LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERICAL DE LA NACIÓN Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA SALUD

Dra. Claudia E. Zalazar
Vocal de Cámara 5ta de Apelaciones CyC

Constitucionalización del derecho privado

- El CCCN sienta el principio de la prioridad de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.
- La protección de la persona en todas las etapas de su vida como primer derecho humano.
- La CSJN dice que la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 323:3229; 330:4647)

Aplicación de los Tratados Internacionales de DDHH

- El principio de la autodeterminación de la persona como elemento de su dignidad “pro homine”
- Derecho universal a la salud y derecho personalísimo de la salud
- La autodeterminación del paciente y el poder de decisión sobre su cuerpo y su salud.
- El mayor deber de información y la aplicación del derecho del consumidor en la medicina privada y pública: aplicación de la norma más beneficiosa del art. 7 del CCCN

Diálogo de fuentes e interpretación sistémica

- Núcleo duro de salud: Respeta la mayor protección que se establece en las legislaciones especiales y complementarias del CCCN:
- Ley 26657 de Salud Mental
- Ley 26061 de Protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente
- Ley 26529 de los Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales de la salud
- Ley 26742 de la muerte digna, etc.

¿Primacía normativa?

- Interpretación del art. 59 de la Constitución Provincial. El tema de salud es un poder delegado a la Nación? Cambia en el CCCN?
- Armonización de las normas? Ley 26657, ley 9848 y las normas del CCCN
- Conflicto actual: Ley nacional (26742)de muerte digna vs ley provincial (10058), el CCCN y el fallo de la CSJN en “Diez”

Fallo de la CSJN sobre Muerte Digna

- Sienta el principio de la no judicialización de los temas de salud: pueden los operadores de salud entender fácilmente dichas normas?
- Importancia del "protocolo de objeción de conciencia" y su comunicación al ente sanitario al inicio de sus actividades.

Muerte Digna

- El art. 59 CCCN al hablar del consentimiento informado dice en el inciso 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**.

Se reconocen los derechos sobre el cuerpo humano

- El CCCN cuando habla en forma general de derechos y bienes además de referirse a los bienes y las cosas (art. 16), regula los derechos sobre el cuerpo humano.
- Art. 17: a) los derechos sobre todo o parte del cuerpo humano no tiene valor comercial
- Tienen valor afectivo, Terapéutico, científico, humanitario y social
- Sólo son disponibles por su titular siempre que se respeten esos valores y lo dispongan las leyes especiales (por ej. Ablación de órganos)

Autonomía
en la toma de decisiones

- Mayoría de edad a partir de los 18 años, pero para tomar decisiones de su cuerpo a partir de los 16 (invasivos y no invasivos).
- “Adolescentes” que van de los 13 a 18 (art. 25) y se respeta la “capacidad progresiva” prevista por la ley 26.061 (CDN); art. 2 de la ley 26529; art. 2 del Decreto 1089/12; art. 4 de la ley de identidad de género (26743) y art. 26 ley 26557

Menor de 13 a 16 años

- Se presume que a partir de los 13 años el adolescente puede decidir por si respecto a tratamiento de salud no invasivos o que no impliquen riesgos para su salud o su vida (art. 26). Ej.: métodos de anticoncepción
- Judicialización: Si hay conflicto con sus representantes puede intervenir con asistencia letrada (abogado del niño del art. 27 de la ley 26.061)
- Si son tratamiento invasivos o riesgosos (vgr. estéticas, quimio, etc.) el adolescente mayor de 16 debe prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Es asistencia no sustitución.

Requisitos de la autonomía

- Se debe respetar su derecho a ser oído y participar en lo medida de lo posible en la toma de decisiones (art 26,CCCN)
- El requisito normativo es mixto: edad y madurez suficiente para el acto en particular. Prueba de la madurez?
- Si carece de edad y madurez suficiente: Régimen de representación por los padres o el tutor (arts. 100 y ss. del CCN) o curador

Autonomía y persona incapaz

- La persona declarada incapaz por sentencia judicial o con restricción a la capacidad, deberá tenerse en cuenta el apoyo o sistema de apoyos necesarios para tomar las decisiones sobre su propio cuerpo, como asimismo lo dispuesto sobre el consentimiento informado (art. 5 de la ley 26529 y 21 de la ley 24193)

Inconvenientes

- Existencia de conflicto: interés superior del niño sobre la base de la opinión médica: se judicializa la decisión y debe basarse en tres pilares: escuchar al niño, el interés superior del mismo y la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.
- A partir de los 16 años se considera mayor de edad para otorgar directivas anticipadas?
- Dos preguntas: Existe un protocolo de que se entiende por tratamiento invasivo? Contamos con los comités de ética en las instituciones?

Inconvenientes

- Si bien puede tomar decisiones sobre los tratamientos (derecho personalísimo), ello no significa que tenga capacidad para realizar el contrato médico (derecho patrimonial).
- El contrato médico lo deben firmar los representantes, pero quién responde patrimonialmente de esa decisión?
- Deberá el juez tener en cuenta este elemento cuando autorice la realización del acto médico?

Actos de disposición del cuerpo

- ARTÍCULO 56.- **Actos de disposición sobre el propio cuerpo**. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, **excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona** (cortar una pierna grangenada), **y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (donación de un órgano).**

- El artículo habla de disminución permanente de la integridad por lo que la prohibición no alcanza a las partes renovables del cuerpo: pelos , óvulos, sangre, etc

Principio General

- En principio: el consentimiento en estos casos, cuando responden a cuestiones de salud, no puede ser suplido, o sea no puede ser otorgado por representación; salvo último supuesto del art 59.
- Se trata de un consentimiento específico de la persona y libremente revocable, de modo que su revocación no genera responsabilidad

Consentimiento informado

- ARTÍCULO 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:
  - su estado de salud;
  - el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
  - los beneficios esperados del procedimiento;
  - los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
  - la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
  - las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

Consentimiento informado

- El artículo 59 reproduce el art. 5 de la ley 26529 modificado por la ley 26742.
- Regla: mayor autonomía del paciente.
- El consentimiento tiene dos etapas: la información clara precisa y adecuada a las condiciones del paciente y el consentimiento propiamente dicho.
- Si bien en las investigaciones médicas no se acepta el consentimiento por representación (art. 58) , se encuentra previsto en la parte general en el art. 59.
- Consentimiento informado en las THRA (art.560 y 561) debe renovarse cada vez que se utilice los embriones; deben estar protocolizadas por

Regla y excepciones

Regla: autonomía para el consentimiento

- Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario..

Excepción: Representación

- 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.

Otra vez…..

- **Regla general:** si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, y puede tomar una decisión y comunicar su voluntad, el paciente es competente para consentir por si mismo y no necesita un representante.
- **Excepción:** en exclusivo beneficio del paciente, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que tiene relación de afecto o familiar que lo habilita a decidir por otro.

¿Quiénes ejercen la representación?

- Los menores de edad de conformidad al art. 26 cono regla prestarán consentimiento los padres o tutores excepto para los casos que se considere que tiene madurez suficiente de conformidad a las pautas de capacidad progresiva.
- En los casos de restricciones a la capacidad el apoyo designado (art. 43), el tutor o el curador.
- La persona designada por el propio paciente antes de encontrarse en esa situación mediante una directiva anticipada

Requisitos de la representación

- Que la persona esté absolutamente imposibilitada de consentir,
- Que medie una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud
- Si no existe persona que pueda dar el consentimiento por representación y no hay directiva anticipada, el médico podrá proceder sin que medie consentimiento siempre que su actuación sea urgente y tenga por objeto evitar un mal grave al paciente

Directivas anticipadas

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

Requisitos

- El CCCN contempla dos tipos: 1) otorgar directivas anticipadas que impliquen dejar instrucciones por escrito; en cuyo caso la persona debe estar plenamente capaz (mayor de edad).
- 2) designar la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para el ejercicio de la curatela.
- Puede ser revocada en todo momento libremente

Exequias

- **ARTÍCULO 61: Exequias.** La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

Muchas Gracias!