundial.

El Derecho a la Salud se refiere a que la persona tiene como condición innata, el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado para la preservación de su salud, el acceso a una atención integral de salud, el respeto a su concepto del proceso salud - enfermedad y a su cosmovisión. Este derecho es inalienable, y es aplicable a todas las personas sin importar su condición social, económica, cultural o racial. Para que las personas puedan ejercer este derecho, se debe considerar los principios de accesibilidad y equidad.

De acuerdo a la *Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, se reconoce la salud como derecho inalienable e inherente a todo ser humano. Esto implica la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud de todos sus ciudadanos, no sólo asegurando el acceso a la atención de

salud, sino también la atención adecuada. Es por ello que la propuesta plantea un modelo de atención basado en el sistema público de salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados.

a) *Disponibilidad*: se refiere a contar con un número suficiente de establecimientos de salud, recursos humanos (considerando médicos, profesionales, técnicos y personal de salud capacitados) y programas, que incluyan los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

b) *Accesibilidad*: Significa que los establecimientos, bienes y servicios de salud se encuentren accesibles a todos, haciendo hincapié en los sectores más vulnerables y marginados de la población. Lo anterior implica:

Accesibilidad física: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, así mismo los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable deben ser de acceso intradomiciliario o encontrarse a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales.

Accesibilidad económica (asequibilidad): Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad y ser proporcionales a los ingresos financieros de los hogares.

Acceso a la información: Comprende el derecho del paciente a recibir y solicitar toda la información necesaria sobre su situación y el tratamiento que recibirá. Involucra también el derecho a recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Sin embargo el acceso a la información no debe menoscabar el derecho a la confidencialidad de los datos personales.

c) *Aceptabilidad*: Todos los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente aceptados. Además deberán ser sensibles a los requisitos del género y del ciclo de vida. Así mismo el paciente tiene todo el derecho de aceptar o no el diagnóstico y tratamiento que propone el personal sanitario.

d) *Calidad*: Los establecimientos, servicios, equipamiento e insumos de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad;

el personal debe estar capacitado; y debe contar con agua potable y condiciones sanitarias adecuadas. Es parte de la calidad de los servicios de salud, el trato respetuoso, adecuado y oportuno a las personas que demandan atención.

La obligación estatal implica la provisión de una atención integral, continua y equitativa. Recoge las dimensiones de promoción, prevención, curación y rehabilitación. Involucra el derecho y responsabilidad de las personas, familias y comunidades de ser protagonistas de su propia salud, por lo que promueve procesos sociales y políticos que les permitan expresar necesidades y percepciones, participar en la toma de decisiones, así como exigir y vigilar el cumplimiento del derecho a la salud.

Contexto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación pertenece al siglo XXI y como tal a una sociedad posmoderna y globalizada.

Se inserta en un sistema complejo, constituido por el dictado de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes.

Como todo proceso de codificación, se incluye el Código y los principios y fuentes en que debe inspirarse. Se presenta como un instrumento que crea una cultura nacional y en particular, jurídica, donde la Constitución conforma el marco jurídico-político general.

La ley recepta o plasma una cultura social nacional, no la crea. En cuanto a la cultura jurídica, no es nuevo que la Constitución conforme el marco jurídico político general. Es decir, que el *Código*, y en particular la cuestión que aquí nos convoca, se ha concebido pensando en el ciudadano como principal destinatario de la norma. De este modo, los paradigmas y principios de la nueva legislación responden a las prácticas sociales y culturales vigentes.

Es trascendental que el Código defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van a estructurar el resto del ordenamiento.

Las leyes especiales se mantienen tal como surgen del texto de la ley de aprobación. Esto es lo que sucede con materia de salud, de consumidores, entre otras. La potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia.

El destinatario de este Código y el tema en particular que nos convoca se ha concebido pensando en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes.

El nuevo Código Civil y Comercial actualiza su visión en comparación con el cuerpo legal de Vélez Sarsfield, que data de 1869, de acuerdo a las nuevas realidades sociales, culturales y jurídicas.

Estructura su punto de vista sobre algunos valores guía resumidos en bloques como la constitucionalización del derecho privado, los códigos de la igualdad basados en la no discriminación, los derechos individuales y colectivos, un nuevo paradigma en materia de bienes, es decir para una sociedad multicultural.

En cuanto a los lineamientos generales en materia de salud, propone cambios en la capacidad de los menores de consentir actos médicos y para decidir sobre su propio cuerpo; prohíbe realizar acciones sobre la anatomía que disminuyan la integridad o sean contrarios a la ley así como la alteración genética de embriones; establece pautas sobre investigaciones médicas en seres humanos; destaca la obligatoriedad del consentimiento informado tanto para intervenciones médicas como para estudios; prevé las directivas anticipadas, el derecho a rechazar tratamientos por parte de los enfermos terminales y destaca el consentimiento y la voluntad procreacional para las técnicas de fertilización asistida.

Al margen de las modificaciones, hubo institutos que fueron abordados en el proyecto original pero que terminaron por quedar afuera de la versión convertida en ley, como las figuras de la fertilización post mortem y las del vientre subrogado. Y desde ya la existencia de puntos polémicos, como el de que la vida comienza desde la concepción.

En algún punto, la huida ilusoria sobre la fantasía acerca de la inmortalidad subyace en el imaginario colectivo, vivenciando las enfermedades, las perturbaciones a las técnicas en materia de salud y la muerte como un fracaso de la medicina y considerándose a los médicos como responsables del mismo.

Hoy, se atribuye máxima jerarquía al derecho a la salud, en el que se encuentra comprometido el interés público en su protección, tanto en la *Constitución Nacional Argentina como en los Tratados Internacionales*.

Es necesario remarcar que el Código de Vélez Sarsfield no se refirió a la salud humana en forma directa. Es que en tiempos donde la medicina como disciplina científica y la salud pública como concepto apenas comenzaban a desarrollarse, no había espacio para una reflexión sobre el tema en un texto legal de esa naturaleza, entonces centrado esencialmente en las relaciones privadas entre los hombres.

Los avances científicos y tecnológicos producidos en el siglo XX y lo que va del siglo XXI, revolucionaron la atención de la salud, expresándose en prácticas como la genética

aplicada a la terapéutica, los trasplantes de órganos y la concepción de personas mediante métodos de fertilización asistida. En este marco, el *derecho a la salud* fue explícitamente reconocido en la Constitución de 1994 y ahora aparece variadamente regulado en el Código unificado, según veremos seguidamente.

Algunos lineamientos en materia de salud.

1. Capacidad de los menores para consentir actos médicos

En el Código Civil de Vélez Sarsfield, sólo las personas mayores de edad podían dar su consentimiento para actos médicos, algo que cambió con el nuevo cuerpo legal, que establece que

los adolescentes de entre 13 y 16 años son capaces de decidir sobre procedimientos “no invasivos” que no comprometan su estado de salud ni impliquen un riesgo grave. Si se trata de tratamientos “invasivos” o que pongan en peligro la integridad de la vida, los menores deben tener el consentimiento de sus progenitores, mientras que a partir de los 16 años, los jóvenes son considerados como adultos en las decisiones asociadas al cuidado del propio cuerpo.

En el Código Civil originario, “eran los padres los que debían decidir sobre la salud de sus hijos”, pero el principio constitucional-convencional de la *autonomía progresiva* de los niños y adolescentes obligó a revisar estos conceptos.

Desde la bioética se sostiene que esta norma plasma un principio bioético fundamental que es el de *autonomía progresiva* y doctrina del menor maduro, respetando el derecho de participación y el mejor interés que reconoce la Convención de los Derechos del Niño.

Desde esta disciplina, se agregó que siempre se ha tendido a permitir la participación activa del niño conforme su grado de madurez y comprensión, y la gravedad de la decisión a tomar, ya que no es lo mismo decidir sobre el uso de un anticonceptivo o una transfusión sanguínea.

Desde la bioética, se prefiere hablar “de gravedad de la decisión y no de diferencias en la toma de decisiones conforme el método sea invasivo o no invasivo”, pero se destaca que la disposición sobre el propio cuerpo a partir de los 16 años está en armonía con la mayoría de las legislaciones de los países avanzados.

2. Disponer del propio cuerpo y prohibir alteración de embriones

Dentro del capítulo sobre *derechos y actos personalísimos*, se establece que están prohibidos “los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres”.

Se considera que esta norma establece un principio general protectorio, que no obsta a las decisiones que cada persona adopte, en ejercicio del señorío de su propio cuerpo y como la *Ley 26529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”* establece la posibilidad de aceptar o rechazar, sin expresión de causa, tratamientos médicos, la *Ley 24193 de “Trasplantes de órganos y tejido humano”* o la *Ley 26743* que garantiza el reconocimiento y libre desarrollo de la identidad de género.

Por otra parte, el cuerpo legal resalta la prohibición de “*toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión*”. Algunos autores sostienen que esta norma no hace previsión alguna sobre las oportunidades de que con esta práctica se pueden evitar enfermedades. Desde el punto de vista bioético se discute hace mucho la terapia para evitar la transmisión de enfermedades, como es el caso de los llamados “bebés medicamentos o de diseño”, concebidos por ejemplo para curar a un hermano a través del trasplante de médula.

La prohibición parece haber hecho caso omiso al llamado diagnóstico genético preimplantatorio, que permite determinar la existencia de enfermedades genéticas graves en el feto, y en los cuales se habla del principio preventivo para evitar la transmisión de enfermedades genéticas a la descendencia cuando uno sabe que es portador, o la posibilidad de tomar decisiones personalísimas con relación a la continuidad del embarazo. En estos casos, se interpreta que al no estar estas circunstancias previstas en la ley, deben quedar reservadas al criterio médico más adecuado para ser aplicado en cada caso.

3. Regulación de estudios en humanos, consentimiento informado y directivas anticipadas

El artículo 58 establece: INVESTIGACIONES EN SERES HUMANOS.

La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:

- a. describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;

- b. ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;
- c. contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;
- d. contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;
- e. estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;
- f. contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;
- g. no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;
- h. resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;
- i. asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;
- j. asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

Es decir que este artículo del nuevo Código Civil brinda pautas sobre cómo deben realizarse las investigaciones clínicas en seres humanos, entre ellas las pruebas científicas. Por un lado se debe describir el proyecto; contar con la aprobación de un comité acreditado y del organismo público correspondiente, que la comparación entre los riesgos y los beneficios esté cuidadosamente fundamentada, que se tenga el consentimiento informado previo del voluntario luego de que se le explicara el procedimiento en detalle; no implicar para el participante riesgos desproporcionados en relación a los beneficios; resguardar la intimidad de los voluntarios y asegurarse de que no cobren por esta práctica, pero que sí dispongan de los tratamientos investigados que le hayan resultado beneficiosos.

Muchos estudiosos del tema, consideran que es muy importante que el Código se haya ocupado de establecer una norma general en este sentido ya que por las características de

nuestro país de organización federal, la legislación sanitaria ha quedado reservada a cada una de las provincias que lo componen. Además, los artículos sancionados implican el establecimiento de un piso básico de garantías que no pueden quedar al margen, aún en aquellas jurisdicciones que no hayan dictado una ley especial sobre el particular, debiendo asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación, así como un proceso de *consentimiento informado* previo, libre, específico, escrito y revocable.

El artículo 59 se refiere al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. 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.

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.

Es decir que el *artículo 59 del nuevo Código Civil* plantea que debe existir el *consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud*, es decir, la declaración de voluntad expresada por el paciente luego de recibir *datos claros sobre su estado de salud; los beneficios esperados por el procedimiento; riesgos y efectos adversos y consecuencias sobre la no realización del proceso.*

Determinados autores opinan que aunque “no de una manera muy clara”, *en los artículos 58 y 59 se plasman principios que ya regían en el quehacer asistencial y en la investigación en seres humanos, aunque desde el punto de vista práctico no creen que se produzca ningún cambio, al menos en las instituciones de salud que realizan estudios donde estos principios siempre fueron tenidos en cuenta, ya que la evaluación de los protocolos pasa por un Comité de Ética.*

En el mismo artículo 59 se establece que *en caso de que el voluntario o paciente presente una enfermedad o lesiones que lo dejen en una situación terminal, irreversible e incurable, posee el derecho de rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, reanimación o al retiro del soporte vital, así como también que tiene derecho a recibir cuidados paliativos.* Y si la persona no pudiera expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, el *consentimiento* puede ser otorgado por familiares o representantes legales. Sólo en urgencia y ante ausencia de todos ellos el médico puede prescindir de él.

Por último *el artículo 60* se refiere a las 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 eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Es decir, que se reconoce que las personas pueden *dejar directivas médicas anticipadas en previsión de su propia incapacidad y esta decisión puede ser revocada.*

El nuevo Código Civil está en consonancia con normas como *la Ley de Derechos del Paciente y de Muerte Digna*, es más, se inspira en ellas para lograr un ordenamiento sistémico e integral, y se destaca a las directivas anticipadas, que fueron incluidas en el código más allá de que estén contempladas en la normativa nacional. Otros autores más críticos resaltaron el rol de los médicos y se consideró que en las leyes hay muchas situaciones de conflicto y superposiciones donde se desconoce la realidad de las patologías que se trata, donde la *voluntariedad de una persona se encuentra totalmente disminuida, cuando no ausente*.

4. Fertilización asistida

El nuevo Código Civil establece que debe existir un *consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida*, que tiene que ser recabado por el centro especializado y debe renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones. Plantea también que es obligatorio que exista la *voluntad procreacional* y que los hijos nacidos por estas técnicas son de quién dio a luz y de quien brindó el consentimiento. (Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación)

De conformidad a lo expuesto, se entiende que *el uso de gametos de un tercero debe estar asentado en un legajo y que estos datos pueden obtenerse por quienes nacieron por estas técnicas cuando es relevante para la salud o incluso puede revelarse la identidad del donante por razones debidamente fundamentadas*.

Con respecto a los aspectos regulatorios, se explica que el Código se dedica a las cuestiones filiatorias y que lo demás no está establecido aún, sino que se debatirán en una ley especial que va a realizarse también con los aportes del nuevo Código y con la ley de cobertura, que ya está vigente (Ley 26.862).

5. Competencia y capacidad necesaria para decidir la realización de actos médicos

Es decir que en materia de competencia y capacidad necesaria para decidir la realización de actos médicos, queda claro en el nuevo sistema legal que aquello que se exige para la toma de decisiones en materia de salud es *competencia* decisoria, como regla y no *capacidad* jurídica, categoría aplicable sólo a supuestos de excepción (ejemplo: para el otorgamiento de directivas anticipadas, conf. Art. 60).

En el Código unificado, la aptitud o competencia para recibir información y tomar decisiones sobre el propio cuerpo, responde al concepto de autonomía progresiva, arraigado ya en las *Convenciones de Derechos Humanos*, que desde el año 1994 forman parte del bloque constitucional (conf. 2 art. 75 inc. 22 CN). Así se *reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos, atribuyéndoseles mayor poder de decisión según su edad y grado de madurez*. En este

sentido, *el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, dispone que los menores entre trece (13) y dieciséis años (16) años, tienen aptitud para decidir sobre tratamientos médicos no invasivos, ni especialmente riesgosos; con la asistencia de sus progenitores cuando los tratamientos presentaren tales condiciones. A partir de los dieciséis 10 años de edad, se consideran adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Se trata de presunciones *iuris tantum*, que cuentan con antecedentes en la legislación especial local (ej.: de salud reproductiva), especialmente valiosas en situaciones en las que los jóvenes concurren a la consulta solos, porque no hay adultos a cargo o por cuanto existen conflictos insalvables con ellos. Pero pensamos que deben aplicarse con cautela, en función de la variabilidad y complejidad de las cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas y las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que suelen presentar los adolescentes de una misma edad. Además, en cuanto la autonomía progresiva tiene en consideración el interés superior de los niños y adolescentes, esta figura no debería devenir una vía para imponerles responsabilidades para las que no estén preparados, en una sociedad que hoy sufre los efectos del debilitamiento de las responsabilidades parentales y de carácter horizontal que han tomado las relaciones entre padres e hijos. (Wierzba, 2015, p 25).

Por otro lado, el nuevo Código sigue los principios contenidos en la *Convención internacional de personas con discapacidad* (13/12/06, acogida en la Ley 26.378/08), para el caso de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. La ley presume su capacidad, admitiendo la aplicación de limitaciones de carácter excepcional que hagan al beneficio del afectado, previo examen interdisciplinario, y sujetas a revisión periódica. La sentencia que se dicte en su caso será —a medida—, especificando qué funciones y cuáles actos serán objeto de restricción (art. 38), pues la idea es garantizar el mayor grado autonomía posible. Se prevé además la designación de los apoyos correspondientes, que consistirán en «...*Cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general...*» (Art. 43 *Código Civil y Comercial y Constitución Nacional*). Es así que las personas que padecen limitaciones como las citadas, se presumen competentes para recibir información y tomar decisiones sobre su salud, pudiendo asistirlos, o en casos extremos representarlos el cónyuge, el conviviente, el pariente, el allegado que lo acompañe o en su caso el representante legal o apoyo, si no

estuvieren en condiciones de expresar su voluntad (*art. 59 Código Civil y Comercial y Constitución Nacional*).

Y si bien en la normativa especial sobre salud ya se encuentran consagrados los principios de autonomía progresiva y presunción de competencia decisoria para las personas mayores de edad, con su recepción explícita en este trascendente cuerpo de leyes, tales principios confirman su vigencia nacional y carácter general, lo cual sin duda impactará tanto en las relaciones entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud, como en las responsabilidades que tales sujetos asuman en el contexto de dichos vínculos. (Wierzba, 2015, p180).

6. Puntos en conflicto

El *artículo 19*, con relación al comienzo de la vida, establece que “*la existencia de la persona humana comienza con la concepción*”.

Este punto puede ser conflictivo en las técnicas de reproducción asistida, ya que no se explica si se considera concepción a la fertilización o a la implantación del embrión. Por otra parte, se eliminaron las figuras del proyecto original que consagraban la fecundación post mortem y la maternidad subrogada.

Se sostiene que desde *el campo jurídico se debe discutir no desde cuándo comienza la vida* - cuestión que ni las ciencias médicas se ponen de acuerdo- sino desde cuándo, hasta cuándo y con qué intensidad se protegerá jurídicamente el bien vida. También se afirma, que no debería tener la misma protección jurídica un blastocito que la persona ya nacida. Debería haber una graduación en la intensidad de la protección que se brinda, al punto tal que es el mismo *Código Penal* el que hace esta diferencia: el homicidio (matar a otro que ya ha nacido) tiene una pena de 8 a 25 años de prisión mientras que el aborto (matar al feto en el vientre materno o a través de su expulsión violenta) tiene una pena de 1 a 4 años de prisión cuando se actúa con el consentimiento de la mujer y de 3 a 10 años de prisión cuando se carece de tal consentimiento.

Las *figuras de la maternidad subrogada y la fecundación post mortem*, que habían sido incorporadas en el proyecto original pero quedaron excluidas de la versión final requieren más debate y sobre todo información para que aquellas situaciones que ocurren en la realidad de nuestro país y pueden afectar a sectores más vulnerables queden expresamente legislados para otorgar efectiva protección a todas las partes que intervienen.

Algunos autores consideran que estos dos institutos quedaron afuera por la presión de la Iglesia Católica y los sectores más conservadores del ámbito jurídico; sin embargo, a pesar

de esta fuerza, la realidad es aún más fuerte que este poderoso actor social, puesto que ya hubo en el país fallos a favor de la gestación por sustitución como también permitir que una persona siga adelante con el tratamiento de reproducción asistida a pesar del fallecimiento de su marido.

Algo similar ocurriría con el debate sobre la despenalización del aborto, ya que si se considera el inicio de la persona humana desde la concepción no afectaría en nada a esta discusión. Si ya con el *Código Civil de Vélez Sarsfield* se puede dar el debate, del mismo modo se va a poder continuar con la pelea en el nuevo Código. Es cierto que si la norma sobre la existencia de la persona humana hubiera dicho que se es persona desde el nacimiento con vida, esta regulación habría facilitado desde el campo civil una cuestión que involucra básicamente al derecho penal. Pero esta facilidad no es sinónimo de prohibición ni mucho menos.

La mayoría entiende que *la fertilización post mortem y la maternidad subrogada*, eran dos temas que había que aclarar porque *al no establecer el nuevo Código Civil pautas claras, se tendrá tener que judicializar cada caso*. El no reconocimiento del vientre sustituto implica que se vean afectadas no sólo las mujeres que no tienen útero, sino también las parejas homosexuales masculinas, que por la ley del matrimonio igualitario tienen los mismos derechos que las uniones heterosexuales.

Por otra parte, se critica que se hable del comienzo de la vida desde la concepción, pero al no definir esta última, queda abierta a la interpretación: si la vida comienza con la fertilización o con la implantación del embrión.

También exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos, y tratamientos que no lo son. Al respecto, más allá del valor teórico de estas expresiones y de su ya tradicional relevancia en materia de consentimiento informado, advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distingo. Además, si de la definición de tal concepto depende la aptitud de un joven de trece a dieciséis años para decidir un tratamiento médico en forma autónoma, se impone una mirada aun más cuidadosa.

Análisis del artículo 59 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

1 .Fuentes del nuevo texto

El art. 59 sancionado expone el principio básico que para tratamientos médicos, contenían los Proyectos de Código de 1993 y 1998, a saber: que nadie puede ser sometido a un tratamiento médico *sin su*

consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Empero, el nuevo texto contiene además una definición *del consentimiento informado* o esclarecido y enumera el contenido de la información que debe recibir el paciente. Continúan vigentes las pautas en la materia establecidas en la *ley 26.529* sobre Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales de la salud. El paciente, en lo que aquí interesa, se ocupa del *consentimiento informado* en su art. 5°. Esta última norma, contiene las reglas ahora expuestas *en los incisos g y h del art. 59* que habían sido incorporadas a la *ley 26529 por ley 29742 de "muerte digna"*.

La *ley 26.529* exige que, en determinados casos, el *consentimiento* sea escrito. *El art. 59* nada expresa en torno a la forma de la *declaración de voluntad*, a excepción de lo que se refiere a investigaciones cuya eficacia o seguridad no esté comprobada científicamente, respecto de las cuales el artículo 58 exige sea escrito. (Wierzba, 2015, p40).

2. *Autonomía del paciente y consentimiento informado*

El derecho personalísimo a la *autonomía de la voluntad*, asociado a figuras como el *consentimiento informado* (Art.59), las directivas anticipadas (Art. 60), las prácticas de genética médica (Art. 57) y la investigación en seres humanos (Art. 58), constituye sin duda el núcleo de las normativas sobre salud contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El origen de la llamada doctrina del *consentimiento informado* o esclarecido se remonta a la jurisprudencia norteamericana e inglesa (v. voto del juez Cardoso en el leading case "Schloendorff v. New York Hospital). En nuestro país, su desarrollo ha tenido un hito relevante en el pronunciamiento de la Corte Nacional en el conocido precedente "Bahamondez" (1993). El derecho que se reconoce a toda persona de aceptar o rehusar un tratamiento o intervención médica propuesta por los médicos reposa en su *derecho a la autodeterminación* y respeto de sus decisiones personales atinentes a su salud (art. 19 CN). Ya la *ley 26.529* había consagrado de modo expreso la *autonomía del paciente* (art. 2° inc. e), habilitándolo a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos, tanto médicos como biológicos, con o sin expresión de causa. Resulta atinada la observación que se realizó cuando se destaca que mediante la expresión *autonomía* se alude a *la libertad de aceptar o rechazar tratamientos*, y no a la autonomía amparada por el derogado art. 1197 Cód. Civil, actual 959. En suma, la *licitud* de los tratamientos médicos y de investigación está subordinada al *consentimiento*.

Esta *autonomía*, no obstante, encuentra como límite lo estatuido en el *art. 11 de la ley 26.529* y el *Artículo 60* del presente Código que prohíben las prácticas eutanásicas, como en las demás exigencias que emergen de los *artículos 56 y 58*.

Ahora bien, el *consentimiento para ser informado o esclarecido*, exige la previa información al interesado. El *Artículo 2º de la ley 26.529* estatuye el deber de los profesionales de suministrar la información necesaria sobre la salud al paciente, como también su derecho a no recibirla. A su vez, e *Artículo 3º* precisa el contenido de la información y, finalmente, *el Artículo 5º* y siguientes regulan el llamado *consentimiento informado*.

En línea con ello, el *Artículo 59* sancionado define al consentimiento informado como la “*declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada*” sobre los tópicos que, seguidamente, se ocupa de enumerar.

El *nuevo Código*, en este artículo se refiere a esta figura, recogiendo la esencia de la definición citada 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 (*Ley 26529/09, actualizada conf. Ley de Muerte Digna, Ley 26742/12*). (citado en <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-59>).

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 art. 6 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.

3. Exigibilidad del consentimiento informado. Reglas y excepciones

En forma análoga a la prevista en el *Art. 6 de la ley 26.529*, el precepto dispone que nadie podrá ser sometido a exámenes o tratamientos quirúrgicos sin su consentimiento. Tal principio, no obstante no es absoluto.

A. Imposibilidad del paciente de prestar tal consentimiento

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de prestar su consentimiento, y no lo ha adelantado en la forma prevista en el Art. 60, aquél puede ser dado por su representante legal, el apoyo, el cónyuge o conviviente, el pariente o el allegado que la acompañe. Esto a condición de que medie una situación de emergencia, con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del paciente. En ausencia de las personas mencionadas, el médico podrá prescindir de él, siempre y cuando su actuación resulte urgente y esté enderezada a evitar un mal grave al paciente.

Es decir, que se regulan también las llamadas *directivas anticipadas* (art. 60 Código Civil Comercial y Constitución Nacional), que fueran definidas como ciertas manifestaciones valorativas de los pacientes, que son expresión de cómo desearían ser tratados en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso en que no estuvieren en aquel momento (futuro, hipotético), en condiciones de manifestarse adecuadamente.

De acuerdo a la experiencia habida en la Argentina, mediante tales disposiciones la persona no intenta provocar su muerte, sino sólo la humanización del proceso de morir o bien su cuidado en base a tratamientos médicos aceptables en función de sus convicciones más íntimas (ej.: negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas⁹). Es así que, al menos en una de sus expresiones más características, las directivas bajo estudio se vinculan al llamado ensañamiento terapéutico.

Se establece así una excepción al principio de *autonomía progresiva*, exigiéndose plena capacidad para el otorgamiento de este tipo especial de consentimiento informado. Se admite además la designación de un mandatario que podrá en su caso decidir qué es mejor para el afectado, no sólo en base a la opinión previamente expresada por éste, sino a sus propias convicciones. Además, a diferencia de la *Ley de Derechos del Paciente, el nuevo Código* no exige formalidades para este caso, solución que interpretamos como una flexibilización necesaria, en un contexto donde en variadas instituciones médicas, las directivas anticipadas se implementan mediante procesos cuidados y participativos, sobre los cuales ya existe una probada experiencia. Así, *pueden* implementarse estos procedimientos mediante la intervención de operadores del derecho (ej.: escribanos), si así lo desea el emisor de la directiva, mas no *deben* intervenir como requisito de validez de estos actos.

En cuanto a las cláusulas que importen prácticas eutanásicas, a tenor de los procedimientos admitidos (conf. art. 59 g. y h. CCyCN), evidentemente el legislador se ha

referido a la invalidez de toda disposición por la que se requiera una acción positiva y directa encaminada a terminar con la vida de una persona.

B. Prescendencia del consentimiento por otras disposiciones legales

La norma deja a salvo la existencia de una disposición legal en contrario a la exigibilidad del consentimiento. A su turno, *el Art. 9° de la ley 26.529* prevé como excepción la concurrencia de grave peligro para la salud pública.

La *ley 22.909* establece un "*Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio*", previendo el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de aquéllas incluidas en la nómina elaborada por la autoridad sanitaria. Tal obligatoriedad no se encuentra reñida con la *protección a la autonomía y vida privada* consagrada en el *art. 19 CN*, por cuanto como ha señalado la Corte Nacional, la decisión de los progenitores de diseñar su proyecto familiar rechazando la vacunación de sus hijos afecta los derechos de terceros, al poner en riesgo la salud de toda la comunidad y comprometer la eficacia del régimen de vacunación oficial, a la par que vulnera el interés superior del niño que de acuerdo con la política sanitaria estatal incluye la prevención de enfermedades mediante tal vacunación. No encuentra por tanto tal negativa amparo en la citada norma constitucional.

C. Muerte digna

En consonancia con lo estatuido en el *Art. 2° de la ley 26.529*, según texto ordenado por ley *26.742*, *el inc. g del art. 59* contempla el derecho del paciente que se encuentren en situaciones graves y extremas (a saber, quienes padezcan una enfermedad irreversible, incurable, o estén en estado terminal o hayan sufrido lesiones que los coloquen en tal situación) a rechazar medidas extraordinarias o desproporcionadas con sus posibilidades de mejoría, incluso la hidratación y alimentación, o que produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación de su estado. La previsión normativa procura evitar la denominada *obstinación* también llamado encarnizamiento terapéutica. Tal derecho, a tenor del siguiente inciso, no conlleva la interrupción de los cuidados paliativos integrales en el proceso de atención (*inc. h*).

D. Actos médicos y de investigación en menores y personas con discapacidad

En lo que atañe a los menores, corresponde tener presente las pautas establecidas en el *Art. 26*. En cuanto a las personas con discapacidad, la norma dispone que ninguna persona con discapacidad podrá ser sometida a investigaciones en salud *sin su consentimiento libre e*

informado, debiendo garantizársele el acceso a los apoyos necesarios (*art. 43*). Con todo, respecto de los actos médicos no experimentales de personas con capacidad restringida o declaradas incapaces, habrá de ponderarse el alcance de la restricción a su capacidad dispuesta por el juez (*Arts.24 inc.c, 31 inc. B, 32, 38*).

E. Forma

El nuevo precepto *no establece la forma en que debe prestarse el consentimiento informado*. Con todo, el *Art. 7° de la ley 26.529 dispone que será verbal, salvo los supuestos de internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y aquéllos que impliquen riesgos según lo determine la pertinente reglamentación*.

El *consentimiento prestado* resulta revocable, tal como surge de lo estatuido en el *Art. 55 del presente Código y lo regulado en el Art. 10 de la Ley 26529*.

Jurisprudencia

1. Autonomía y decisiones del paciente

En relación a este tema, no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en *contra de su voluntad*, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. Una conclusión contraria significaría convertir al Art. 19 de la Constitución Nacional en una mera fórmula vacía, que solo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior

2. Vacunación obligatoria

La vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población, y sólo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para todos los habitantes del país que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general.

Conclusión

Si bien en líneas generales los especialistas reconocen que el nuevo Código es un gran avance, existen puntos en los que se muestran en desacuerdo. Resulta imprescindible que se desglose cada uno de ellos, buscando un diálogo interdisciplinario entre abogados expertos en Bioética y en Derecho de Familia, así como también médicos especialistas, que brinden su opinión sobre qué aspectos quedaron bien definidos, qué otros necesitan más debate y cuáles son terrenos de las leyes especiales.

Este trabajo requiere una tarea muy compleja, con el atractivo de abrir otras perspectivas de análisis en la búsqueda de nuevos senderos. El camino recorrido hasta aquí, debe entenderse, sólo como una etapa.

Hemos considerado las principales cuestiones a nuestro criterio que se plantean en materia de salud para el derecho a partir no sólo de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sino también de los cambios producidos en las sociedades contemporáneas.

Sólo hemos pretendido proponer un conjunto de ideas y algunas hipótesis, claves y orientaciones con respecto a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en el derecho a la salud.

En relación a la pandemia, no pretendemos obviar el tema, sin concluir afirmando que debemos pensar cómo se distribuye esta crisis de otra manera, para que no recaiga la misma en grupos vulnerables que se encuentran en desigualdad de condiciones para el acceso a la salud. No son ellos quienes deben sostener los momentos críticos en el funcionamiento de una sociedad. Esto implica, entre otros elementos, construir una mirada alternativa sobre nuestro modelo de convivencia, de educación, de cultura, fundada sobre la irrenunciable igualdad real y no solo formal de distintos sectores sociales.

Quedan abiertas muchas cuestiones, tal como expresamos, a veces polémicas, que pueden ser un estímulo para quienes se interesan en investigar una problemática fundamental para el hombre, su sociedad, su cultura jurídica, y su derecho en la que nos encontramos insertos hoy.

Referencias Bibliográficas

- BARONE, P. (2015). *Derecho sanitario argentino*. Buenos Aires: La Ley.
- BELOFF, M. (2011). *La traducción latinoamericana de la Convención sobre Derechos del Niño*. Buenos Aires: Errepar.

- CARAMELO, G. (2011). *Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos*. Buenos Aires: Infojus.
- CENTROS CLACSO, (2020). *Pensar la pandemia. Observatorio Social del Coronavirus*. Buenos Aires: Centro CLACSO.
- HERRERA, M. (2006). *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26021*. Buenos Aires: del Puerto.
- HIGHTON, E. (2015). *La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2011). “El derecho del menor a su propio cuerpo”. Buenos Aires: Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 10.
- MANZINI, J.(2008). “Las directivas anticipadas”. Oscar Garay (coord.): *Bioética en medicina*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- WIERZBA, S. (2015). “La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires: La Ley Año XVII-Número 9-Septiembre 2015.