

Consentimiento informado y autonomía en salud mental

Silva, Daniel Héctor

Profesor Adjunto Regular de Medicina Legal y Deontología Médica de la UBA. Doctor en Medicina. Académico Titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Subdirector del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Médico Forense de la Justicia Nacional

Mercurio, Ezequiel

Magister en Criminología. Secretario del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Jefe de Departamento de Psiquiatría del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación. Docente universitario

López, Florencia Cristina

Médica especialista en Psiquiatría y Medicina Legal. Integrante del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Docente universitaria de grado y posgrado.

En la actualidad transitamos un cambio de paradigma con relación a la mirada sobre la autonomía, la competencia, la capacidad para tomar decisiones sobre la salud en las personas con padecimientos mentales. En esta línea, se inscriben cambios legislativos que enmarcan dicha modificación y que brindan un nuevo marco legal que debe ser conocido por los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario de atención en salud mental. En nuestro medio los primeros antecedentes legislativos sobre la autonomía, se encuentran en la ley 17.132 sobre las Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas del año 1967, en cuyo art. 19, inc. 3, señala la obligación de los médicos de respetar la voluntad del paciente, salvo que el paciente se encuentre: a) en un estado de inconsciencia, b) presente un cuadro de alienación mental, c) en un caso de lesión grave por causa de accidente, tentativas de suicidio o de delitos. Asimismo señala que, en caso de incapacidad, se solicitará la conformidad a su representante. Dentro de la legislación actual sobre autonomía y consentimiento informado, se destacan los siguientes documentos: – En el año 2008, nuestro país, bajo la ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) y su protocolo facultativo. Dicha Convención marca el estándar actual sobre los derechos de personas con discapacidad. – En el año 2009 se promulga la ley sobre los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley 26.529 que luego fue modificada por la ley 26.742/12). – En esta misma línea, en el año 2010, se sancionó la Ley Nacional sobre Salud Mental, (ley 26.657) y, en el año 2015, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC). En tal sentido, se repasarán dichos instrumentos haciendo particular hincapié en los aspectos relacionados con la autonomía y el consentimiento informado de las personas con padecimientos mentales. Debe tenerse presente que frente a puntos de tensión entre los diferentes instrumentos legislativos, se deberá seguir siempre aquella norma que permita una mayor protección de derechos. Autonomía y consentimiento informado de personas con padecimientos mentales. Aspectos legislativos nacionales actuales La Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) destaca como pilares fundamentales para el acceso y ejercicio pleno de sus derechos de este colectivo, a la autonomía y la libertad para tomar sus propias decisiones. En esta misma línea, el Código Civil y Comercial (CCyC), y la Ley Nacional de Salud Mental (LNSM) (ley 26.657) parten de la presunción de capacidad de todas las personas. Así el art. 31 inc. a) del CCyC expresa con extrema claridad el espíritu de la CDPCD, y señala que la capacidad de ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando ésta se encuentre cursando una internación por motivos de salud mental. En consonancia con ello se inscriben también los arts. 3 y 5 de la LNSM y el art. 12 de la CDPCD. Es decir, tanto la LNSM como el CCyC, diferencian con claridad la internación por causas de salud mental de la capacidad jurídica, motivo por el cual no debe asimilarse la internación a la incapacidad. Las personas internadas no pierden per se su autonomía y capacidad. Esto se encuentra previsto específicamente en la LNSM, mediante las internaciones voluntarias, donde el paciente encontrándose con la autonomía psíquica suficiente, y luego de la evaluación interdisciplinaria, firma el consentimiento informado decidiendo su internación (arts. 16 y 17 de la LNSM). El CCyC señala que la limitación de la capacidad deberá

ser de carácter excepcional y que aún en los casos en que la misma se vea restringida, no se anula toda la capacidad, sino que se limita para determinados actos (art. 31 inc. b)), reservando la incapacidad para aquellas situaciones particulares, donde la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad y donde el sistema de apoyo no resulte eficaz (art. 32 in fine del CCyC). Tal como podría suceder en aquellas situaciones de estado de inconsciencia. Debe tenerse presente que siguiendo el modelo actual sobre la discapacidad, la misma surge de la interacción entre las personas que presentan una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y las barreras que le impiden su participación social plena y en igualdad de condiciones. Es decir, la discapacidad no surge de una condición propia del sujeto sino de su interrelación con la sociedad, motivo por el cual resulta más representativo del paradigma actual referirse a las personas con discapacidad psicosocial. Tal como se ha señalado previamente, teniendo en cuenta que se parte de la presunción de capacidad para tomar decisiones, aún en los casos de internaciones involuntarias, consideramos que dicha circunstancia no siempre es sinónimo de incapacidad para consentir todos los tratamientos propuestos. La autonomía, la incompetencia, el discernimiento y la capacidad son relativas y relacionadas con las decisiones a tomar y deben ser analizadas en base a los diferentes contextos. Por ejemplo un paciente que se encuentra internado en forma involuntaria puede presentar la autonomía psíquica suficiente como para consentir una colescitectomía, pero no necesariamente para consentir su tratamiento con clozapina. Es decir, la autonomía no puede pensarse en clave binaria, como un todo o nada. Por otra parte con relación a la autonomía y al consentimiento informado, nuestra legislación presenta herramientas específicas, la ley 26.529/09 modificada por la ley 26.742/12 y el decreto reglamentario 1089/12 -Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud—. Estos instrumentos presentan artículos precisos sobre dicha temática, donde se enumeran los derechos de los pacientes, y el Capítulo III se dedica al consentimiento informado. En esta línea, nuestra legislación señala que todo paciente es soberano, en palabras del art. 2 del decreto reglamentario 1089/12, para aceptar o rechazar los tratamientos o procedimientos médicos, incluyendo su participación en actividades de docencia. Asimismo tiene derecho a recibir toda la información necesaria para poder tomar su decisión. La misma deberá ser suficiente, clara y comprensible. Existe una interrelación directa entre la autonomía y el consentimiento informado, ya que este último puede definirse como la aceptación o rechazo de un tratamiento o procedimiento médico, luego de que se ha accedido a toda la información necesaria sobre el mismo. Asimismo la persona debe tener la competencia suficiente para tomar dicha decisión. Tal como se ha señalado, la competencia estará en relación directa a la decisión a tomar, es decir se analizará para cada tratamiento o procedimiento. Si bien el consentimiento informado debe ser la regla, la legislación prevé excepciones al consentimiento informado (art. 9), tales como: a) aquellas situaciones en las que mediere un peligro para la salud pública, o b) una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente. Estas situaciones deberán ser interpretadas de manera restrictivas y volcadas en la historia clínica con el mayor detalle posible sobre las circunstancias particulares que llevaron a dicho extremo. Asimismo se deberá procurar el consentimiento informado luego de superada la situación de emergencia. En esta misma línea el art. 59 del CCyC prevé, en su último párrafo, que: “En ausencia de todos ellos [se refiere al representante legal, al apoyo, al cónyuge, al conviviente, al pariente o al allegado que acompañe al paciente], el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”. La práctica en Salud Mental no será diferente a otras ramas de la medicina. Así la excepción al consentimiento informado para tomar decisiones terapéuticas deberá ser una situación restrictiva, particular, la última ratio y siempre en beneficio del paciente. En esta línea los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental en su Principio Nro. 11 sobre Consentimiento Informado, brindan una guía para tales extremos. Por ejemplo en el inciso 8 de Principio 11, se hace referencia que puede realizarse un tratamiento sin consentimiento cuando luego de una evaluación realizada por un profesional de salud mental se determine que dicho “tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas”. En otras palabras, en nuestra reglamentación, en consonancia con las recomendaciones internacionales, una de las circunstancias particulares, específicas y excepcionales para realizar un tratamiento sin consentimiento es cuando se determine, luego de la evaluación adecuada, que dicho tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas y donde no es posible por la situación obtener el consentimiento por parte del paciente. En esta situación de urgencia, la incapacidad de poder obtener el consentimiento será por la necesidad de actuar en forma rápida para evitar un daño grave e inminente para el paciente o terceros y la incapacidad del paciente para realizar dicho consentimiento en forma libre, ya sea porque no se

encuentra en condiciones de expresar su voluntad o porque por su propio estado carece de la competencia suficiente para el mismo. Siempre se deberá mantener informado al paciente sobre los tratamientos, buscar los apoyos y generar, en la medida de lo posible, los ajustes razonables, para que pueda participar del proceso de consentimiento. Sin embargo, en la práctica cotidiana puede darse el extremo que un paciente con un padecimiento mental no presente el nivel de competencia suficiente como para tomar una decisión sobre su tratamiento en salud mental y que dicho tratamiento no reúna necesariamente las características de una urgencia. En otras palabras, el consentimiento informado requiere que el mismo sea libre, es decir requiere un adecuado nivel de competencia, el que variará de acuerdo a la decisión a tomar y el estado físico y psíquico de la persona. En tal sentido, en el ámbito de la salud mental, es posible encontrar situaciones donde se requiere realizar un tratamiento, y el paciente no se encuentre en condiciones de consentir, que no cuente con el nivel de competencia suficiente, y que dicho tratamiento no sea necesariamente una urgencia para evitar un daño cierto e inminente para sí o terceros. En estas circunstancias particulares, nuestra legislación a través del decreto reglamentario 1089/12 (art. 5), prevé el consentimiento informado por representación. Para estos casos dicha herramienta remite al art. 21 de la ley sobre Trasplante de Órganos y Tejidos (ley 24.193/93 modificada por las leyes 26.066/05 y 26.326/07) con relación a quienes están en condiciones de firmar el consentimiento y en qué orden. Sin embargo, el art. 59 del CCyC señala que el consentimiento por representación sólo puede darse cuando el paciente se encuentre absolutamente incapacitado para brindar su voluntad y que se trate de una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. Como puede colegirse existen puntos de tensión entre el código de fondo (art. 59 del CCyC) y la norma específica (art. 5 del decreto reglamentario 1089). Ante esta situación compartimos la opinión que frente a esta tensión, deberá tenerse como horizonte aquella herramienta legal que mejor proteja los derechos del paciente. Ello dependerá de la situación y contexto particular de cada caso específico. En algunos supuestos podrá ser el CCyC y en otros la normativa específica. A modo de ejemplo, un paciente con discapacidad intelectual que no rechaza un tratamiento, pero que no cuenta con la competencia suficiente para consentir determinado tratamiento, puede verse beneficiado por el consentimiento informado por representación, donde su familia y/o apoyos participan y acompañan tal proceso. Conclusiones Desde hace aproximadamente una década transitamos un cambio de paradigma con relación a la autonomía, la competencia, la capacidad para tomar decisiones sobre salud en las personas con padecimientos mentales. En esta línea, se inscriben cambios legislativos que enmarcan dicha modificación y que brindan un nuevo marco legal que debe ser conocido por los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario de atención en salud mental. En primer lugar debe tenerse presente que nuestra legislación parte del presupuesto de capacidad de todas las personas. Existen particulares consideraciones con relación a los menores mayores de trece años y los mayores de dieciséis en el CCyC que no han sido abordadas en este texto por razones de extensión. Por otro lado se debe diferenciar la internación por motivos de salud mental de la autonomía, ya que ambas situaciones no son, necesariamente, mutuamente excluyentes. En tal sentido, ni las personas con discapacidad ni la situación de internación llevan per se a la pérdida de la capacidad y autonomía. En el ámbito de la práctica en Salud Mental, se deberá realizar el análisis sobre el nivel de competencia para la toma de decisiones en ciertos tratamientos; en definitiva, en el análisis concreto, comprobar si algún paciente se encuentra en condiciones de consentir determinada práctica. Entendiendo esto como la expresión de libertad para aceptar o rechazar un tratamiento propuesto, luego de haber sido informado. El marco legal actual sobre el consentimiento informado y la autonomía para los tratamientos y procedimientos en salud se encuentra regido, por un lado, por el nuevo Código Civil y Comercial (art. 59) y por el otro, por las normas específicas sobre los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley 26.529/09 modificada por la ley 26.742/12 y el decreto reglamentario 1089/12). Según el modelo actual sobre la autonomía y el consentimiento, no deben realizarse juicios apriorísticos y estigmatizantes, o en clave binaria, todo o nada, ya que una persona con discapacidad intelectual, por ejemplo, puede contar con la autonomía suficiente para consentir determinado tratamiento, pero no necesariamente para consentir otro tipo de intervención. Es decir, el consentimiento y la autonomía deberán valorarse de acuerdo al estado del paciente y su interrelación con la decisión a tomar. Asimismo, la legislación actual, permite actuar sin el consentimiento del paciente ni el de sus familiares en aquellos casos de urgencia en los que el tratamiento se requiera para evitar un daño cierto e inminente. En esta línea, el decreto reglamentario 1089/12, describe el consentimiento informado por representación y establece un orden de prelación en aquellos casos en los que los pacientes por su estado físico o psíquico no se encuentren en condiciones de “hacerse cargo de su situación” (sic) y no sean capaces de tomar

decisiones. Todo ello luego de una evaluación adecuada y especializada. Por otra parte, podrían existir ciertos puntos de tensión entre el CCyC y la normativa específica con relación al consentimiento informado por representación, ya que el Código se presenta como el estándar mínimo. Empero, compartimos la opinión que, teniendo en cuenta que el CCyC no deroga la normativa específica, ante situaciones de tensión, la guía deberá ser siempre utilizar y regirse por aquella norma que mejor proteja los derechos de los pacientes. Asimismo los profesionales deberán tener presente que ante situaciones potencialmente conflictivas o de tensión entre derechos, se podrá recurrir a la participación del Comité de Ética institucional y/o en situaciones particulares solicitar la intervención judicial. Bibliografía Asamblea General de las Naciones Unidas. 13/12/2006. Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad. Ley 26.378. Publicada en el Boletín Oficial del 09/06/2014. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 46/119 del 17/12/1991. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Beauchamp, T. & Childress, J. (1999). Principios de ética biomédica. Barcelona: Masson. Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobado por la ley 26.994. Publicada en el Boletín Oficial del 08/10/2014. Decreto reglamentario 1089/12. Reglamentación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Boletín Oficial del 06/07/2012. Ley 17.132. Publicada en el Boletín Oficial del 31/01/1967. Ley 26.066. Sanción: 30/11/2005. Publicada en el Boletín Oficial del 22/12/2005. Ley 26.326. Sanción: 28/11/2007. Promulgada de Hecho: 19/12/2007. Publicada en el Boletín Oficial del 26/12/2007. Ley 24.193. Sanción: 24/03/1993. Promulgada parcialmente el 19/4/1993. Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sanción: 21/10/2009; Promulgación de Hecho: 19/11/2009. Publicada en el Boletín Oficial del 20/11/2009. Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la ley 22.914. Sanción: 25/11/2010. Promulgada: 02/12/2010. Publicada en el Boletín Oficial del 03/12/10. Ley 26.742. Modificación de la ley 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. Sanción: 09/05/2012. Promulgada de Hecho: 24/05/2012. Publicada en el Boletín Oficial del 24/05/2012. Silva, D. H. (2008). La autonomía en la relación médico paciente. Aspectos bioéticos y médico legales. Buenos Aires, Dossyuna.

----- Recibido: 01/08/2017; Publicado: 09/2017