



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

“CONSENTIMIENTO
DEL
DAMNIFICADO”

Sandra Roxana Yunyent.

Año 2019.

Agradecimiento:

A mis tres hijos, soporte espiritual y compañeros de mi vida, quienes contribuyeron incondicionalmente.

A mis padres que siempre alentaron a continuar cuando la adversidad se hacía presente, quienes me enseñaron a perseverar, obedecer y respetar.

A mis profesores que con sus lineamientos consiguieron inculcarme que mi voluntad era la clave del éxito.

A veces volteo al cielo, sonrío y digo, yo sé que fuiste tú ¡Gracias Dios!

Sandra Roxana Yunyent.

Resumen:

En la actualidad las personas tienen garantizado por la ley un ámbito de libertad donde pueden adoptar en soledad las decisiones que hacen a su plan vital.

Lo cierto es que su autogobierno recibe una multiplicidad de límites.

Dentro del régimen de la responsabilidad civil se encuentra la regla general del instituto en estudio consentimiento del damnificado como causal de justificación del presupuesto antijuridicidad, el que solo libera de responsabilidad por la lesión a bienes disponibles.

El presente trabajo comprenderá una descripción breve de la responsabilidad civil su presupuesto antijuridicidad para así adentrarnos al estudio del instituto consentimiento del damnificado, y los artículos concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales que le son de aplicación subsidiaria. Analizaremos requisitos, capacidad, forma y bienes disponibles e indisponibles (nuevos valores regulados en el C.C.yC.N) distintas posiciones doctrinarias.

Palabras claves: consentimiento del damnificado, causal de justificación, bienes disponibles e indisponibles.

Abstract.

At present, people are guaranteed by law an area of freedom where they can take alone the decisions they make to their vital plan.

The truth is that his self-government receives a multiplicity of limits.

Within the civil liability regime is the general rule of the institute under study consent of the victim as a cause for justification of the unlawfulness budget, which only frees liability for the injury to available assets.

The present work will include a brief description of the civil responsibility for its unlawfulness budget in order to get into the study of the victim's consent institute, and the concordant articles of the Civil and Commercial Code of the Nation and special laws that are of subsidiary application. We will analyze requirements, capacity, form and available and unavailable assets (new regulated values in the C.C. and C.N.) different doctrinal positions.

Keywords: consent of the victim, cause for justification, assets.

INDICE Pág.

INTRODUCCION 5

I CAPITULO: RESPONSABILIDAD CIVIL-ANTI JURICIDAD-EXIMENTES.

1-1 Introducción.	9
1-2 Responsabilidad Civil en el nuevo código.	10
1-3 Antijuricidad.	10
1-4 Eximentes.	13
1-5 Conclusión Parcial.	14

II CAPÍTULO: CONSENTIMIENTO DEL DAMINIFICADO.

2-1 Introducción.	14
2-2 Concepto, requisitos, capacidad.	16
2-3 Concordancia con otros institutos del C.C.yC.N.	21
2-4 Leyes Especiales.	26
2-5 Conclusión parcial.	30

III.CAPÍTULO: NUEVOS OBJETOS DE DERECHOS

3-1 Introducción.	30
3-2 Noción.	32
3-3 Bienes disponibles e indisponibles.	37
3-4 Distintas posiciones doctrinarias.	38
3-5 Conclusión parcial.	40

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN.

El consentimiento del damnificado implica una declaración de voluntad libre e informada efectuada por el titular del derecho, es un supuesto excepcional que elimina toda nota de antijuridicidad.

Es en el artículo 1720 del Código Civil y Comercial de la Nación donde se establece: Consentimiento del Damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

Lo cierto es que cuando una persona decide libremente asumir la posibilidad de lesión de su salud o de su vida y rechaza un tratamiento que le resulta inadmisibles, con demasiada frecuencia a todos los implicados les surge la inclinación de la prioridad absoluta e indiscriminada de la protección de la vida sobre el ejercicio de la libertad personal.

El problema jurídico se presenta en determinar ¿Qué bienes son disponibles, para liberar de responsabilidad por la lesión? ¿Se consideran bienes disponibles los derechos personalísimos con un valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social?

Los objetivos del presente trabajo son:

-Analizar brevemente la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su presupuesto antijuridicidad y el eximente en particular Consentimiento del damnificado.

-Describir el instituto consentimiento del damnificado: origen, requisitos y leyes subsidiarias.

-Investigar que bienes son disponibles, analizar los nuevos valores de utilidad creados por la ley.

La situación es compleja cuando las personas quieren disponer de bienes como la vida, la salud y la integridad física. En ejercicio de la autonomía individual consentir sobre nuestros derechos personalísimos sería permitir que otros nos produzcan algún tipo de lesión o hasta la misma muerte sin poder realizar ningún tipo de reproche, como sería el caso de quien consiente la amputación de un miembro para evitar infecciones, o quien consiente una práctica deportiva y de la misma se provoca una lesión.

Se discute si el consentimiento o mejor dicho el asentimiento de la víctima, en el caso del enfermo, constituyen una causa de justificación.

- Mientras para un sector, el consentimiento del damnificado, es dentro de los límites de la ley, causa de justificación de un acto formalmente ilícito y sus consecuencias son por ende la impunidad del agente en lo penal y la exención de la obligación de indemnizar en lo civil.

- Para otro sector funciona como elemento supresor de la tipicidad o en forma de complemento de una causal de justificación.¹

Otra situación es, si solo el consentimiento del damnificado libera de responsabilidad por los daños causados respecto de “bienes disponibles”. Aquí se estaría incurriendo en una imprecisión terminológica sobre lo que se entiende como bienes que se pueden disponer, recayendo en principio sobre los que son una manifiesta patrimonialidad y no vinculados a la persona.

La investigación se justifica dado que, en ejercicio de la autonomía que tiene en cuenta la libertad de las personas, cada persona puede tomar decisiones de lo que es bueno para él, aunque no sea compartido por los demás. Se dice que el consentimiento es válido cuando se trata de bienes disponibles sobre los que se presta y no si se presta sobre bienes indisponibles o bien cuando la ley tutela intereses particulares y no si se tutela intereses generales. Mientras que en materia patrimonial las personas gozan de muy amplias facultades, no ocurre lo mismo con los derechos personalísimos que son relativamente indisponibles.

¹ Jorge Mosset Iturraspe-Miguel A. Piedecabras, Responsabilidad por Daños T.VIII Ed. Rubinzal-Culzoni (2016) pág.363 .

La hipótesis de investigación, si analizamos que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que establece el nuevo código, estos bienes son los susceptibles de un valor económico.

Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de estos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Lo cierto es que el nuevo código crea nuevos objetos de derechos con un valor de utilidad distinto al comercial, que no son considerados en el instituto del consentimiento del damnificado.

La regla general del eximente, impone como requisito consentir sobre bienes disponibles para liberar de responsabilidad dejando de lado los nuevos valores creados por el derecho sobre el cuerpo y sus partes, que hoy se encuentran regulados en nuestro código.

Las partes que comprenderá dicho trabajo serán Introducción; un primer capítulo: Descripción breve de la responsabilidad civil, antijuridicidad, eximentes; segundo capítulo: Consentimiento del damnificado (conceptualización, requisitos, capacidad, leyes especiales); tercer capítulo: Bienes sobre los que se puede dar consentimiento y liberar de responsabilidad (bienes disponibles e indisponibles) distintas posiciones; Conclusión; Bibliografía.

Lo que se busca en este trabajo es especificar las propiedades más importantes del instituto sometiendo a análisis, midiendo o evaluando sus diversos aspectos, dimensiones o condiciones a través de la descripción. La selección de este tipo de estudio supone una mayor disponibilidad de antecedentes relativos a la temática elegida y que la misma ya ha sido receptada en el ordenamiento jurídico y jurisprudencia.

Sampieri (2006) La descripción consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoge información sobre ella y luego realiza una descripción sobre el tema.

En el presente trabajo por la envergadura de la temática se utilizará la estrategia metodológica cuantitativa. Se describe, profundiza y capta el sentido de las instituciones

sociales (jurídicas en nuestro caso) por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación de los significados de las normas que las regulan.

Las fuentes de investigación son múltiples tipos de documentos que brindan información y conocimiento útil requerido para llevar a cabo la investigación.

En la presente investigación se utilizará para la recolección de información las técnicas cuantitativas; como el análisis documental (que nos permite el análisis de fuentes primarias, secundarias y terciarias que dan cuenta del instituto jurídico bajo estudio) y el análisis de contenido el que es útil para analizar textos de distinta naturaleza.

I.CAPITULO: RESPONSABILIDAD CIVIL-ANTI JURIDICIDAD-EXIMENTES.

1-1 Introducción.

La producción del daño genera un desequilibrio en todo el orden social, hay una alteración que debe ser corregida y hacia ese objetivo se ha dirigido tradicionalmente la responsabilidad civil, que aparece como una consecuencia jurídica del daño injustamente causado, orientada al restablecimiento de aquel equilibrio alterado.

El principio fundamental de la responsabilidad civil es el Principio de no dañar a otros: “alterum non laedere”.

Neminen laedere, reconoce sus orígenes en el derecho romano y significa *no dañar a nadie*, es el deber genérico, preexistente a toda relación jurídica, de no dañar a otro. Se trata de una regla implícita en la mayor parte de los sistemas normativos de nuestro tiempo, en derredor de la cual se edifica tanto la obligación de resarcir el daño injustamente causado como el deber de prevenirlo, en ambos casos con los alcances que fija el ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asignado jerarquía constitucional a dicho principio.²

A través del artículo 19 de la Constitución Nacional, la Corte perfila y complementa racionalmente las bases del derecho a no ser dañado y a obtener una justa y plena reparación. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

² Ramón Daniel Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos. Tratado de Responsabilidad Civil T.I Parte General. Ed. Rubinzal -Culzoni (2017) pág.22.

Los elementos que deben estar presentes para que se genere la obligación de reparar el daño injustamente causado son cuatro: antijuridicidad, daño, factor de atribución y causalidad. Hay situaciones en las cuales alguno de los elementos es enervado y consecuentemente impide que la obligación resarcitoria tenga lugar.

1-2 Responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Las cuatro últimas décadas del siglo XX, evidencian fenómenos inéditos, a los cuales el Derecho de la responsabilidad pretende dar una respuesta adecuada.

Las acciones por responsabilidad muestran un aumento considerable; crecen en número, variedad y montos. Muchas situaciones de daño que antes eran soportadas en silencio, juzgada como el resultado de una fatalidad o del destino, originan reclamos...; existe como una revalorización de la persona humana, de su integridad física y espiritual, unida a un mayor celo en el cuidado de las relaciones jurídicas, de los bienes que componen el patrimonio.³

En nuestro régimen legal la responsabilidad civil es el sistema de normas y principios que regula la prevención y la reparación del daño injusto. Tal conceptualización normativa surge claramente de la estructura del Título V (Otras fuentes de obligaciones), Capítulo I (Responsabilidad civil), Sección 1 (Disposiciones generales), Sección 2 (Función preventiva y punición excesiva) y Sección 3 (Función resarcitoria), y se refleja en el artículo 1708: “Funciones de la responsabilidad civil. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.⁴

1-3 Antijuridicidad

Son presupuestos de la función resarcitoria: antijuricidad, factores de atribución, nexo causal y el daño.

³ Jorge Mosset Iturraspe-Miguel A. Piedecasas, Responsabilidad por Daños T.I-Parte General Ed. Rubinzal-Culzoni (2016) pág.39 ss.

⁴ Ramón Daniel Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos. Tratado de Responsabilidad Civil T.I Parte General. Ed .Rubinzal -Culzoni (2017) pág.6

El Código Civil y Comercial consagra expresamente una norma sobre la antijuridicidad: artículo 1717, cuyo texto y fundamento de la Comisión de Juristas que lo propuso es necesario conocer antes de ingresar al desarrollo de la problemática de este trascendente tema en nuestra materia.

“Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídico si no está justificada”.

A la norma principal se le agregan los artículos especiales que regulan situaciones que “justifican” el hecho que causa el daño, referida a la legítima defensa, estado de necesidad, el ejercicio regular de los derechos, la asunción de riesgos y el consentimiento del damnificado.⁵

Una conducta es antijurídica cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado (Kemelmajer A. Carlucci 2015)

La antijuridicidad debe ser valorada con perspectiva de unidad, lo cual determina que una conducta que viola cierto precepto legal sea antijurídica si no encuentra una causa de justificación en otra norma.

Se trata de un concepto netamente objetivo, que deriva de la contrariedad de la conducta con el derecho y, por lo tanto, es independiente de la voluntariedad y de la culpabilidad del agente; de allí que la acción de un menor de diez años o de un insano pueda ser antijurídica. Una cosa es que medie antijuridicidad en el obrar de un inimputable y otra, diferente, que este deba responder civilmente por las consecuencias dañosas.

La antijuridicidad es predicable de una conducta y no del daño. Hay conducta antijurídica y no daños antijurídicos. Respecto del daño podrá proclamarse su carácter de justo o injusto, según que deba ser asumido por la víctima o trasladadas sus consecuencias a un tercero por vía resarcitoria.

⁵ Jorge Mosset Iturraspe-Miguel Ángel Piedecabras Responsabilidad por Daño T.I Parte General. Ed. Rubinzal-Culzoni (2016)pag.65

Va de suyo que no todo acto antijurídico es dañoso, ni todo acto dañoso es antijurídico.⁶

La antijuricidad formal, lo recuerda Núñez, parte del principio de que una acción es antijurídica sólo y porque es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir.⁷

La antijuricidad material sostiene, en cambio, que la acción es antijurídica porque tiene una determinada manera de ser o materia, que es la que la vuelve contraria al Derecho.

Gran parte de la doctrina sostiene que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido, legalmente de conformidad con principio constitucional del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Para la tesis de la antijuricidad material la noción de ilicitud desborda en mucho, según hemos visto ya, el concepto de ilegalidad, de contrariedad a los preceptos legales. Esta corriente, que juzgamos definitivamente impuesta en el derecho actual, a veces con franqueza y otras de manera encubierta, fue iniciada por Sourdat en el siglo XIX.⁸

Nos recuerda Bueres que “en resumen, la antijuridicidad, como concepto inicial, supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. Mas, en el aspecto que ahora nos ocupa, en el tema de responsabilidad civil, la antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir que, particularmente, lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida en que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño).⁹

Para Iturraspe J. - Piedecasa M. una conducta será antijurídica cuando “infrinja mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico, cuando viole una norma de deber destinada a la protección de los intereses” El juzgador tendrá en cuenta, en consecuencia, a más de los dictados de la ley, los de orden público y las buenas costumbres. En la medida que una

⁶ Ramón Daniel Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos. Tratado de Responsabilidad Civil T.I Parte General. Ed .Rubinzal -Culzoni (2017) pág.221ss.

⁷ Núñez, Ricardo Conceptos Fundamentales acerca de la Antijuricidad. Revista Jurisprudencial de Córdoba (1942, año 3, N°10)pag.205

⁸ Sourdat, M.A. Traillé General de responsabilidad. Ed. Marchall et Billad, Paris (1902), T.1 N°440 pag.549.

⁹ Bueres, Alberto J. El Daño injusto y la ilicitud de la conducta, en Derecho de Daño, Libro en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe. Ed. La Roca Bs.As.(1989) pág.141 y ss.

conducta humana se acomode o adecue al orden social o comunitario será justa y, por ende, permitida.¹⁰

-Por un lado están los autores que propugnan el abandono de la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil.

-Otros mantienen el requisito, pero reformulan el concepto y sostienen:

a) Que la antijuricidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad -incluyendo los principios generales del Derecho-, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuricidad objetiva)

b) Que un principio fundamental del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar a otro, de donde es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación y sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuricidad material)

c) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus fallos, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, traza una antijuricidad objetiva basada en la violación del deber general de no dañar, cualquiera sea el hecho que daña y con independencia de si media culpa o dolo en el obrar y material, pues la producción del daño es ilícita por contravenir el principio *alterum non lædere* y sin necesidad de que haya otra norma que prohíba expresamente la conducta nociva.¹¹

1-4Eximentes.

La responsabilidad civil exige la concurrencia de varios presupuestos, los que para la mayoría de la doctrina son: 1) un hecho antijurídico o contrario a derecho; 2) que provoque un daño; 3) la conexión causal entre aquel hecho y el perjuicio y 4) la existencia de un factor de atribución, subjetivo u objetivo, que la ley considere como fundamento suficiente para sindicar en cada caso quién habrá de resultar responsable.

¹⁰ Jorge Mosset Iturraspe-Miguel Ángel Piedecabras Responsabilidad por Daño T.I Parte General. Ed. Rubinzal-Culzoni (2016) pág. 85

¹¹ Rinessi, Antonio Juan - Rey de Rinessi, Rosa Nélica - Revista de Derecho de Daños – (2014) - N° 1 - pág. 297 - ANTIJURIDICIDAD. Ed. Rubinzal- Culzoni.

La exención de responsabilidad, como contrapartida, exige la negación o destrucción de alguno de dichos presupuestos: la no autoría, por ausencia de relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio; la inimputabilidad del autor del daño (inexistencia de factor subjetivo de atribución); la justificación de un obrar aparentemente antijurídico; u, obviamente, la inexistencia de perjuicio.¹²

De conformidad con el artículo 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, todo hecho u omisión que cause un daño es antijurídico. La excepción a este principio está constituida- como el mismo artículo lo señala- por las causas de justificación, que son circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico otorga un permiso para dañar. En tales casos, el hecho u omisión dañosos son lícito, y no antijurídicos, sin perjuicio de que en algún caso-puedan dar lugar al pago de una indemnización.¹³

Causas de justificación. Con este nombre estudiamos las causas de exclusión de la antijuridicidad; supuesto de hecho excepcional que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin merecer, por consiguiente, un juicio de desaprobación.

Las causa de justificación tienen su fundamento en el principio del interés preponderante, conforme al cual, cuando colisionan dos bienes jurídicamente protegidos, la tutela jurídica debe inclinarse en favor del interés superior o mejor, o sea que el interés salvaguardado debe ser mayor, o al menos igual, que el daño.¹⁴

Las causas de justificación están incorporadas en el artículo 1718 del Código Civil y Comercial, el que se completa con las situaciones especiales de la “asunción del riesgo” y el “consentimiento del damnificado”.

1-5 Conclusión Parcial

La responsabilidad civil, en su función reparadora se configura cuando se dan sus cuatro elementos (antijuridicidad, daño, factor de atribución, causalidad). Las causas de justificación

¹² Trigo Represa, Félix A. Cita RCD 1771/2012. Revista de Derecho de daño.T.2006 Eximentes de Responsabilidad.

¹³ Ricardo L. Lorenzetti (Dir.)Código Civil y Comercial. TVIII (2015) Ed. Rubinzal-Culzoni pág. Ricardo L. Lorenzetti (Dir.)Código Civil y Comercial. TVIII (2015)Ed. Rubinzal-Culzoni pág.371 371

¹⁴ Zavala de Gonzales. Resarcimiento de Daño. Ed. Hammurabi. Bs. As. (1999) T.4 pág.349.

son aquellas situaciones previstas por el legislador que enervan la antijuridicidad de la conducta y bajo ciertas circunstancias pueden actuar como eximente de responsabilidad.

II CAPITULO: CONSENTIMIENTO DEL DAMNIFICADO

2-1 **Introducción.**

El instituto jurídico consentimiento del damnificado establece una regla general –que recibe múltiples aplicaciones particulares en diversos artículos del Código Civil y Comercial y en otras leyes especiales según el cual, bajo ciertas condiciones, el consentimiento de la víctima opera como una causal de justificación del daño. La fórmula normativa no encuentra precedente en el código de Vélez Sarsfield.

El consentimiento del damnificado es el acto por medio del cual el damnificado exonera de responsabilidad a quien lo lesiona, es un supuesto excepcional que elimina toda nota de antijuridicidad. Esto es una consecuencia directa del principio general de la libertad contractual consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación; según el cual las partes son libres para celebrar un contrato determinar su contenido, conforme a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

El principio fundamental de dicho instituto es el principio de autodeterminación o de autonomía personal, la autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía Kantiana que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales.

Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas.

De acuerdo a la invertebrada doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación ha desarrollado en torno al artículo 19 de la Constitución Nacional, las personas físicas tienen garantizado por la ley un ámbito de libertad donde pueden adoptar en soledad las decisiones

que hacen a su plan vital.¹⁵ El postulado encuentra límites como lo son los derechos de terceros, el orden público y en el derecho civil los derechos personalísimos.

El consentimiento informado en materia médica encuentra sus raíces legales en 1947 con el Código de Núremberg; a través del cual se juzgó a un grupo de médicos acusados de realizar experimentos caracterizados como crímenes en contra de la humanidad, cometidos contra prisioneros de guerra en campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial, los cuales se realizaban sin información o consentimiento sobre los riesgos a los que se enfrentaban las víctimas.

En 1964 se promulgó en la Asamblea Médica Mundial La Declaración de Helsinki, que ha sido modificada en varias ocasiones, agrupando un conjunto de reglamentos que orientan a los médicos en experimentos con seres humanos, y resalta la importancia del consentimiento voluntario dentro del protocolo de estudio. La primera sentencia del consentimiento informado tuvo lugar en las islas británicas en 1767 en el caso *State vs. Bakel & Stapleton* (Cfr. Gatán Cortés Julio Cesar, Responsabilidad civil médica) pero el documento se perdió.¹⁶

En nuestro país, el Código de Vélez Sarfield no contemplaba a la salud. La concepción de la salud como bien y un derecho humano fundamental, emerge en el siglo XX como una de las especies de los derechos sociales, que corresponde a la segunda fase del constitucionalismo social; su reconocimiento internacional oficial se produce en la Conferencia Internacional de salud; celebrada en Nueva York en 1946.

Esta concepción de la salud es introducida expresamente en la reforma constitucional de 1994 por vía de los artículos 42,43 y 75 inciso 22.

Es con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial en el año 2014 donde la comisión reformadora logra definir los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento. Incorpora como regla general el

¹⁵ CSJN, fallo: 315:1492:332:1963:1-6-2012. “Albarracini Nievas. Jorge Washington s/Medidas precautorias”. L.L. 2012. Con nota de Andrés Gil Domínguez y Marcela I. Basterra.

¹⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento_informado#Historia

consentimiento del damnificado en el artículo 1720 del Código Civil Comercial como causal de justificación de la antijuridicidad. . En Fundamento del Proyecto de Código Civil de 2012 se dice: “También se incorpora el consentimiento libre e informado del damnificado, porque de lo contrario muchos vínculos contractuales no serían posibles.

2-2Concepto, Requisitos, Capacidad.

Así lo establece el artículo 1720: “Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

Quedan incluidas dos grandes tipologías:

- a) La exposición voluntaria consentida a una situación de peligro de daño que puede concretarse con mayor o menor grado de probabilidad objetiva. Tal lo que sucede con quien participa de una competencia de boxeo, lucha libre o karate, interviene en una competencia automovilística, en un partido de rugby, polo, fútbol u otros deportes similares que se caracterizan por el posible contacto físico entre participantes.
- b) El consentimiento, igualmente voluntario, para la realización de una actividad que indefectiblemente causará un daño en sentido amplio al otorgante. Así, por ejemplo, quien presta su consentimiento para una intervención quirúrgica, donde da conformidad para la inevitable lesión a su integridad corporal.

En principio, en todos estos casos, el consentimiento del damnificado excluye la antijuridicidad de la conducta del dañador, si se dan estos requisitos:

- a) El consentimiento del titular del derecho debe ser oportuno, libre, informado e inequívoco. alcance que establece el artículo 988 de código civil y comercial, y en su ámbito específico los artículos 1117 a 1122 y 37 de la ley 24240.

b) Debe recaer sobre daños derivados de la lesión a bienes disponibles.¹⁷

Entendiendo por consentimiento informado al acto de decisión voluntaria realizado por una persona competente, por el cual acepta o rechaza, fundado en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le puede ocasionar.

Que sea “libre” significa que debe tratarse de un acto voluntario en los términos del artículo 260 del Código Civil y Comercial: “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención, y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.

Discernimiento es la aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. El código reputa involuntario el acto lícito realizado por personas menores de trece años, los actos ilícitos ejecutados por quienes no alcanzaron la edad de diez años y los actos llevados a cabo por quienes, al momento de realizarlos se encontraban privados de razón.

Intención supone la aptitud para entender el acto concreto que se realiza.

Libertad es la facultad de elegir entre distintas alternativas, espontáneamente, esto es, sin coacciones ni intimidaciones.¹⁸

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé En el artículo 26: Ejercicio de los derechos por las personas menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la 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.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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.

¹⁷ Ramón Daniel Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos. Tratado de Responsabilidad Civil T.I Parte General. Ed .Rubinzal -Culzoni (2017) pág.472 ss.

¹⁸ Ricardo L. Lorenzetti (Dir.)Código Civil y Comercial. T I (2015) Ed. Rubinzal-Culzoni pág.29

Si se trata de tratamientos invasivos 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 sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

La norma establece varias reglas. El principio general impone la representación para el ejercicio de los derechos que se encuentran en cabeza del menor de dieciocho años, admite excepciones, debiendo el menor ser oído en todo proceso judicial o decisión que le concierna.

Sobre el cuidado de su cuerpo, el adolescente tiene capacidad para adoptar determinadas decisiones, siendo equiparado al adulto, luego de cumplir dieciséis años.

La norma admite la intervención del menor de edad, con asistencia letrada, en los conflictos de intereses que se susciten con sus progenitores.

El Código Civil y Comercial de la Nación hace lugar al principio de capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en consonancia con la evolución de sus facultades. (Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Esta máxima supone el equilibrio entre el ejercicio de cierto grado de autodeterminación en la toma de decisiones y el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares.

En este sentido, las nociones de autonomía y protección no resultan excluyentes sino que se implican una a otra, pues la capacidad progresiva constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de niñas, niños y adolescentes.¹⁹

Continuando con la línea legislativa antes señalada, la norma presume que el menor de dieciséis años y mayor de trece tiene derecho a decidir sobre los tratamientos médicos que requiera su estado de salud, y aquí la norma hace una distinción en función de la naturaleza e importancia médica de dichos tratamientos. Así puede decidir sobre la realización de

¹⁹ <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-consentimiento-informado-de-las-personas-menores-de-edad>.

tratamientos médicos que no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o puedan provocar un riesgo grave de vida o integridad física.

En cambio sí se tratare de tratamientos médicos invasivos que comprometan su estado de salud o pongan en riesgo la integridad o vida del menor entre las edades señaladas por la norma, debe prestar su consentimiento con la asistencia de los padres. El interés superior del adolescente prima para la resolución del conflicto que pueda plantearse entre el mismo y sus progenitores, teniendo como base de dicha resolución la opinión médica con relación a las consecuencias que apareje la realización o no del acto terapéutico conflictivo, debiendo priorizarse en la resolución de los conflictos que puedan plantearse, el bienestar del menor, el derecho de vivir, etcétera.

A partir de los dieciséis años la norma equipara al menor con el adulto para la toma de decisiones referidas al cuidado de su cuerpo.

Sobre el particular, el artículo 2° de la ley 26.529 dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho, en los términos de la ley 26.061; a intervenir en la toma de decisiones sobre terapias, procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.²⁰

El gran abanico de actos que comprometen el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes interpelado de manera constante por la noción de dinamismo, ínsita en toda cuestión que compromete el campo de la bioética, obligo a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados, como tratamientos “invasivos” y “no invasivos” o que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”.²¹

2-3Concordancia con otros institutos del Código Civil y Comercial de la Nación.

En numerosos casos existen disposiciones específicas que regulan bajo qué condiciones puede el consentimiento constituir una causa de justificación.

19Ricardo L. Lorenzetti (Dir.)Código Civil y Comercial. T I (2015) Ed. Rubinzal-Culzoni pág.116-117.

²¹ Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M. Lamm,E; Fernández. (2015) El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial.

El artículo 58 del Código Civil y Comercial de la Nación regula detalladamente y en diez incisos, los requisitos que debe reunir la Investigación en seres humanos para poder ser considerada lícita. Los recaudos son razonables estrictos por la sensibilidad de la práctica que compromete la vida y la salud de personas humanas.

Art. 58: Investigación en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamiento, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo pueden ser realizadas si se cumple con los siguientes requisitos:

- a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicara 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 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 y la confidencialidad de su información personal,
- 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 estos 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.

La norma en análisis tiende a garantizar el acotamiento de riesgos a los pacientes, el cuidado de la viabilidad científica de la investigación y de la idoneidad técnica de los prestadores, la protección de la intimidad de las personas involucradas y el otorgamiento de su (*consentimiento informado fehacientemente documentado*), mientras no se cumpla lo previsto en los incisos c, y d; la aprobación previa a la prestación por parte de un comité acreditado de evaluación de ética de la investigación, y fundamentalmente, la autorización - también previa- otorgada por la autoridad pública de control de la salud, que es quien, antes que nadie, evaluara si el rango experimental no supone exponer a los pacientes a esos riesgos de daños previsibles o no, pero que jamás justificarían la aplicación de esas prácticas a seres humanos en tanto no se cuente con la razonable certeza de que ello no sucederá.

Otra norma del Código Civil y Comercial de la Nación que regula el importante tema del consentimiento del paciente para actos médicos es el:

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 especificaciones 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 del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados:
- 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 coloque 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 investigación 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.

La norma busca poner en resguardo la dignidad de la persona humana cuando se encuentra afectada por la enfermedad, siguiendo el artículo 5° de la ley 26529 de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado del año 2009, con las modificaciones que le introdujera, singularmente por vía de la incorporación del denominado “derecho a la muerte digna”, de la ley 26742.

En consecuencia el consentimiento libre e informado para toda práctica médica es la regla que solo puede suplirse por terceros y hasta por el profesional cuando exista riesgo para la salud del paciente y medie situación de emergencia.²²

Saux E. y Crovi L. consideran que el consentimiento informado es una explicación efectuada frente al paciente que, en uso de razón, puede entender el diagnóstico de su

²² M, J.A.s. Autorización Judicial. STJ, Rio Negro.26/02/2018. Rubinzal On line 28911/2016 RCJ 3213/8

enfermedad, los efectos de la misma como así también los riesgos y beneficios de la terapia recomendada. La aceptación del tratamiento por parte de quien recibe esa información debe ser libre y voluntaria.²³

Este derecho del paciente tiene como correlato el deber del prestador del servicio de salud de brindar la información que determina aquel consentimiento para esa práctica curativa o preventiva.

El catedrático español, Javier Fernández Costales distingue:

- 1) La información terapéutica, entendida como “un instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica (explicación para la administración de un medicamento por el propio paciente, régimen alimenticio etc.) constituyen modalidades de información terapéutica de las que el médico no puede prescindir si no quiere infringir los deberes de diligencias impuestos por la profesión.
- 2) La información médica como requisito del consentimiento para aplicar un tratamiento “se convierte en una obligación o deber médico de extraordinario relieve ya que para que el paciente pueda consentir con conocimiento de causa este tiene que ser previamente informado del tratamiento terapéutico aconsejado y de sus consecuencias, en función de la exploración realizada en el mismo y del diagnóstico emitido.

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por el paciente, por la cual luego de una suficiente información, decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. Comprende dos aspectos: que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el primero revele al segundo una adecuada información. El otorgamiento de ese consentimiento se basa en una relación especial de confianza, entendiéndose que en esta materia como en ninguna otra, está en juego un valor ético básico como es el de la autonomía de la voluntad.²⁴

La información debe ser clara, precisa y adecuada, respecto a: estado de salud, procedimiento propuesto y sus objetivos, beneficios esperados, riesgos y efectos

²³ SAUX, Edgardo I. y CROVI, Luis Daniel, Muerte digna en pleno debate, en obra colectiva, Derecho Privado, publicación del Ministerio de Justicia de la Nación. BsAs.2012, Año I, N°1, pag.137

²⁴ (Cam. Nac.Civ, sala G, 21-11-2008.”Trapani, Susana Amalia c/Sotomayor Appiani, Erdulfo s/Daños y perjuicios”), Rubinzal Online, RCJ 1403/09.

previsibles, procedimientos alternativos y sus implicancias, y el derecho a los cuidados paliativos (art. 59 inc. a, b, c, d, e, f, h). En el inciso g, se regula el derecho de la persona que se encuentra ante una enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal, o que lo haya colocado en similar estado un elemento externo (lesiones), de rechazar las medidas que la misma norma enuncia (hidratación, cirugías, reanimación artificial, etc.) que sean “extraordinarias o desproporcionadas” en relación con las reales perspectivas de mejoría, que solo logren posponer en el tiempo la muerte, o que causen sufrimientos desmesurados, consagrado lo que en doctrina se ha dado en llamar “el derecho a muerte digna”.

Se dispone que ninguna persona con discapacidad pueda 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. La norma tiende a preservar la autodeterminación de la persona con discapacidad. Concordante al artículo 32 del Código, el o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

El artículo en análisis en su último párrafo regula la situación de quien puede prestar el consentimiento informado cuando el propio paciente no está en condiciones físicas o intelectuales de brindarlo (su representante legal, si es un menor o alguien restringido judicialmente de su capacidad de obrar), el cónyuge, el conviviente, y el pariente o el allegado que lo acompañe, siempre que se trate de una situación de emergencia, en ausencia de ellos el médico puede prescindir del consentimiento.

Otra norma que regula el consentimiento informado de los pacientes, es el:

Art.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.

La doctrina denomina a estas directivas “testamento de salud”, es el medio por el cual se puede anticipar directivas respecto a cuál sea su última voluntad en orden al tratamiento de

salud en caso de enfermarse, o conferir un mandato a una o más personas determinadas para que, en caso de incapacitarse asuma su representación .

2-4 Leyes Especiales.

Con motivo de la subsidiaridad del artículo 1720 del Código Civil y Comercial de la Nación la legislación especial puede resultar aplicable. Estas regulan en qué condiciones el consentimiento puede constituir una causa de justificación en materia médica.

*Ley 17132. Ejercicio de la Medicina, odontología y actividades de colaboración. (Sancionada 24/01/1967. Promulgada 24/01/1967.B.O. 31/01/1967).

Artículo 19. Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

1º) Prestar la colaboración que les sea requerida por las autoridades sanitarias, en caso de epidemia, desastres u otras emergencias;

2º) asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente;

3º) respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz;

4º) no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial;

5º) promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros;

6º) ajustarse a lo establecido en las disposiciones legales vigentes para prescribir alcaloides;

7º) prescribir o certificar en formularios que deberán llevar impresos en castellano su nombre, apellido, profesión, número de matrícula, domicilio y número telefónico cuando corresponda. Sólo podrán anunciarse cargos técnicos o títulos que consten registrados en la Secretaría de Estado de Salud Pública en las condiciones que se reglamenten. Las prescripciones y/o recetas deberán ser manuscritas, formuladas en castellano, fechadas y firmadas. La Secretaría de Estado de Salud Pública podrá autorizar el uso de formularios impresos solamente para regímenes dietéticos o para indicaciones previas a procedimientos de diagnóstico;

8º) extender los certificados de defunción de los pacientes fallecidos bajo su asistencia debiendo expresar los datos de identificación, la causa de muerte, el diagnóstico de la última enfermedad de acuerdo con la nomenclatura que establezca la Secretaría de Estado de Salud Pública y los demás datos que con fines estadísticos les fueran requeridos por las autoridades sanitarias;

9º) fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras pe

*Ley 27447. Ley de Transplante de Órganos, Tejidos y Células. (Sancionada 4/07/2018. Publicada B.O. 26/07/2018)

Artículo 19.-Consentimiento informado en trasplante con donante vivo. Los donantes y receptores o en su caso el representante legal deben prestar el consentimiento informado libre y voluntario en un tono de acuerdo con la normativa vigente. En el caso que éstos no se opongan, la información debe ser suministrada a su grupo familiar.

*Ley 26529. Derechos del Paciente Historia Clínica y Consentimiento Informado.(Sancionada 21/10/2009, Promulgada 19/11/2009, Publicada B.O.20/11/2009).

Artículo 2º; inciso:

- c) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los

términos de la Ley N° 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Del Consentimiento informado.

Artículo 5°: Definición. Entiendese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con 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.

Artículo 6°: obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fije por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

Artículo 10°: Revocabilidad. 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, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la misma implica.

En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante solo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento.

La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.

*Ley 26657. Ley Nacional de Salud Mental. (Sancionada 25/11/2010 Publicada B.O. 3/11/2010).

Artículo 7°. El Estado reconoce a las personas con padecimientos mentales los siguientes derechos:

Inc. j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendida por el paciente se comunicaran a los familiares, tutores o representantes legales.

Inc. k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades.

Artículo 10°: por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley.

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.

Artículo 16°: Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho horas, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;
- b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;
- c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Solo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de las personas o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberán procederse como si se tratase de una internación involuntaria.

*Ley 26.743. Identidad de Género. Derecho de las Personas. (Sancionada 9/05/2012 Publicada B.O. 24/05/2012)

Artículo 11°- Derecho al libre desarrollo personal.

Toda las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley u a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a

intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios superiores del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial, deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Los efectos de sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

2-5 Conclusion parcial.

El consentimiento del damnificado es el acto jurídico voluntario por medio del cual la víctima de un daño excluye de responsabilidad al agente siempre que se den los presupuestos que la ley establece (libre e informado) prestado por el titular del derecho o por persona autorizada y en la forma que lo determine las leyes especiales; siempre que no constituya una cláusula abusiva y que recaiga sobre bienes disponibles.

Quedan incluidas dos tipologías en la regla general del artículo 1720, la exposición voluntaria consentida a una situación de peligro de daño que puede concretarse con mayor o menor grado de probabilidad objetiva y el consentimiento voluntario, para la realización de una actividad que indefectiblemente causará un daño en sentido amplio al otorgante.

III CAPITULO: NUEVOS OBJETOS DE DERECHOS

3-1 Introducción.

El consentimiento del damnificado solo libera de responsabilidad por la lesión, cuando se presta sobre bienes disponibles.

Lo cierto es que las nociones jurídicas de bienes, cosas y patrimonio están sometidas a tensiones derivadas de los cambios socio económico de nuestros tiempos, “se hace eco de los progresos científicos que gravitan sobre la vida y a la salud humanas impactando sobre el Derecho”²⁵

El Código Civil y Comercial en su Título Preliminar Capítulo 4, Derechos y Bienes, y sistematiza los derechos de la personalidad bajo el nombre “Derechos y Actos personalísimos” en el (Libro primero Parte General. Título I. Personas Humanas, Capítulo 3). Cambia totalmente el paradigma de regulación de los bienes. Los derechos individuales de las personas pueden recaer sobre bienes que integran su patrimonio. Los bienes son susceptibles de valor económico, los bienes materiales son cosas. Esta parte general que se relaciona con los artículos 225 y siguientes que regulan los bienes, y todo el Libro cuarto acerca de los derechos reales.

En cuanto al vocablo “patrimonio”, da lugar al distingo entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. Habitualmente se considera al patrimonio como un atributo de la persona y está integrado por los bienes, es decir, que tienen valor económico.

La comisión reformadora haciendo lugar al reclamo de la doctrina y jurisprudencia incorporo una declaración de la dignidad de la persona humana, regulando el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos.

Se crea una nueva categoría de objetos de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.

Teniendo en cuenta que el eje del sistema es la persona humana, el principio rector que motiva la modificación es principio de la Dignidad Humana. La etimología de “digno” remite primeramente a dignus y su sentido es “que conviene a” “que merece” implica posición de prestigio “de cosa” en el sentido de excelencia; corresponde en su sentido

²⁵ Renato Rabbi-Baldi Cabanillas. Los derechos sobre el Cuerpo Humano. Ed. P. Casamayor (2016) pag.6

griego a axios (valioso, apreciado, precioso, merecedor). De ella deriva dignitas dignidad, merito, prestigio, alto rango. La persona merece que se le reconozca, respete y por ende tutele su dignidad, atento a que esta deriva del hecho de ser, ontológicamente, una persona consecuentemente, el derecho debe garantizarle esta dignidad de la persona humana comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad.²⁶Se considera la dignidad como la fuente, el sustrato y de la que derivan todos los derechos humanos.

En el texto histórico de nuestra Carta Magna la dignidad no se encontraba mencionada, ni como derecho ni como principio, pero nadie duda que esté incluida dentro de las previsiones del artículo 33 de la Constitución Nacional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, que integra el contexto de normatividad convencional constitucional por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional del año 1994) dispone en su artículo 11 inciso 1° que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Para poder analizar la disponibilidad e indisponibilidad de los bienes, debemos recurrir a los derechos de la personalidad, que son verdaderos derechos subjetivos inherentes a la persona. En principio solo los bienes que tienen un valor económico son disponibles, sobre los que se puede consentir libremente sin ningún tipo de problema, situación muy distinta es la que se da con los derechos sobre el cuerpo humano, y sus partes.

La fórmula normativa del artículo 1720, utilizo los términos bienes disponibles, cabe hacerse algunos interrogantes, ¿Deja por fuera los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes? ¿Sus titulares pueden consentir válidamente sobre estos derechos si son indisponibles en principio? El código civil y comercial hace lugar en su título preliminar a nuevos valores para solucionar el problema jurídico, que describo. ¿Hay una imprecisión terminológica en la última frase del artículo que consagra el consentimiento del damnificado?

3-2Nocion.

²⁶ <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana>

La tradición legislativa identifica a los bienes con la valoración económica (noción del código derogado) si se utiliza este vocablo en sentido técnico tradicional, no podría aplicarse a los bienes ambientales, o al cuerpo o parte del cadáver. El código civil regulo, dentro de los derechos reales (Libro tercero, al patrimonio como un atributo de la persona). La regla se basaba en una relación directa entre el sujeto individual y los bienes, así como en una vinculación relevante entre estos últimos y su valor económico.

La concepción patrimonialista ha ido cambiando y aparecieron bienes que siendo de la persona no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes etc.

En los pueblos antiguos en el ámbito del derecho privado la protección del hombre y de algunos aspectos de su personalidad careció de un ordenamiento sistemático y orgánico. Puede decirse que dicha protección se centró en la responsabilidad civil, esto es en la obligación de reparar el daño causado a otro dolo, culpa o negligencia.

Es a fines del siglo anterior y durante el presente, que la doctrina reacciona a través de una elaboración dogmática de lenta evolución, estimulada en gran medida por circunstancias sobrevinientes derivadas del acelerado avance operado en las ciencias y los progresos alcanzados por nuevas y asombrosas técnicas médico-quirúrgicas de ingeniería genética, y la modificación de las condiciones de vida.²⁷

Cabe distinguir según el código actual entre:

Derechos subjetivos sobre un bien individual disponible por su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios.

Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido

²⁷ Julio Cesar Riveros. Instituciones de Derecho Civil Parte General II. Ed. Abeledo Perrot Bs.As.(1997) pag.9

estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto permite un reclamo colectivo.

Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio y responsabilidad civil.

Considerando que el cuerpo es soporte de la noción de persona, el problema jurídico surge cuando las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente.

Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad, también llamados derechos personalísimos, son las prerrogativas de contenido extrapatrimoniales, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional están de acuerdo en que su naturaleza se encuentra abarcada por el concepto de derechos subjetivos, que “esta dado como el poder o acción reconocido o concebido a una persona por el ordenamiento jurídico es decir, por el derecho objetivo, para exigir el comportamiento o conducta determinada a otra persona, que sirve para la satisfacción de intereses humanos”

Siguiendo las enseñanzas de Cifuentes, decimos que los caracteres de estos derechos son los siguientes:

-Innatos: corresponden a la persona desde el origen de esta.

-Vitalicios: rigen durante toda la vida de la persona.

-Necesarios: no pueden faltar durante la vida del ser humano, ni pueden perderse de modo definitivo.

-Esenciales: porque representan un mínimo imprescindible para el contenido de la personalidad humana, y porque tienen por objeto los bienes más elevados frente a otros materialmente importantes.

-De objeto interior: las manifestaciones de la persona que corresponden a los derechos personalísimos son interiores, inseparables de ella.

-Inherentes: existe una unión inseparable del objeto respecto del sujeto.

-Extrapatrimoniales: si bien prima facie los derechos personalísimos son de contenido extrapatrimoniales, en caso de ser lesionados generan a favor de su titular una acción de resarcimiento económico, sin perjuicio de que aquel puede requerir, también judicialmente las medidas necesarias para prevenir o hacer cesar la agresión antijurídica, y obtener el restablecimiento pleno de los derechos afectados.

-Relativamente indisponibles: no pueden ser enajenados ni transferidos mientras viva la persona. Esto deriva de ser ellos vitalicios, inherentes y necesarios. Sin embargo, estos admiten ciertas salvedades. Puede ocurrir que el sujeto consienta la lesión física o moral, o la soportar. En tal caso, y si solo están afectados bienes personales y no otros intereses por los que el Estado debe velar, el consentimiento de la víctima inhibe la punibilidad. Empero cabe advertir, no existiría en tal caso una renuncia al derecho personalísimo sino al ejercicio de algunas facultades.

-Absolutos: son oponibles erga omnes. En todas las demás personas recae una obligación pasivamente universal, en el sentido de que es deber de ellas respetar las facultades del sujeto. Este carácter no debe ser entendido como que atribuye al ejercicio del derecho un alcance ilimitado. Todo derecho encuentra su límite donde aparece el contacto con los derechos de las demás personas.

-Privado: este carácter no se altera por el hecho de que para la lesión a un derecho privado esté prevista una sanción penal de carácter público.

-Autónomo: El conjunto de los caracteres precedentes enumerados, condiciona una particular categoría de derechos subjetivos que bien se diferencian de todos los demás. Es como lo hemos dicho, una categoría inconfundible de derechos subjetivos que tienen por ello carácter autónomo.²⁸

Posiciones doctrinarias distintas sobre los derechos personalísimos:

* El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de las mismas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Dentro de este modelo puede citarse al Código Civil francés (arts.16.1, 16.5, incorporados por Ley 94-653 del 29-7-94) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objetos de ningún derecho de naturaleza patrimonial.

*Una visión completamente diferente es la que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como “cosas”, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites.

Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay problemas vinculados a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento.

²⁸ Julio Cesar Riveros. Instituciones de Derecho Civil Parte General II. Ed. Abeledo Perrot Bs.As. pág. 24

Lo cierto es que la utilización de determinadas partes del cuerpo para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre (no son bienes en el sentido del artículo 2311 del código derogado)

El Código Civil y Comercial, provee la solución creando una nueva categoría de objetos de derecho que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social (art.17).

3-3Bienes disponibles e indisponibles.

La palabra bien (cosa de valor) viene del latín bene. Bene voz de origen latino bene, significa “bueno”.

El termino bienes es el plural de la palabra bien, se refiere a cualquier cosa tangible o intangible, que sea útil para el hombre y le satisfaga directa o indirectamente, algún deseo o necesidad individual colectiva, o que contribuyan al bienestar de los individuos.

Los bienes tanto materiales o inmateriales son todos aquellos susceptibles de valor que merecen de protección, del derecho o sistema jurídico (vida, salud, familia, patrimonio)

Se llaman bienes disponibles a todos aquellos que se encuentren protegidos por la libertad personal, generalmente aquellos que tienen contenido patrimonial, es decir que pueden ser valorados económicamente, por lo tanto, basta que exista ley que determine la prohibición de disposición para que sean bienes indisponibles.

En teoría son disponibles todos los bienes que la ley no prohíbe su disposición.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece, Art. 17 Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéuticos, científico, humanitario o social, y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

La norma crea nuevos objetos de derechos distintos a los de valor económico, el valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es:

-Afectivo: representa algún interés no patrimonial para su titular.

-Terapéutico: tiene un valor para la curación de enfermedad.

-Científico: tiene un valor para la experimentación.

-Humanitario: tiene un valor para el conjunto de la humanidad.

-Social: tiene un valor para el conjunto de la sociedad.²⁹

Se incorpora un régimen sistematizado de los derechos de la personalidad largamente reclamado por la doctrina argentina.

Artículo 55 Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Los derechos personalísimos son por regla indisponible (no pueden ser objeto de transferencia o renuncia, está prohibido) o manifestación de consentimiento para legitimar su vulneración.

Como lo señala Cifuentes, uno de los caracteres de los derechos personalidad es el de ser “relativamente indisponibles”, lo cual supone como regla la “indisponibilidad” y como excepción la posibilidad de admitir, por vía del ejercicio de la autonomía de la voluntad, su abdicación en el caso concreto. Se justifica tal restricción dispositiva de base “en la estricta e íntima relación que tienen con el titular, porque son bienes que únicamente tienen sentido para los propósitos y necesidades suyas” son intransferibles e irrenunciables.

3-3 Distintas posiciones doctrinarias

²⁹ . Ricardo L. Lorenzetti (Dir.) Código Civil y Comercial. T I (2015) Ed. Rubinzal-Culzoni pág83

El artículo que consagra, el consentimiento del damnificado señala,... “libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”

*Para Pizarro R.-Vallespinos C. (2017), la fórmula normativa es apropiada, plasma una regla de carácter material que puede adaptarse y reconocer matizaciones y excepciones en función de la variedad de intereses en juego y de las situaciones particulares.

La virtualidad eximitoria del consentimiento informado se consagra cuando se trata de daños derivados de lesiones a intereses ligados a bienes disponibles propios. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres (art.55).

La situación es drásticamente distinta cuando se trata de bienes en principios indisponibles, como la vida, la salud y la integridad física. De allí que no sea exigible “el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que corresponda a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Con la finalidad de tutelar otros intereses se admiten ciertos actos de disposición sobre el propio cuerpo, tal lo que sucede, por ejemplo en los trasplantes de órganos (finalidad perseguida es preservar la vida y la salud de otras personas) “Conviene tener presente que el campo de las limitaciones es muy amplio y lleva a proclamar un criterio ciertamente restrictivo que pondere los intereses comprometidos, en función de las circunstancias del caso”.³⁰

*Otros Iturraspe J.-Piedecabras M.(2016) solo libera de responsabilidad a los daños causados respecto de bienes “disponibles”, y aquí se estaría incurriendo en una imprecisión terminológica, sobre lo que el Código entiende como bienes que se pueden disponer, recayendo en principio sobre los que son una manifiesta patrimonialidad y no vinculados a la persona.

³⁰ Ramón Daniel Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos. Tratado de Responsabilidad Civil T.I Parte General. Ed. Rubinzal -Culzoni (2017) pág472ss.

En relación con el concepto “bienes disponibles” debe partirse de la idea de que luego de la reforma de la Comisión Bicameral, el Código Civil y Comercial consagra la “función social de la propiedad” de manera tal que esta disponibilidad no puede ser considerada cuando a través de la conducta del sujeto privado se puede afectar esta función o finalidad.

Asimismo el artículo 17 del Código Civil y Comercial consagra una clara referencia a que no son disponibles en principio, los derechos sobre el cuerpo humano, lo que marca otro límite, además de los que surgen de normas específicas del código y de las leyes especiales.

...La eficacia de la autorización, además de estar limitada por normas imperativas, requiere que el interesado pueda jurídicamente disponer del bien jurídico lesionado. Ello obsta a la admisibilidad de las cláusulas relativas a bienes que integran los denominados “derechos de la personalidad”; como el derecho a la vida, a la integridad física, etcétera.³¹

3-3 Conclusion Parcial.

En letra del nuevo código civil y comercial, cambio totalmente el paradigma de regulación de los bienes, los bienes son susceptibles de valor económico, los bienes materiales son cosas. Regula el derecho a la disposición del cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos. Se crea una nueva categoría de objetos de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, que pueden ser disponibles, siempre que se respeten estos valores.

El sentido técnico tradicional de bienes se identifica con la valoración económica, hoy este sentido se ha ampliado a nuevos valores de utilidad.

La regulación de los derechos personalísimos considerándolos verdaderos derechos subjetivos, disponiendo que el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, es un gran acierto.

³¹ Jorge Mosset Iturraspe-Miguel Ángel Piedecabras Responsabilidad por Daño T.I Parte General. Ed. Rubinzal-Culzoni (2016) pág101ss.

Los bienes tanto materiales como inmateriales son todos aquellos susceptibles de valor que merecen de protección, del derecho o sistema jurídico.

Son bienes disponibles todos aquellos que se encuentren protegidos por la libertad personal; basta que exista ley que determine la prohibición de disposición para que sean indisponibles.

En consecuencia son disponibles todos los bienes que la ley no prohíbe su disposición.

Los derechos personalísimos son por regla indisponibles y como excepción la posibilidad de admitir, por vía del ejercicio de la autonomía de la voluntad, su abdicación en el caso concreto.

Hoy de acuerdo al nuevo régimen del código se puede consentir válidamente sobre bienes que tengan un valor económico, afectivo, científico, terapéutico, social o sea un valor de utilidad.

CONCLUSION.

Plasmada la exposición del presente trabajo investigativo, es indudable no visualizar el cambio de paradigma del nuevo Código Civil y Comercial con respecto a los bienes, valores y regulación de los derechos personalísimos.

La regulación del Consentimiento del Damnificado como eximente de responsabilidad es un gran acierto, lo que posibilita un sin número de contrataciones que de no estar regulado no se harían.

El artículo 1720:libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”

Son bienes disponibles para el nuevo código aquellos sobre los que son de una manifiesta patrimonialidad y no vinculados a la persona, a los que se les atribuye una función social de la propiedad.

Lo cierto es que si la eficacia de la autorización solo recae sobre bienes disponibles, el interesado no dispone jurídicamente de la posibilidad de eximir de responsabilidad cuando estén involucrados los derechos sobre el cuerpo y sus partes.

El artículo así redactado deja por fuera los nuevos objetos de derechos que no tienen un valor comercial ellos son los establecidos en el art.17 CCyCN.

Si bien el instituto en análisis debe interpretarse en materia de salud y medicina en su contenido, sentido y efectos con respecto al art.55: Disposición de los derechos personalísimos, art. 56: Actos de disposición sobre el propio cuerpo, art.58: Investigación en seres humanos, art. 59: Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, es dentro del derecho de daños donde se ha regulado la regla general la que debería ser acorde con el resto del sistema, por la envergadura de ser un eximente de responsabilidad civil.

En mi humilde opinión la imprecisión terminológica se superaría con la modificación de la última frase de dicho artículo art.1720: Consentimiento del Damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, **libera de responsabilidad por los daños derivado de la lesión de bienes con valor económico, afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.**

Nadie tiene derecho a dañar a otros; empero, en ocasiones ese daño estará justificado por los fines perseguidos por el agente; siempre, claro está, que no sea imputable ni a dolo, ni a culpa, que no sea el resultado exclusivo del comportamiento “autorizado”, sino la consecuencia de otra u otras causas.³²

Apoyando la doctrina que sostiene que el “consentimiento del damnificado” es, dentro de los límites de la ley, causa de justificación de un acto formalmente ilícito y sus consecuencias son, por ende, la impunidad del agente en lo penal y la exención de la obligación de indemnizar en lo civil, considero que el consentimiento es el complemento del deber de información, no purga defectos de origen, ni valida operaciones ilegítimas o inmorales.

Es función del derecho garantizar las decisiones personales con prescindencia de las consideraciones que terceros podamos tener acerca de esas opciones, armonizando la posibilidad de ejercicio de cada proyecto de vida personal, en una interacción dinámica y respetuosa de los principios, valores y derechos constitucionales.

Sandra Roxana Yunyent.

³² Sobrino, A.R. y Yannaduoni, G, Responsabilidad médica. pág. 163 y ss.

BIBLIOGRAFIA.

* Ramón Daniel Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos. Tratado de Responsabilidad Civil T.I Parte General. T.II Parte Especial. Ed. Rubinzal -Culzoni (2017)

*Jorge Mosset Iturraspe-Miguel A. Piedecasas, Responsabilidad por Daños T.I-Parte General, T.IV-Los Eximentes, T.VIII-Responsabilidad de los Profesionales Ed. Rubinzal-Culzoni (2016)

*Núñez, Ricardo Conceptos Fundamentales acerca de la Antijuricidad. Revista Jurisprudencial de Córdoba (1942, año 3, N°10)

* Sourdat, M.A. Traillé General de responsabilidad. Ed. Marchall et Billad, Paris (1902), T.1 N°440.

* Bueres, Alberto J. El Daño injusto y la ilicitud de la conducta, en Derecho de Daño, Libro en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe. Ed. La Roca Bs.As.(1989)

* Zavala de Gonzales. Resarcimiento de Daño. Ed. Hammurabi. Bs. As. (1999) T.4.

*Gesualdi Dora. La antijuricidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial. Revista de Derecho de Daño. Ed. Rubinzal-Culzoni. Doctrina- jurisprudencia (2012-3)

*Carlos A. Calvo Costa; Luis R. J. Saenz. Daños, Incidentes del Código Civil y Comercial (2015).

*Rinessi, Antonio Juan - Rey de Rinessi, Rosa Nélica - Revista de Derecho de Daños – (2014) - N° 1 - ANTIJURIDICIDAD. Ed. Rubinzal- Culzoni.

*Trigo Represa, Félix A. Cita RCD 1771/2012. Revista de Derecho de daño.T.2006 Eximentes de Responsabilidad.

*CSJN, fallo: 315:1492:332:1963:1-6-2012. “Albarracini Nieves. Jorge Washington s/Medidas precautorias”. L.L. 2012. Con nota de Andrés Gil Domínguez y Marcela I. Basterra.

*Ricardo L. Lorenzetti (Dir.) Código Civil y Comercial. T I,VIII (2015) Ed. Rubinzal-Culzoni.

*Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M. Lamm, E; Fernández. (2015) El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial.

*Kemelmajer de Carlucci, Aida. Responsabilidad Civil (2007) Ed. Rubinzal-Culzoni.

*Bueres Alberto y Kemelmajer de Carlucci A. (dir.). Responsabilidad por Daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Abeledo-Perrot, Bs.As.

*Mosset Iturraspe (dir.) y Kemelmajer de Carlucci A. (coord.). Responsabilidad Civil. Teoría General. Presupuesto. Responsabilidad específica, Ed. Hammurabi. Bs.As.(1992).

*Ciruzzi, María S. (2011). La Autonomía del paciente pediátrico: ¿Mito, utopía, o realidad? Bs.As. Cátedra Jurídica.

* M, J.A.s. Autorización Judicial. STJ, Rio Negro.26/02/2018. Rubinzal On line 28911/2016 RCJ 3213/8

*SAUX, Edgardo I. y CROVI, Luis Daniel, Muerte digna en pleno debate, en obra colectiva, Derecho Privado, publicación del Ministerio de Justicia de la Nación. Bs.As.2012, Año I, N°1.

* Julio Cesar Rivera. Instituciones de Derecho Civil Parte General II. Ed. Abeledo Perrot Bs.As. (1997)

*Cifuentes Santos. Los derechos personalísimos, Bs.As. (1974)

*Sobrino, A.R. y Yannaduoni, G, Responsabilidad médica y la relación de causalidad en los actos de omisión, en Responsabilidad médica.

*Caballero, J. S., El consentimiento del ofendido (o del interesado), en el Derecho Penal argentino, Córdoba, 1967.

*Ricardo Luis Lorenzetti, La Empresa Médica. Segunda edición ampliada y actualizada.
Rubinzal- Culzoni. (2011).

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas. Los derechos sobre el Cuerpo Humano. Ed. P.
Casamayor (2016)