

Consentimiento informado para actos médicos

Por Beatriz María Junyent Bas¹ y Sebastián Sandoval Junyent²

Sumario: I.- Introducción. II.- Nociones conceptuales de consentimiento informado. Bases que lo sustentan. Legislación aplicable. III.- El Consentimiento Informado emitido por personas menores de edad: régimen aplicable. Principios Constitucionales y supranacionales que lo sustentan. IV.- Negativa al Tratamiento. Jurisprudencia. V.- El consentimiento informado de pacientes en estado vegetativo. Muerte digna. Marco normativo. Crítica. V.1.- Aspectos médico legales del estado vegetativo. V.2.- El Estado Vegetativo en la legislación. V.3.- ¿Quién suscribe el consentimiento informado del paciente en estado vegetativo? VI- Aproximación a una perspectiva bioética. VII.- Conclusiones. VIII.- Bibliografía.

Resumen: Se advierten dificultades en la emisión del Consentimiento Informado para actos médicos tanto en las condiciones para su validez como en la eficacia del mismo. Por ello, nos proponemos analizar su marco conceptual y la legislación aplicable, teniendo como punto de partida las personas en situación de vulnerabilidad, tales como los menores de edad y aquellas personas que no están capacitados para ejercer sus derechos por estar en estado vegetativo. Pondremos énfasis en los problemas que se suscitan y daremos nuestra opinión crítica al respecto.

Abstract: Difficulties are noted in the issuance of Informed Consent for medical acts, both in the conditions for its validity and in its effectiveness. Therefore, we propose to analyze its conceptual framework and the applicable legislation, taking as a starting point people in vulnerable situations, such as minors and those who are not capable of exercising their rights for being in a vegetative state. We will emphasize the problems that arise and give our critical opinion on the matter.

I.- Introducción

El Consentimiento Informado para actos médicos implica la disposición de derechos personalísimos, en

¹ Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular Derecho Privado I B Facultad de Derecho UNC. Profesora Adjunta Derecho Privado VII Facultad de Derecho UNC

² Abogado, Magister en Derecho Empresario UES21, Maestrando en Gerencia y Administración de Servicios de Salud, UNC, Investigador de la Sala de Derecho a la Salud de la UBP, Miembro del Comité de Bioética del Hospital Infantil de la Municipalidad de Córdoba.

Palabras clave:

Consentimiento informado - información médica - salud - menor de edad - estado vegetativo.

Keywords: Informed consent - medical information - health - minor - vegetative state.

especial el derecho a la disposición del propio cuerpo. Por lo tanto, como lo dispone el artículo 55 del CCCN “sólo es admitido si no es contrario la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”³

Centraremos nuestra atención especialmente en la disposición de estos derechos para actos médicos, en menores y pacientes en estado vegetativo, a quienes consideramos vulnerables. Respecto de éstos, se presentan en la actualidad conflictos bioéticos importantes. Trataremos de reflejar la realidad actual de la manera más objetiva posible.

II.-Nociones conceptuales de Consentimiento Informado. Bases que lo sustentan. Legislación aplicable

Existe un cambio de paradigma en la relación médico-paciente que se ve manifiestamente en el articulado del nuevo código civil y comercial, pues el punto de partida es el paciente y es quien tiene el control de su vida y su muerte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “El consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”.⁴

El Consentimiento Informado es un “proceso” que se inicia cuando el paciente ingresa al consultorio médico, contexto a partir del cual nace el deber de información por parte del médico sobre todo lo que concierne al estado de salud del paciente: diagnóstico, terapéuticas existentes y la o las que se le proponen con sus ventajas y desventajas, los objetivos perseguidos, los beneficios que se esperan lograr, el pronóstico de salud, los riesgos y efectos adversos a los que se expone admitiendo o no ese tratamiento.

La doctrina del consentimiento informado hunde sus raíces en el reconocimiento Constitucional, Supranacional y ahora en el derecho Privado a través de la regulación de los Derechos Personalísimos, en especial, el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo, la autonomía de la voluntad y la libertad. Por eso es inaceptable la utilización de formularios idénticos para todos los pacientes que se hacen firmar cinco minutos antes de una cirugía.

Una vez que el paciente cuente con toda la información especificada en el artículo 59 del CCCN, estará en condiciones de manifestar libremente su voluntad, pudiendo (o no) declarar expresamente la decisión de someterse (o no), al tratamiento propuesto. De tal manera, el Consentimiento informado, es la declaración de voluntad expresada por escrito del paciente, como resultado de un análisis previo que el mismo realiza con toda la información que ha recibido del facultativo.⁵

El problema es que tanto el art. 59 CCCN como el art. 5 de la ley 26.529 (Ley de Derechos de los pacientes) determinan el “qué” pero no el “cómo” debe ser brindada esta información.

³ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 55, Edit Zavalía, Buenos Aires 2014.

⁴ CIDH, caso “I. V. vs. Bolivia, noviembre 2016.

⁵ BEATRIZ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, *Derechos y Actos Personalísimos*, en Código Civil y Comercial de la Nación, comentado. Anotado. Tomo 2-A Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Edit Hammurabi- Buenos Aires, 2020, pág. 221.

El art. 7 de la ley 26529 dice que el consentimiento será verbal salvo en casos de Internación, Intervención quirúrgica, Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; y en los casos de Revocación.

El artículo 59 del CCCN establece que el Consentimiento Informado es la manifestación de voluntad expresada por el paciente, luego de recibir la información que detalla en su articulado.⁶

No hace alusión a cuánto tiempo antes de la intervención o tratamiento debe ser brindada la información correspondiente, para que el paciente pueda hacer interconsultas con otros profesionales; pensar acerca de lo que quiere para sí mismo, qué es lo mejor para su salud, etc, antes de tomar la decisión.

Por ejemplo, si el paciente tiene cáncer en un órgano determinado, el médico le propone cirugía, pero a la vez le instruye sobre otros procedimientos alternativos como rayos, vigilancia activa a través de estudios periódicos, quimioterapia, etc. De tal manera que el paciente tiene el tiempo suficiente para pensar qué es lo que prefiere y luego decide.

Por otra parte, la información debe ser emitida en un lenguaje claro, entendible para el paciente según su nivel social y cultural, según su edad, etc (art. 3 Ley 26.529)⁷

En principio, salvo las excepciones previstas en el art. 9 ley 26529, el médico no puede efectuar ningún tratamiento sin el consentimiento del paciente. El fundamento

⁶ Artículo 59 Código Civil y Comercial de la Nación: "Art. 59. *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 sufrimientos desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado 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 ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o 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.

⁷ Ley 26259 BOE 19/11/2009.

de esa premisa se encuentra en la libertad personal, autonomía, dignidad y el derecho a la disposición del propio cuerpo. Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido, surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

Hoy en día, esa dignidad y libertad resultan indiscutibles, son fundamento en todo ordenamiento y su reconocimiento está expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado es la expresión de la libre autodeterminación de todo ciudadano⁸.

La jurisprudencia tiene dicho que “el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados, y además aquel derecho encuentra adecuada tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos ahora con rango constitucional en nuestro país”.⁹

Se ha dicho que “el consentimiento informado debe emanar del enfermo, si es una persona capaz y está en condiciones de manifestar su voluntad. Es el propio paciente quien debe personalmente emitir la declaración de voluntad que se plasma en el consentimiento informado. En tanto esté en condiciones de hacerlo, auxiliado cuando sea necesario por los apoyos que necesite (arts 43 y 59) ninguna otra persona podrá tener injerencia en el tema. En ningún sentido. Salvo, claro está previsión normativa en contrario.”¹⁰

El tema cobra mayor relevancia, cuando tratamos el consentimiento informado de los menores, las directivas anticipadas, la muerte digna.

III.- El Consentimiento Informado emitido por personas menores de edad: régimen aplicable. Principios Constitucionales y supranacionales que lo sustentan

Es importante tener en cuenta que cuando se trata de menores, debe obrarse con mucho cuidado en la información y posterior declaración de voluntad del paciente, ya que el consentimiento debe ser prestado previo escuchar la opinión del menor y con asistencia de los progenitores, siguiendo las normas específicas. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

Pero no podemos dejar de recordar, que el artículo 26 del CCCN dispone que “se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos. Dice expresamente:

- 1) La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

⁹ Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal, autos “J.D. c/ Obra Social Superco s/ Amparo de Salud, 20 de febrero 2020, Diario Judicial, 9 de marzo de 2020. Edición 5954.

¹⁰ PIZARRO Ramon Daniel- VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Manual de Responsabilidad Civil*, Edit Rubinzal Culzoni, 2020, Tomo II, pág.123.

- 2) No obstante, el que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí, los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.
- 3) La persona tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.
- 4) Se presume que el adolescente entre 13 y 16 años, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud, o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
- 5) Si se trata de tratamientos invasivos, o que comprometen su estado de salud, o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de los progenitores. El conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta el interés superior del menor, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.
- 6) A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo.

Este artículo plasma los principios de autonomía progresiva y autodeterminación receptados ya en el Derecho supranacional.

De la mencionada norma se desprenden dos requisitos: edad y grado de madurez suficiente para permitirle ejercer por sí el consentimiento informado para determinados actos médicos que no comprometan su estado de salud, ni pongan en riesgo grave su vida o integridad física.

La edad es un elemento objetivo: mayor de 13 años. El grado de madurez suficiente es un elemento subjetivo que depende de cada niño o adolescente, de su carácter, de su condición socio cultural, y posiblemente otras variables.

En nuestra opinión, es un concepto demasiado abierto y dejado a la discrecionalidad del juez que es el único que puede determinar si tiene madurez suficiente, previa pericia médica o psicológica o dictamen del comité de Bioética.

Por otra parte, también se ha discutido acerca de qué son métodos invasivos y cuáles no. Al respecto, el Ministerio de Salud de la Nación con fecha 9/12/2015 emitió la Resolución 65/2015¹¹, a través de la cual se interpreta la presunción de autonomía de los adolescentes del art 26 estableciendo que “el criterio de invasividad utilizado en el art 26 CCC debe leerse como tratamiento de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud. Agrega que “las practicas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una posibilidad considerable, alta de riesgo o que generen secuelas físicas.”¹² Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas, etc...

Cuando habla de progenitores, debe ser interpretado como cualquier allegado o referente afectivo que podría acompañar al adolescente en su consentimiento informado.

¹¹ BOE 8/1/2015.

¹² Ministerio de Salud de la Nación 9/12/2015.

Bajo el título: “Aplicación del artículo 26 CCCN. Prácticas de salud sexual y salud Reproductiva”, el Ministerio considera que todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular, incluyendo implantes y dispositivos intrauterinos (diu) no son prácticas invasivas que comprometan el estado de salud en los términos del artículo 26 CCCN.

Ello implica que desde los 13 años (salvo que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho) las personas pueden acceder a métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma como también a diagnóstico de VIH y test de embarazo.

Así se ha expresado textualmente: “El principio de autonomía progresiva constituye una manda constitucional-convencional y, como tal parte de los cimientos de cualquier regulación que comprometa derechos humanos de NA. Esta obligación ha calado hondo en el ordenamiento jurídico nacional, siendo el Código Civil y Comercial un claro exponente de esta ineludible interacción a tal punto que este principio ocupa un lugar central en el protagonismo jurídico – civil de las personas menores de edad- en especial, de los adolescentes- con fuerte incidencia en el campo de las relaciones entre los progenitores e hijxs, en lo atinente al ejercicio de los derechos personalísimos”¹³

De cualquier manera, sigue existiendo el debate sobre los términos e implicancias de la interpretación de qué son procedimientos invasivos.

Podríamos preguntarnos si la vasectomía es un procedimiento invasivo o no. Por la implicancia que ese procedimiento tiene, consideramos que se trata de un procedimiento invasivo y el menor debiera hacerlo con el consentimiento de sus padres. De igual manera la colocación de prótesis mamarias, que pueden comprometer gravemente la salud del menor.

IV.- Negativa al Tratamiento. Jurisprudencia

Otro tema importante, es la negativa al tratamiento, ya que se ha manifestado que quien tiene derecho a decir “sí” a la realización de un tratamiento, puede también negarse.

Un fallo que sentó jurisprudencia en este sentido, es el de los testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas. En este sentido se ha resuelto que “ante la solicitud de autorización formulada por el representante legal del sanatorio en el que se encuentra internado en grave estado un niño de trece años, que padece leucemia linfoblástica aguda, con altísimo riesgo de vida, y cuyos padres, en virtud del credo que profesan (Testigos de Jehová), se oponen a realizar a su hijo una transfusión de sangre, se ordena como medida *autosatisfactiva* autorizar al cuerpo médico del sanatorio la inmediata transfusión de plaquetas y glóbulos rojos al niño, haciendo extensiva la orden a futuras transfusiones en caso de resultar necesarias según prescripción médica hasta que su estado de salud se encuentre fuera de peligro. Se aclara que la orden médica indica la urgente y absoluta transfusión de plaquetas y glóbulos rojos con altas probabilidades de necesitar reiteradas transfusiones. Ante estas circunstancias el Estado puede y debe inmiscuirse en la vida privada de estos progenitores, priorizando la ciencia por sobre la conciencia, cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de su hijo menor, más allá del credo religioso en virtud

¹³ HERRERA, Marisa, *Autonomía Progresiva y derecho a la salud de los adolescentes. Un cruce en disputa*, en LA LEY19/6/2019. Cita Online AR/DOC/1803/2019.

de la cual se intente justificar el hecho, y aun cuando pretendan hacerse prevalecer los atributos de la patria potestad, dado que ésta es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos, siendo contrario a los fines de la institución prevalecerse de ella para impedir que el niño, sujeto a su imperio, reciba un tratamiento médico adecuado, máxime cuando está un juego su vida (arts. 4 y 14, Ley 26061).¹⁴

En el mismo sentido, se autorizó a una menor a realizarse un trasplante de médula ósea ya que su madre se oponía por ser testigo de Jehová. En este fallo se dijo que “la falta de consentimiento informado de su madre por motivos religiosos no sería obstáculo dado que la adolescente goza de la presunción de autonomía conforme al art 26 CCC siendo considerada un adulto para las decisiones atinente a su propio cuerpo pudiendo decidir por sí, prescindiendo del asentimiento de su madre”.¹⁵

Hoofstede dijo “Desde dicha perspectiva debo destacar que el consentimiento informado es un elemento de resguardo o garantía; (...) se funda, en el llamado principio de reserva que consagra el art 19 de nuestra Constitución Nacional que protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación en las acciones en la medida que no afecte la moral pública ni los derechos de terceros”¹⁶

Recientemente, en mayo de 2021 la Jueza de Familia de Orán, resolvió que fuera el tribunal quien recabara el consentimiento informado de un niño wichi de 8 años y sus padres para realizar una cirugía, ya que el paciente tenía hemorragia intracerebral. La jueza llamó una audiencia en la que participaron médicos y el niño con un traductor o intérprete del wichi para resguardar los derechos del niño. Los médicos consideraban que era urgente hacer la cirugía, pero no podían asegurar ni dar garantías de un pronóstico esperanzador. La Jueza resalta la madurez del niño y la firmeza con la que le dijo “no quiero operarme”, por lo tanto se resolvió respetar la voluntad del niño quien no consintió la cirugía, fundando su resolución en el interés superior del niño.¹⁷

El ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores en cuanto a los tratamientos médicos y la posibilidad de prestar un consentimiento informado libre y voluntario, ha sido radicalmente flexibilizado.

El derecho argentino ha cambiado el sistema rígido que desestimaba la opinión de los niños, niñas y adolescentes, abriendo paso a los principios de interés superior del niño, autonomía progresiva y autodeterminación.

Existen situaciones especialmente previstas por la ley, en las cuales los adolescentes pueden prestar su consentimiento informado en forma personal y sin asistencia de los padres. Se trata de los métodos no invasivos. Para lo demás, deberán hacerlo con la asistencia de sus progenitores, pero siempre el menor debe ser escuchado y su voluntad debe ser tenida en cuenta.

Es cierto que quedan temas abiertos y muchos conflictos que requerirán reflexiones y análisis particularizados, sobre todo aquellos que tienen que ver con el grado de madurez del niño o adolescente para decidir lo mejor para él y su salud.

¹⁴ Sanatorio del Salvador Privado S.A. vs. P. A. J. s. Amparo Ley 4915 /// Juzgado de Conciliación 2 Nominación, Córdoba, Córdoba, 22/08/2018; RC J 8481.

¹⁵ Diario Jurídico de Córdoba. Publicación digital para abogados y magistrados jueves 18 de agosto de 2016.

¹⁶ HOOFT Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos*, Ed. Depalma Buenos Aires, 2004, pág. 109.

¹⁷ <https://www.cadena3.com/noticia-radio-infome-3/-ordenan-respetar-la-voluntad-de-un-niño-wichi-de-no-operarse291045>.

Aplaudimos este cambio de paradigma que dignifica a los niños, niñas y adolescentes, permitiendo intervenir personalmente en los temas que les incumbe más que a nadie: su salud y su libertad.¹⁸

Este cambio de paradigma de un sistema rígido a otro flexible, se advierte tanto en relación a la protección de los derechos de los menores como en las personas con discapacidad y los adultos mayores.

Nuestro derecho positivo adecúa de este modo su normativa al Derecho Supranacional y convencional (art 75 inciso 22 de la carta magna) en especial la *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)* que es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho, y refiere a los derechos humanos de los niños poniendo énfasis en el “interés superior del niño”, su derecho a la vida, la sobrevivencia, el desarrollo, la no discriminación y a su derecho a expresarse libremente y a ser escuchado.

Esta Convención ha sido ampliamente ratificada por los países del mundo y por nuestro País a través de la Ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990. Por tanto, los Estados Parte, están obligados a respetarla y hacerla cumplir sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, procedencia, posición económica, creencias, impedimentos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Este tratado establece los derechos en sus 54 artículos y protocolos facultativos, definiendo los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños, las niñas y adolescentes. A partir de esta importante legislación Internacional, los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados con la misma dignidad y respeto que los adultos. El ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores, en las cuestiones relativas a la disposición de su propio cuerpo deben seguir pautas de bioética y fundamentalmente el interés superior del niño.

Tal es la importancia de estos principios mencionados, que el CCCN cuando legisla sobre Responsabilidad Parental, establece en el artículo 639 los Principios Generales que la rigen: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

V.- El consentimiento informado de pacientes en estado vegetativo. Muerte digna. Marco normativo. Crítica

En los capítulos precedentes ha quedado plasmada la relevancia del análisis del consentimiento informado de los menores de edad.

También creemos de suma importancia analizar el consentimiento informado respecto de que aquellos pacientes en estado vegetativo, con especial énfasis en la decisión de rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital.

¹⁸ JUNYENT BAS, Beatriz María, *El ejercicio de los Derechos Personalísimos por parte de los menores con especial aplicación a los tratamientos médicos*, en REVISTA ARGENTINA DE DERECHO CIVIL, Número 11- julio 2021. Cita IJ-MCDLXV-261.

Este sería un caso para aplicar el art. 59 CCCN in fine cuando dice: “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”.

V.1 Aspectos médico legales del estado vegetativo

En primer lugar, analizaremos si el estado vegetativo, como diagnóstico, está comprendido dentro de la expresión “absolutamente imposibilitada de expresar su voluntad”.

Desde un punto de vista médico, y citando a la investigación publicada por Kenneth Maiese, MD, Rutgers University, en mayo del 2022¹⁹, “se produce un estado vegetativo cuando el cerebro (la parte del encéfalo que controla el pensamiento y el comportamiento) ya no funciona, pero el hipotálamo y el tronco del encéfalo (las partes del encéfalo que controlan las funciones vitales, como los ciclos de sueño, la temperatura corporal, la respiración, la presión arterial, la frecuencia cardíaca y la consciencia) siguen funcionando. Por lo tanto, la persona abre los ojos y parece despierta pero, por lo demás, no responde a la estimulación de una manera significativa”.

En la mayoría de los casos, un estado vegetativo tiene su origen en un daño cerebral grave debido a una lesión en la cabeza (lesión traumática) o a un trastorno que priva al cerebro de oxígeno, como un paro cardíaco o respiratorio (lesión no traumática). Sobre este punto es relevante aclarar que cuando se habla de lesión traumática, la ciencia se refiere a que el Estado Vegetativo tiene un origen puro o único en la lesión traumática. Lo mismo ocurre con el concepto de lesión no traumática o hipoxia, es decir, cuando el Estado Vegetativo tiene su origen en una única causa que es la falta de oxígeno en el cerebro.

El Estado Vegetativo pueden ser originado, también, por ambas causas, es decir, lesión traumática e hipoxia, (ya sea por broncoaspiración o por un paro cardíaco, por ejemplo).

Los médicos diagnostican un estado vegetativo solo después de observar a la persona afectada durante un período de tiempo y en más de una ocasión y no encuentran ninguna evidencia de consciencia.

Las personas en estado vegetativo requieren atención integral, incluida una buena nutrición y medidas para prevenir los problemas que resultan de no poder moverse (como las úlceras por presión).

¹⁹KENNETH MAIESSE MD, Rutgers University, mayo de 2022, en <https://www.msmanuals.com/es/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/coma-y-alteraci%C3%B3n-de-la-consciencia/estado-vegetativo#:~:text=Un%20estado%20vegetativo%20que%20dura,entorno%20de%20una%20manera%20significativa,extraído el 26/09/2023>

Kenneth Maiesse²⁰ dice que un estado vegetativo que dura más de 1 mes se considera un estado vegetativo persistente. La mayoría de las personas en estado vegetativo persistente no recuperan ninguna función mental o capacidad de interactuar con el entorno de una manera significativa. Y agrega que cuando se produce alguna recuperación, la causa era por lo general un daño cerebral debido a un traumatismo craneoencefálico (lesión cerebral traumática), es decir, una lesión traumática pura. Además, la recuperación es a menudo muy limitada. Con muy poca frecuencia, las personas en estado vegetativo persistente debido a un traumatismo craneal siguen mejorando lentamente durante meses o años.

Debe precisarse que en la inmensa mayoría de los casos la recuperación que se obtiene es muy limitada, con grandes secuelas residuales y una calidad de vida ínfima. Se ha visto que la causa del Estado Vegetativo Persistente, su duración y la edad son los factores más importantes de cara al pronóstico. Es de hacer notar que luego de los 50 años el pronóstico es desfavorable en la mayoría de los casos.

Por su parte, la AJRPT²¹ publicó un estudio realizado con pacientes con Traumatismos Encéfalo – Craneales (TEC) que fueron sometidos a neuro-estimulación sensorial, que son intervenciones no invasivas, que tienen como objetivo proveer un estímulo sensorial externo a los cinco sentidos, la función motora, la comunicación y el nivel de alerta.

La estimulación multisensorial tiene valor de pronóstico en la fase aguda, y sirve para evaluar con objetividad los resultados de los programas de rehabilitación. Los objetivos que se plantea el equipo interdisciplinario dependen de las características del sujeto, la funcionalidad que presenta y el entorno que lo rodea. *El abordaje es integral, intensivo y de inicio precoz, para aprovechar el período de mayor recuperación.* (el resaltado nos pertenece)

Esta posibilidad de mejoría a través de las estimulaciones como propone la AJRPT sin lugar a dudas tiene un efecto legal que debemos resaltar, sobre todo desde la obligación preventiva legislada en el art. 1710 CCCN²², pues exige al nosocomio en donde está internado el paciente y a los médicos tratantes la obligación de aplicar todo tipo de estimulaciones, como la neuro rehabilitación, kinesioterapia, y otras estrategias terapéuticas para que, desde el minuto cero, el paciente pueda tener al menos, una posibilidad de evolucionar.

Se ha manifestado que “la función preventiva tiene especial aplicación cuando las víctimas se encuentren comprendidas dentro de ciertos grupos que han sido calificados de vulnerables por el legislador.... estos grupos se componen por niños,

²⁰ KENNETH MAIESSE op cit.

²¹ CARDILLO, N., Cragno, M. C., MORELLI, L., NUNES, A. C., & TORNABENE, D. R. (2020). Evolución del estado de conciencia en sujetos con traumatismo encéfalo-craneano grave tratados en la sala de estimulación multisensorial de un centro de rehabilitación. *Argentinian Journal of Respiratory & Physical Therapy*, 1(2), 5-12. <https://doi.org/10.58172/ajrpt.v1i2.66>.

²² Artículo 1710 CCCN “ Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño si ya se produjo.

niñas y adolescentes, personas con capacidades diferentes... y los ancianos, entre otros”²³

De hecho, la doctrina sostiene que “las personas se deben asistencia recíproca ante contingencias riesgosas, aún sin seguridad sobre una futura nocividad; bastan serias probabilidades al respecto, al alcance de la percepción del obligado”²⁴.

Ello nos lleva a concluir, en sentido contrario, que si el paciente que está en un Estado Vegetativo Persistente no recibió los estímulos necesarios desde el primer momento (o inicio precoz, como dice el estudio citado) es muy poco probable que el paciente evolucione.

No está de más resaltar que la neuro estimulación no garantiza la curabilidad de la lesión que pueda tener el paciente. Aclaremos esto, pues el art. 59 del CCCN habla directamente de “... *padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*”.

Podemos concluir que un paciente en estado Vegetativo, ya sea persistente o no, no está capacitado para ejercer sus derechos.

V.2. El estado vegetativo en la legislación

El Código Civil y Comercial de la Nación, al regular el consentimiento informado no menciona el Estado Vegetativo, menos aún, distingue entre el Estado Vegetativo Persistente y Permanente. Sólo menciona la irreversibilidad de la patología o la incurabilidad de la enfermedad, o el estado terminal del paciente.

La ley 26.529 modificada por la ley 26.742 tampoco menciona el estado vegetativo en total consonancia con el CCCN.

Aun así, en la Provincia de Córdoba, está vigente la ley 10.058²⁵ modificada por la 10.421²⁶ que legisla sobre la manifestación libre de la voluntad del paciente de no someterse al llamado “encarnizamiento terapéutico” y sí diferencia entre los conceptos de Estado Vegetativo Persistente y Permanente en su art. 5 inc e).

En concreto, dice que para que los médicos puedan hacer lugar a la manifestación de voluntad del paciente en estado vegetativo de no someterse a tratamientos que prolonguen innecesariamente su vida, debe considerarse el plazo de 12 meses (si el origen de la lesión fue traumática) y de 3 meses (si la lesión tiene otra etiología).

Con la entrada en vigencia del CCCN, la ley 10.058 debió ser modificada para adecuarse al código civil. Pero en la modificación sancionada por ley 10.421 no se reformuló lo relativo al estado vegetativo, circunstancia que no nos parece acertada. Consideramos que el planteo de una eventual inconstitucionalidad de la ley provincial en este aspecto es válido, por violentar la aplicación jerárquica de las normas (art. 31 CN) ya que la regulación de los derechos personalísimos (vida, salud, dignidad, autonomía, etc.²⁷) corresponde originariamente al Congreso de la Nación (art. 75 inc

²³ MONJO, Sebastián y ARGÑÁRAZ, Mariangel, *Funciones de la Responsabilidad Civil: Función Preventiva*, en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial. Director: José Fernando Márquez, Edit Zavalía, Buenos Aires 2015, pág.36.

²⁴ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, con colaboración de Rodolfo GONZALEZ ZAVALA, *La responsabilidad civil en el nuevo Código. Tomo I, pág. 189/190, 1ra Ed, Córdoba, Ed. Alveroni, 2015.*

²⁵ Ley 10.058 BOE de Córdoba, 16/05/2012.

²⁶ Ley 10.421 BOE de Córdoba, 30/01/2017.

²⁷ LEMM, Eleonora, en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccycn>

12, 22 y 23 de la CN) y las normas que reglamenten su ejercicio, en primer lugar, no podrían ser sancionadas por las provincias, y en segundo lugar, para el caso que si exista norma provincial (como la ley 10.058) la misma, no puede limitar ni restringir el ejercicio de esos derechos.

Consideramos que la conceptualización de Estado Vegetativo Permanente de acuerdo al paso del tiempo, es una limitación al ejercicio del derecho del paciente 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”* (art. 59 inc g CCCN)

En ningún momento el CCCN regula limitaciones del ejercicio de muerte digna considerando Estado Vegetativo Persistente o Permanente.

En consecuencia, nos permitimos concluir que depender del concepto de Estado Vegetativo para permitir el ejercicio del derecho del paciente, es inconstitucional.

Así lo ha resuelto recientemente el Tribunal Superior de Córdoba, al decir: “Esto obliga a concluir que el plazo de 12 meses puntualizado por la referida norma (el art. 5, inc. e), en su carácter estrictamente definicional, solo puede ser tomado como un parámetro de referencia a la hora de sopesar el referido estado clínico, pero en ningún caso puede ser exigido como una condición imprescindible para el ejercicio del derecho sustantivo que legislan la propia Ley n.º 10058 y, sobre todo, el CCC (arts. 59 y 60). Es que, de lo contrario, habría que declarar su inaplicabilidad o, peor, su inconstitucionalidad por exceso de competencias respecto de una cuestión (derechos personalísimos) en la que no se pueden desarticular las vigas maestras (en este caso, montadas por el CCC), porque en ello descansa “el principio de federal” “lealtad federal o buena fe federal”²⁸

V.3. ¿Quién suscribe el consentimiento informado del paciente en estado vegetativo? Como se ha visto, el paciente en estado vegetativo (ya sea persistente o permanente) no tiene la capacidad de ejercer sus derechos, menos aún de emitir o suscribir un consentimiento informado, ya sea para un tratamiento determinado o para evitar el encarnizamiento terapéutico.

De acuerdo al art. 59 in fine del CCCN “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”.

Por su parte, el art. 10 de la ley 26.529 dice que “... la decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, ...”

Es decir que en caso de que el paciente no pueda suscribir o emitir un consentimiento informado, lo puede hacer su representante legal.

²⁸ TSJ de Córdoba, Sentencia N° 115 del 02/11/2023 en autos “12077654 - SOSA OCAMPO, Rosa Marianela y otros c/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915”.

En el caso de la ley provincial 10.058, el art. 11 dice: “Toda persona tiene el derecho a *designar un representante debidamente identificado*, constando por escrito su voluntaria y gratuita aceptación como tal, asumiendo desde ese momento la obligación de verificar ante el médico tratante o equipo de salud el cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en la Declaración de Voluntad Anticipada (DVA).”

Nuevamente se hace mención a un representante legal.

Lo real y cierto es que el CCCN no distingue, es más, amplía el repertorio de personas que pueden emitir el consentimiento informado en favor del paciente en estado vegetativo, para “... *rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital...*”, autorizando tanto al representante legal, como al apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente.

Respecto del “representante legal”, resulta más fácil identificarlo. Puede ser quien ejerza la patria potestad, o el tutor o curador designado judicialmente, un apoderado, etc.

El CCCN es coherente con el sistema instaurado en su plexo normativo al equiparar el derecho del o de la cónyuge y/o conviviente como personas autorizadas a emitir el consentimiento informado.

Tan amplio es el repertorio de personas autorizadas que habla de parientes sin identificar qué grado.

Por último, el CCCN autoriza al “allegado” que acompaña al paciente. Esta persona es quien, por motivos más que nada, altruistas, acompaña al paciente en su estadía hospitalaria, manifestando un claro interés en que se proteja al paciente y se garanticen sus derechos.

Sin lugar a dudas, es una figura muy amplia, de límites difusos, que deberán ser analizados en cada caso concreto por el cuerpo médico o, en última instancia, por el juez.

Lo cierto es que la escasa pero determinante jurisprudencia en esta materia, resuelve que estas personas identificadas por ley 26.529 “son personas autorizadas a dar testimonio, bajo declaración jurada, de la voluntad del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital; éstos hacen operativa la voluntad de aquél y resultan sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir, pero, por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a estas personas un poder incondicionado para disponer la suerte de una persona mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia”. Señaló el Alto Tribunal en el mismo caso que “La petición de retiro de medidas de soporte vital —hidratación y alimentación— realizada por las hermanas de una persona que se encuentra en un estado vegetativo permanente a raíz de un accidente ocurrido hace más de 20 años, encuadra dentro de lo contemplado en los arts. 2º, inc. e), y 5º, inc. g) de la ley 26.529, pues, más allá de la especificidad de los procedimientos allí contenidos y de la expresa referencia que las normas contienen al respecto, existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que éstas constituyen, en sí mismas, una forma de tratamiento médico. En la medida en que las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes

26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión, no debe exigirse una autorización judicial previa para el ejercicio del derecho a la autodeterminación; esto se corrobora con los antecedentes parlamentarios que reflejan la manifestación de distintos legisladores de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes. La modificación introducida a la Ley de Derechos del Paciente por la ley 26.742, de aplicación inmediata desde su vigencia, tuvo por principal objetivo atender a los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, reconociendo a éstas, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos, sin autorizar prácticas eutanásicas; tales previsiones no resultan incompatibles con las normas del Cód. Civil y Comercial de la Nación. Es necesario que las autoridades correspondientes contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente que se encuentre en la situación contemplada en los arts. 2, inc. e, y 5, inc. g de la ley 26.529; a tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere”²⁹

La Cámara en lo Contencioso Administrativo que dictó la Sentencia de grado (en autos Sosa c Municipalidad) referenciado supra, dictaminó que “no habría ninguna razón justificada para no hacer valer igualmente ello, cuando la directiva anticipada es realizada ex post mediante sus representantes tal como la ley 10.058 modif. 10.421, lo permite en el art. 21 ter y que ley 10.058 modif. 10.421, lo permite en el art. 21 ter y que al fin, es lo que habilita la competencia funcional de este ‘Comité Ley 10.058 – Muerte Digna’ por ser ello, una materia específica al contenido y alcance de la voluntad anticipada. No permitirlo, sería sin duda generar una afectación a la igualdad de derechos de las personas, puesto que, quienes están sanos y hacen una directiva médica anticipada o voluntad anticipada, pueden adelantar su negativa a recibir determinadas prácticas de soporte vital; mientras que otros, estando gravemente enfermos, pero no cumpliendo con los estándares de incurabilidad, irreversibilidad y no terminalidad; sin haber dejado una directiva médica anticipada, se encontrarían en ejercicio de un derecho personalísimo con menor entidad o potencia, que el que asiste a otras personas que han cumplido con la voluntad anticipada o directiva médica anticipada” (del voto mayoritario de las Vocales Dra. Sosa y Dra. Puigdellibol)³⁰.

Quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de este. No deciden ni ‘en el lugar’ del paciente ni ‘por’ el paciente sino comunicando su voluntad. Esto es

²⁹ Fallo citado. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 07/07/2015 Cita Online: AR/JUR/24366/2015.

³⁰ Cam Cont. Adm N° 2 de Córdoba, en autos SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - 12077654, Sentencia N° 72 de fecha 28/09/2023.

lo que la doctrina tiene conceptualizado como consentimiento informado retrospectivo³¹.

El reciente fallo del Tribunal Superior de Córdoba antes referenciado³² también analiza esta cuestión de representatividad cuando no existen directivas de voluntad anticipada. En este sentido resolvió que “La ley N° 10058 posibilita que, “por vía de subrogación” (así lo denomina el Decreto n.º 1276/2014 al reglamentar el art. 24), en la medida en que el afectado estuviera imposibilitado de manifestar su voluntad, sus representantes legales ejerzan el referido derecho sustantivo (definido en los arts. 59 y 60 del CCC, y en el art. 7, Ley N° 10058). Por eso, con más contundencia y de forma más explícita, la norma local establece que intervenga el comité de bioética (art. 21 bis) “cuando el paciente no hubiera formalizado su DVA y la decisión fuere tomada por los representantes legales, en los términos del artículo 24”

Otro aspecto a analizar es el vinculado con las dos condiciones legales para que estas personas puedan brindar el consentimiento:

- 1) Que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente.
- 2) Que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud.

Como hemos visto anteriormente, el paciente con estado vegetativo está absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad. Y si no la ha expresado anteriormente mediante las directivas anticipadas, por ejemplo, las personas autorizadas por el CCCN podrán firmar el consentimiento informado.

Además, debe coexistir una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del paciente.

La Organización Mundial de la Salud considera emergencia médica a todas aquellas situaciones en las que se requieren acciones y decisiones médicas inmediatas³³.

Es por eso que el CCCN regula las pautas para la “muerte digna”, ya que vivir dignamente implica también morir dignamente.

En coherencia con el cambio de paradigma en la relación medico-paciente, en la que se ha empoderado al paciente a los fines de tomar las decisiones en torno a su salud, a partir de la información que le brindan los profesionales de la salud, corresponde concluir que el consentimiento informado de los pacientes en estado vegetativo está íntimamente ligado a la muerte digna.

A modo de conclusión de este título volvemos a citar al Tribunal Superior de Córdoba quien, en el caso referenciado (SOSA c Municipalidad de Córdoba) realiza el siguiente razonamiento totalmente acertado: “El Decreto N°1089/2012, al reglamentar la Ley N° 26529 (el art. 2, inc. e), sostiene: “El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona”. Precisamente, por eso, en el orden provincial, el referido Decreto N° 1276/2014, con contundencia, establece que no es atribución del equipo médico

³¹ ANDRUET (h.), Armando S. (E.D.), *Las Directivas Médicas Anticipadas y su Conocimiento Profesional Médico-Jurídico*, Alveroni, Córdoba 2016, pág. 174/175.

³² TSJ de Córdoba, Sentencia N° 115 del 02/11/2023 en autos 12077654 - SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915.

³³<https://www.euroinova.com.ar/que-es-urgencia-y-emergencia-segun-la-oms#:~:text=La%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la,de%20vida%20en%20los%20involucrados.>

“discernir” sobre la “entidad” de aquello que define las instrucciones brindadas por el paciente a través del “contenido de la DVA” (reglamentación del art. 7 de la Ley N.º 10058). Por el contrario, los profesionales deben limitarse a “atender la condición sanitaria del enfermo” y, en forma obligatoria, “hacer cesar o evitar generar aquellas que impongan encarnizamiento terapéutico” (reglamentación del art. 7). En otras palabras, una vez que el paciente o sus representantes se han manifestado, los profesionales no pueden insistir con los tratamientos que aquellos hubieran rechazado. Por ello, el art. 7 postula que “las instrucciones” que comporta la DVA tienen carácter imperativo: “ordenan al médico o institución de servicio de salud” (art. 7). Es decir, llegados a ese punto, no hay margen para que estos se opongan, sopesen, cuestionen o impugnen (por vía administrativa o judicial) dicha disposición, por expresar una determinación de moral privada, personalísima, autorreferente, que no es susceptible de interferencias externas (art. 19 CN)”³⁴

VI.- Aproximación a una perspectiva bioética

Con respeto a los estudiosos de la bioética, consideramos que es relevante realizar, al menos una aproximación de esta temática.

“El consenso moral, médico y legal que tiende a producirse sobre las decisiones del morir debiera cumplir tres principios fundamentales: el pleno conocimiento de la sociedad sobre la necesidad del establecimiento de un límite convencional en la atención médica en determinadas circunstancias, el respeto por las preferencias del paciente y que la aplicación de alguna regla no permita arbitrariamente la muerte programada de minusválidos mentales o físicos”³⁵.

La vida sigue siendo sagrada e inviolable para cada uno, pero no podemos dejar de valorar que su comienzo y su final han sido invadidos por la técnica, tecnología, biotecnología, que el ser humano ha creado.

Esta invasión tecnológica y el criterio de salvar vidas a cualquier costo, ponen de relieve situaciones como el encarnizamiento terapéutico³⁶, que es la sobre atención médica divorciada de todo contenido humano, ante pacientes que presentan en su mayoría cuadros irreversibles e irrecuperables, en donde el tratamiento médico deriva en acciones inútiles.

Según Francisco Maglio³⁷ “El encarnizamiento terapéutico de terapéutico no tiene nada”.

De acuerdo al Protocolo del año 2020 para la AET SATI (Sociedad Argentina de Terapia Intensiva) en un contexto ético, el soporte vital se hace extensivo a todo tipo de procedimientos aplicables a los pacientes críticamente enfermos o en el proceso final de la vida, entre los que se incluyen la nutrición y la hidratación artificiales.

Se debe considerar la situación en la que a una persona que se encuentra en un proceso de muerte por una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas carentes de utilidad clínica real, desproporcionadas o extraordinarias, que pueden mermar su calidad de vida y que únicamente permiten

³⁴ TSJ de Córdoba, Sentencia N° 115 del 02/11/2023 en autos 12077654 - SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915.

³⁵ GHERARDI, Carlos, *Vida y muerte en terapia intensiva. Estrategias para conocer y participar en las decisiones*, Buenos Aires, Biblos, 2007.

³⁶ GHERARDI, Carlos, *Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades. Medicina* (B Aires) 1998; 58: 755-62).

³⁷ MAGLIO, Francisco, *Permiso para Morir*, IntraMed 2014.

prolongar su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, y que incluso pueden incrementar su sufrimiento. (Protocolo para la AET SATI 12/08/2020)³⁸.

Desde el punto de vista Bioético consideramos que debe evitarse la paradoja contemporánea, que, reconociendo la autonomía como sustrato esencial del derecho de los pacientes, ésta -al no poder ser ejercida- quede subsumida en la decisión de hacer todo lo que la tecnología puede y ofrece. Hay un tiempo -que es el de terapia intensiva- en que debe hacerse todo lo posible cualquiera sea el cuadro clínico, y hay otro tiempo en que se deben dejar de hacer algunas cosas y en cambio hacer otras -por ejemplo, medicina paliativa- para esperar solo la muerte con dignidad y no interponerse frente a ella con una tecnología imprudente y/o agresiva.

Estas situaciones que requieren decisiones médicas y éticas deben ser valoradas por el equipo de salud, pero también por el paciente y en su caso el grupo familiar que representa los valores del paciente.

Finalmente, en el análisis ético del “permitir morir” se debe considerar que, más allá de los métodos que deben suspenderse, la toma de decisión sobre la muerte se encuentra en el marco del “derecho a morir” de cada paciente.³⁹

VII.- Conclusiones

- El Consentimiento Informado es un Proceso que se inicia cuando el paciente ingresa en el consultorio médico, es suficiente informado de su estado de salud, el procedimiento propuesto con ventajas y desventajas, Procedimientos alternativos, etc.
- El consentimiento informado, como proceso, debe reflejar el cambio de paradigma en la relación médico-paciente, respetando la autonomía y voluntad del paciente que procura su dignidad.
- La Ley no establece cuestiones fundamentales referidas a cómo debe hacerse. Por ejemplo, que la información previa debe ser efectuada con la suficiente antelación para que el paciente pueda pensar y tomar una decisión reflexiva, conforme su autodeterminación y libertad; a veces se hace firmar un papel diez minutos antes de la realización de la práctica o intervención. Consideramos que ese consentimiento puede ser declarado nulo.
- El consentimiento informado, con toda la información completa, concluye con la manifestación de la voluntad expresada por el paciente (o sus familiares si no se encuentra en condiciones de capacidad para otorgarlo personalmente) respecto a la afirmativa o negativa al tratamiento propuesto.
- Dentro del marco normativo existente, es necesario identificar y anular cualquier restricción al ejercicio de derechos personalísimos que no sean regulados por normas emitidas por el Congreso de la Nación, único autorizado por la Constitución para reglar estos derechos.

³⁸ MAGNANTE, Dinah; POLISZUK, Julieta; JURI, José; TARDITTI, Adrián, Protocolo para la AET SATI (Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, 12/08/2020), extraído de <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenido=96578>.

³⁹ GHERARDI, Carlos, Ob.cit. 58: 755-62.

- Cuando se trata de menores, debemos ser muy cuidadosos, ya que el artículo 26 plasma en nuestro derecho privado los principios de autonomía progresiva y autodeterminación ya receptados en el Derecho Supranacional.
- El ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores en cuanto a los tratamientos médicos y la posibilidad de prestar un consentimiento informado libre y voluntario, ha sido radicalmente flexibilizado.
- Aplaudimos este cambio de paradigma que dignifica a niños, niñas y adolescentes permitiendo intervenir personalmente en los temas que les incumbe más que a nadie: su salud y su libertad.
- Este cambio de paradigma de un sistema rígido a otro flexible, se advierte también en las personas con discapacidad, adultos mayores y personas en vida vegetativa.
- El consentimiento informado de un paciente en estado vegetativo que no materializó las Directivas Anticipadas, puede ser convalidado retrospectivamente por las personas autorizadas por ley, quienes no deciden “por el paciente”, sino que comunican la voluntad del paciente.
- Es necesaria una mirada desde la bioética en los casos de muerte digna, pues su análisis impone una mirada interdisciplinaria transversal mucho más amplia que tan sólo la norma jurídica.
- La posibilidad de solicitar una muerte Digna, hoy amparada por la ley, -aunque sigue generando resistencia en algunos sectores- es clave para la dignidad del ser humano.
- La persona humana tiene derecho a una muerte digna, aún cuando esta circunstancia no la haya dejado plasmada en Directivas Anticipadas, pero sí fue comunicada verbalmente a sus familiares más cercanos como cónyuge, hijos entre otros.
- En nuestra opinión vivir dignamente, implica también la posibilidad de morir dignamente. Eso implica aceptar la voluntad de autodeterminación.
- Sin duda, los debates acerca de estos conflictos están abiertos y generan la necesidad de una reflexión profunda.

VIII.- Bibliografía

ANDRUET (h.), Armando S. (E.D.), Las Directivas Médicas Anticipadas y su Conocimiento Profesional Médico-Jurídico, Alveroni, Córdoba 2016, pág. 174/175.

ARIÈS, Philippe, “El hombre ante la muerte”, Ed. Taurus, 2011.

CARDILLO, N., CRAGNO, M. C., MORELLI, L., NUNES, A. C., & TORNABENE, D. R. (2020). Evolución del estado de conciencia en sujetos con traumatismo encéfalo-craneano grave tratados en la sala de estimulación multisensorial de un centro de rehabilitación. *Argentinian Journal of Respiratory & Physical Therapy*, 1(2), 5-12. <https://doi.org/10.58172/ajrpt.v1i2.66>

CELESIA, Gastone G, Persistent Vegetative State: Report of the American Neurological Association Committee on Ethical Affairs. *ANA Committee of Ethical Affairs. Ann Neurol*, 33 (1993), extraído de <http://dx.doi.org/10.1002/ana.410330409>

ENGL, N. MED J (1994), Medical Aspects of the Persistent Vegetative State (First of Two Parts)..The Multi-Society Task Force on PVS., extraído de <http://dx.doi.org/10.1056/NEJM199405263302107>

GHERARDI, Carlos R.: Terapia intensiva. El problema de los medios y los fines, *División Terapia Intensiva, Hospital de Clínicas, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires*, extraído de <http://www.scielo.org.ar/img/revistas/medba/v71n6/html/v71n6a13.htm#ref>.- Vida y muerte en terapia intensiva. Estrategias para conocer y participar en las decisiones, Buenos Aires, Biblos, 2007.- La Muerte Intervenida. De La Muerte Cerebral a la Abstención o Retiro del soporte Vital. MEDICINA (Buenos Aires) 2002; 62: 279-290)- La muerte cerebral y la muerte Medicina (B Aires) 1997; 57: 114-18.- Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades. Medicina (B Aires) 1998; 58: 755-62).

HERRERA, MARISA, “Autonomía Progresiva y derecho a la salud de los adolescentes. Un cruce en disputa”, LA LEY 19/6/2019. Cita Online AR/DOC/1803/2019.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gutavo; PICASO, Sebastián, Directores en CCCN Comentado, publicado en SAIJ, extraído de <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

HOOFT, PEDRO F, “Bioética y Derechos Humanos”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 2004.

JUNYENT BAS, BEATRIZ MARÍA, “Derechos y Actos Personalísimos” Comentario al Capítulo 3 del Libro Primero en, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino. Tomo 2-A Persona Humana, Edit. Hammurabi, Buenos Aires 2020. –

“El ejercicio de los Derechos Personalísimos por parte de los menores con especial aplicación a los tratamientos médicos” en Revista Argentina de Derecho Civil, Número 11- julio 2021. Cita IJ-MCDLXV-261.

LAMM, Eleonora, en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccycn>.

LOPEZ MESA, Marcelo J. Director, “Tratado de Responsabilidad Médica”, Legis Argentina, Buenos Aires, 2007.

LOPEZ MESA, MARCELO, EDUARDO BARREIRA DELFINO – DIRECTORES- “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado” -Anotado, Edit Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

MAGLIO, Francisco, “Permiso para Morir”, Ed. IntraMed, 2014.

MAGNANTE, Dinah; POLISZUK, Julieta; JURI, José; TARDITTI, Adrián, “Protocolo para la AET SATI (Sociedad argentina de terapia intensiva 12/08/2020)”, extraído de <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoid=96578>.

MAIESE, Kenneth, MD, Rutgers University, mayo de 2022, en <https://www.msmanuals.com/es/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/coma-y-alteraci%C3%B3n-de-la-consciencia/estado-vegetativo#:~:text=Un%20estado%20vegetativo%20que%20dura,entorno%20de%20un a%20manera%20significativa>.

Manual de Bioética para periodistas, UNESCO, Montevideo 2015, publicado bajo licencia CC BY-SA 3.0 IGO [12128], extraído de <https://unesdoc.unesco.org/search/N-EXPLORE-0d4340ff-e5d2-464b-8dd0-3b99a24bf8bf>

MONJO, SEBASTIAN Y MARIANGEL ARGAÑARAZ, “Funciones de la Responsabilidad Civil. Función Preventiva, en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”, Director: JOSE FERNANDO MÁRQUEZ, Edit Zavalía, Buenos Aires, 2015. T 1.

PIZARRO, RAMON DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, “Manual de Responsabilidad Civil Tomo II”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020.

RIVERA, Julio César y CROVI, Daniel, “Derecho Civil parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

VAINETTI, Hugo Alfredo, Doxing. “Difusión no consentida de información personal en internet”. Revista Argentina de Derecho Civil – Número 7- marzo 2020. Cita IJ-CMXIII-423

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, con colaboración de Rodolfo GONZALEZ ZAVALA, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”. 1ra Ed, Córdoba, Ed. Alveroni, 2015.

ZEMAN A. Persistent vegetative state. Lancet, 350 (1997), extraído de [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(97\)06447-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(97)06447-7)