13 AÑOS bioeticar Asociación Civil

>> Haciendo lazos



Los límites éticos de la presunción del consentimiento informado

Mg. Matías N. Tonon*

El consentimiento informado constituye el punto de llegada de un largo tránsito que abandonó el modelo de decisión unilateral para reconocer al paciente como agente moral capaz de gobernar su propia biografía. Sin embargo, esa conquista arrastra consigo un problema que no proviene de sus desviaciones prácticas sino de su propia estructura conceptual: la medicina debe actuar también cuando la voluntad del paciente no está disponible.

El caso más nítido es el del sujeto inconsciente con riesgo vital, pero no es el único. Existen actos de riesgo mínimo respecto de los cuales exigir una declaración formal resultaría desproporcionado; existen intervenciones que se prolongan en el tiempo y cuyo alcance no fue íntegramente previsto al inicio; existen pacientes cuya competencia actual es dudosa. En todos esos supuestos, alguna forma de atribución de voluntad opera necesariamente, sea que se la explicite o que se la ejerza sin nombrarla.

De ello se sigue que el problema no consiste en decidir si la presunción debe admitirse o suprimirse sino en establecer **dentro de qué circunstancias puede operar sin desnaturalizar aquello que pretende suplir**. Un instituto que admite excepciones sin criterios de delimitación termina siendo devorado por ellas.

Ello permite entonces preguntarnos **¿cuáles son los límites éticos dentro de los cuales resulta admisible presumir el consentimiento informado del paciente?**

Asentimiento tácito y presunción

Antes de avanzar es preciso deslindar dos figuras que pueden confundir y que responden a lógicas diversas.

La primera es el **asentimiento tácito en procedimientos mínimos**. Cuando el paciente extiende el brazo para que se le tome la presión arterial o se sienta frente al oftalmoscopio, ejecuta una conducta unívoca, contemporánea al acto, revocable en cualquier instante y referida a una práctica de riesgo ínfimo e invasividad nula. Aquí no hay presunción: hay voluntad manifestada por hechos, que se admite sin dificultad y que la ética clínica no tiene motivos para objetar.

La segunda es la **presunción en decisiones asistenciales relevantes**. Se configura, por ejemplo, cuando se infiere la aceptación de una intervención que pueda comprometer la integridad corporal o pudiese involucrar riesgos significativos, a partir de datos que nada informan sobre su voluntad: el paciente no preguntó, o asintió con la cabeza, o ya se encontraba internado, o suscribió el formulario general de ingreso.

La diferencia, entendemos, no es de grado sino de naturaleza. En el primer supuesto hay voluntad reconocida; en el segundo, voluntad atribuida. Y atribuir una voluntad parece más asemejar a construirla que a reconocerla, y es en este caso donde los límites se tornan importantes.

Partiendo entonces de que si el consentimiento informado un proceso deliberativo intrínseco al ejercicio de la autonomía individual, **la presunción sólo resulta ética y jurídicamente admisible cuando la obtención de la voluntad del paciente es materialmente imposible y la intervención se orienta a preservar el soporte biológico de su autonomía futura**. Fuera de ese perímetro —y en particular cuando se la pretende fundar en el silencio, en la pasividad del paciente o en la supuesta obviedad del beneficio médico— la presunción no complementa al consentimiento, sino que lo reemplaza por una ficción de aceptación implícita.

El consentimiento como proceso

El consentimiento informado no se agota en la autorización formal, sino que designa un proceso comunicativo en el que un sujeto competente, adecuadamente informado y libre de coacción autoriza intencionalmente una intervención sobre su persona. Faden y Beauchamp (1986)[1] advirtieron que el término alberga dos sentidos que la práctica confunde: uno *autónomo* -la autorización sustancialmente voluntaria del paciente- y otro *institucional* -el cumplimiento de las reglas que rigen la obtención de esa autorización-. La distinción es sustancial para el problema que se nos plantea, porque los límites de la presunción deben trazarse respecto del sentido autónomo ya que lo que la excepción suple no es un requisito registral, sino la capacidad de autodeterminación.

Que se trate de un proceso y no de un acto instantáneo tiene consecuencias prácticas. Implica que es dinámico, revisable y revocable; que debe acompañar la evolución del cuadro clínico y actualizarse ante información nueva; y que su documentación es prueba del proceso, jamás su sustituto.

Del concepto anterior derivan tres condiciones que operan simultáneamente, la ausencia de cualquiera de ellas invalida el consentimiento, aunque las restantes se encuentren plenamente satisfechas. A saber:

[1] Faden, R. R., & Beauchamp, T. L. (1986). *A history and theory of informed consent*. Oxford University Press.

(a) Información debida. Consiste en la comunicación de aquello que resulta relevante para ese paciente en *esa* situación: diagnóstico, naturaleza y finalidad del procedimiento, beneficios esperados, riesgos previsibles, alternativas disponibles y, muy especialmente, las consecuencias previsibles de la no realización. El estándar no puede ser el del profesional razonable, sino el de la persona razonable situada en la posición del paciente.

(b) Comprensión. La comprensión exige verificación activa: adecuación del discurso al nivel de alfabetización sanitaria del interlocutor. De nada sirve que el paciente reciba la información si no logra procesarla.

(c) Voluntariedad. Supone ausencia de coacción, de manipulación y de otras formas sutiles de persuasión indebida que operan mediante la administración sesgada de la información. En términos que ya hemos utilizado en otro artículo, consentir es tomar posición ante algo que se escoge, y no aceptar una práctica de manera forzada por no existir otras opciones, **si no existe la posibilidad real de disentir, el consentimiento informado deja de ser tal**.

La invalidez del silencio como manifestación de voluntad

Tanto la bioética como el derecho coinciden en esta premisa. El silencio es un signo semánticamente vacío: puede significar aceptación, pero también incomprensión, resignación, temor a molestar, agotamiento o desconocimiento del derecho a preguntar. Como este acto puede surgir de estados de ánimo totalmente opuestos, es incapaz de reflejar una verdadera elección.

El ordenamiento argentino recoge esta intuición con carácter general al disponer que el silencio no es considerado manifestación de voluntad salvo que exista un deber de expedirse derivado de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos o de la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes[2]. Si esa es la regla en materia patrimonial, con mayor razón debe serlo cuando lo que está en juego es la disposición sobre el propio cuerpo, ámbito en el que la normativa específica exige declaración de voluntad *previa*, *suficiente* y emitida por el paciente o sus representantes legales[3].

El silencio del paciente tampoco es un dato neutro: se explica en buena medida por la estructura misma de la relación clínica. Quien consulta lo hace desde la enfermedad, es decir, desde un estado de dependencia, angustia y déficit informativo, frente a quien detenta el saber técnico y define el marco de lo posible.

Ese cuadro se agrava si, además, también aparece la vulnerabilidad. El adulto mayor, el que padece un trastorno mental, el que atraviesa un dolor agudo o el que carece de red de sostén

[2] Conf. artículo 263 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[3] Conf. artículo 5 de la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/12, en concordancia con el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

dispone de menos recursos para preguntar, dudar o negarse. Ello complementa un escenario en el que callar no es elegir, sino no poder participar.

La consecuencia para nuestro problema es directa: cuanto mayor es la asimetría, menor es el valor probatorio de la conducta del paciente como indicio de su voluntad. La presunción resulta más débil, justamente, allí donde más se la invoca.

Por otro lado, la presunción también afecta las tres condiciones constitutivas del consentimiento y no de manera aislada sino consecutivamente a todas ellas en cadena. En primer lugar, esto daña la información. Cuando ya se da por sentado lo que el paciente va a responder, la conversación pierde todo su sentido. Si la aceptación se asume de antemano, informar se vuelve un simple trámite. La comunicación se reduce entonces a los detalles prácticos -el ayuno, el horario o la firma-, dejando de lado lo que realmente importa para decidir: las alternativas, los riesgos y qué pasaría si no se hace el tratamiento.

También afecta la comprensión, porque suprime el momento de verificación. Nadie comprueba si el paciente entendió aquello que se dio por entendido, y la ausencia de preguntas se lee como señal de claridad cuando suele ser señal de lo contrario.

Y, por último, vicia la voluntariedad porque invierte la carga de la manifestación. En el modelo deliberativo el sistema debe obtener un sí; en el modelo presuntivo el paciente debe producir un no. La libertad se convierte así en una carga distribuida de modo inversamente proporcional a la vulnerabilidad.

De allí, entonces, el primer límite: **el silencio no constituye un título habilitante** porque no acredita ninguna de las tres condiciones y, peor aún, es perfectamente compatible con su ausencia.

El sesgo de la voluntad hipotética

Existe otra premisa que se ha utilizado para darle fuerza a la presunción y es aquella que indica que nadie rechazaría aquello que objetivamente le conviene. La medicina conoce el beneficio; el paciente lo querría si lo comprendiera; por ende, obtener su manifestación sería una formalidad prescindible.

El razonamiento, aunque parece coherente, presenta algunos defectos. Por un lado, presuponer que siempre el bien del paciente es el bien médicamente definido no siempre es coincidente ya que el bien de una persona se integra con diversas dimensiones -religiosas, familiares, morales, estéticas- y que sólo ella pondera. Las buenas prácticas determinan qué es técnicamente correcto, pero jamás qué es preferible. Asimismo, en el **plano ético**, implica sustituir a la persona real por una construcción teórica vinculada a qué resolvería la persona promedio teniendo en cuenta lo que la evidencia recomienda.

Pero la autonomía protege a la persona concreta y no a su versión idealizada.

Estamos, en ese caso, ante un **paternalismo encubierto**: no se afirma que se decide por el paciente, sino que el paciente ya decidió lo que otros decidieron por él.

Allí, entonces, encontramos un segundo límite: **la conveniencia objetiva de la práctica no constituye título habilitante**, por evidente que resulte al equipo tratante.

La validez de la presunción

Descartados los casos referidos, queda entonces por determinar en qué supuesto la presunción conserva legitimidad y con qué alcance.

Existe un caso en el que actuar sin manifestación de voluntad no sólo es lícito sino debido, y su configuración requiere la concurrencia de cuatro recaudos:

1. Riesgo vital inminente o de daño grave e irreversible.
2. Incompetencia fáctica actual del sujeto para expresar su voluntad.
3. Imposibilidad de obtener la decisión por vía sustituta dentro del tiempo disponible.
4. Proporcionalidad y mínima invasividad.

El derecho argentino recoge esta lógica al admitir la actuación sin consentimiento ante la situación de emergencia con grave peligro para la salud o la vida del paciente cuando este no pudiera expresarse por sí ni a través de sus representantes legales[4], y al habilitar al profesional a prescindir del consentimiento cuando su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave[5].

En tal sentido, **la intervención de urgencia opera como medida cautelar destinada a preservar el soporte biológico sin el cual el ejercicio de la autonomía futura resultaría imposible**.

Quien actúa en la emergencia no decide en lugar del paciente sobre el contenido de su vida; decide únicamente mantener abierta la posibilidad de que el paciente decida. La analogía procesal es exacta: se trata de una medida conservatoria que evita que el objeto del litigio -aquí, la propia existencia del sujeto deliberante- desaparezca antes de que pueda pronunciarse.

De ese fundamento surgen los propios límites de la excepción. Primero, es provisoria ya que cesa en el instante en que el paciente recupera la aptitud de expresarse. Segundo, es **mínima, pues** sólo cubre lo necesario para cubrir el riesgo que la justificó. Y, tercero, es **subsidiaria, ya que,** si existen directivas anticipadas válidas o una decisión anterior documentada, la excepción se desvanece. La presunción opera ante el silencio absoluto del paciente, nunca

[4] Conf. Artículo 9, inciso b de la ley 26.529.

[5] Conf. Artículo 59, último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación.

contra su palabra. Y la excepción se justifica por la **imposibilidad material** del diálogo, jamás por su dificultad.

Colofón

Fijar los límites de la presunción no es un ejercicio de desconfianza hacia los equipos de salud sino aquello que le da validez ética y jurídica a su actuación.

Hay un único principio ordenador: la presunción es legítima cuando sirve a la autonomía del paciente y es ilegítima cuando la reemplaza.

Un instituto de carácter excepcional que carece de límites claros no suele mantener dicha condición; por el contrario, la costumbre termina transformándolo paulatinamente en la regla. La tarea, entonces, es precisar cuándo presumir la voluntad del paciente es cuidarlo y cuándo es, sencillamente, prescindir de él.

**Matías N. Tonon es abogado por la Universidad del Salvador (USAL), magíster en Bioética por FLACSO Argentina, especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL) y especialista en Abogacía Estatal – Derecho Administrativo por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Desde 2011 se desempeña en el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, donde actualmente es prosecretario letrado del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial de la Nación.*

En la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador es profesor titular de Electiva I – Bioética y profesor adjunto de Instituciones de Derecho Privado, Derecho de Familia y Familia Profundizado, y Derecho de las Sucesiones en el Plan Franco Argentino. Es autor de numerosas publicaciones sobre derecho de familia, derecho público y bioética en revistas jurídicas y obras colectivas, entre ellas trabajos sobre la investigación en salud mental con menores, el acceso a la salud mental en poblaciones vulnerables, el crowdfunding para financiar investigaciones sobre enfermedades poco frecuentes y el consentimiento presunto en la Ley 27.447. ORCID: https://orcid.org/0009-0000-1596-2729

¿Cómo citar este artículo?

Tonon, M. N. (2026) *Los límites éticos de la presunción del consentimiento informado*. Boletín Bioeticar Asociación Civil, vol. VI, N°18, noviembre 2026, ISSN 2953-3775
https://www.bioeticar.com.ar/boletin18.html