

**VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS
RESPONSABILIDADES EN EL SIGLO XXI
Impacto de la globalización. El rol del Estado.
Constitucionalización de los nuevos derechos.**
Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002- Fac. de Derecho - Univ. de Buenos Aires

PONENCIA N° 51

Consentimiento Informado.

Por Graciela C Wüst

Conclusiones que se recomiendan considerar:-

- 1) El consentimiento informado es un presupuesto de la "Lex Artis" , cuyo incumplimiento genera responsabilidad.
- 2) Cuando el paciente debidamente informado presta su consentimiento para una determinada práctica Médico-quirúrgica, esta asumiendo las consecuencias y riesgos propios de la misma, con excepción de aquellos que fueran excepcionales -
- 3) En caso de incumplir el deber de información, o cuando éste fue cumplido en forma parcial o defectuosa, el médico asume los riesgos propios de la practica, y responde objetivamente por violación al deber jurídico de informar.
- 4) En caso de tratarse de riesgos propios de la práctica medico-quirúrgica, debidamente informados, el médico se exime de responsabilidad, acreditando que había informado debidamente al paciente, y que este o su representante, prestaron el debido consentimiento. Probado el consentimiento informado, si el paciente o sus derechohabientes insisten en imputar responsabilidad al médico actuante en esta clase de riesgos, les incumbe probar el hecho propio del médico en la causación del daño
- 5) La violación al deber de informar no acarrea responsabilidad jurídica si no existe Daño resarcible, pero debe ser objeto de oportuna evaluación por los comités de ética médica correspondientes, por constituir, no obstante, una violación a la "lex artis"
- 6) Debe propiciarse la creación de registros estadísticos de riesgos de las prácticas médico-quirúrgicas y diagnósticas, de uso corriente, a los fines de facilitar la tarea de médicos (en cuánto qué debe informar) y Jueces (en la ulterior determinación de la naturaleza del daño - riesgo propio de la práctica o resultado de una conducta culposa o dolosa) y la modificación de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina en el orden Nacional a los fines de imponer obligatoriamente el deber de información a todos los médicos, cuando se trate de prácticas riesgosas en si mismas

PONENCIA.-

- 1.- Siguiendo la posición propiciada por la doctrina Kantiana en cuanto al " principio de respeto de la persona humana", asumida entre otros por Ronald Dworkin en EE UU y Julio César Galán Cortés en España adherimos al llamado " principio de autonomía" cuya concepción Jus-filosófica parte de la consideración que, - el paciente -, como individuo, tiene derecho a conservar su autonomía moral pues ese es un presupuesto de la dignidad del ser humano; y

por lo tanto, en el ejercicio de su autonomía moral, debe ser respetada su libertad de elegir, pues esa libertad, constituye un Derecho Humano primario y fundamental.

El concepto de " consentimiento", es , sin duda, un concepto eminentemente jurídico, y no es otro que el mismo que se requiere como elemento esencial en todo contrato. Se forma por la oferta y la aceptación y el contrato que vincula al médico o institución hospitalaria con el paciente para la prestación de un servicio médico, no resulta ajeno a tales requisitos, como tampoco son extraños en esta materia el derecho de " auto decisión" o " autodeterminación", que nuestro Código Civil recepciona a partir del texto del artículo 1197 del Código Civil.(1)

Por otra parte, el deber de " información", - que no es mas que la instrumentación práctica del principio de la Buena Fe propiciado por el art. 1198 de Nuestro Código Civil - , es también un concepto jurídico, cuya aplicación deviene excluyente a la hora de analizar el " consentimiento", toda vez que no se concibe como tal, un acto en el cual la parte que debe prestarlo ignore a qué se refiere el acto en si mismo, y las posibles consecuencias que pudiera irrogarle la concreción de los actos médicos a los cuales se debe someter , y por lo tanto, los riesgos que debe asumir .

Ahora bien, el llamado " Consentimiento informado" , como deber secundario que le es impuesto al profesional médico a los fines que el paciente o su representante puedan prestar válidamente su consentimiento, resulta ser, necesariamente, a la par que un deber del médico, un " derecho" del paciente

Antiguamente, y desde el punto de vista de la concepción tradicional de la ciencia médica, basada en la llamada " Autoridad de Esculapio" según la cual, sólo el médico estaba en condiciones – debido a su preparación científica -, de decidir qué tratamiento era mejor para el paciente, el médico cumplía con su obligación decidiendo cual era el tratamiento que consideraba debía aplicarse, y llevándolo a cabo conforme las reglas de la ciencia o arte de curar. La explicación al paciente o sus familiares no era un deber que correspondía al médico, y por lo tanto, no era parte integrante de la *lex artis*. El acierto o desacierto de la " prescripción" era analizado solo *ex post facto*, si eventualmente el paciente resultaba dañado por la misma y solo ante la sospecha de una "mala praxis" o violación a la *lex artis*.

Sin embargo y sobre todo luego de la segunda guerra Mundial los imperativos éticos y bioéticos elaborados por la propia ciencia médica, determinaron la ineludible necesidad de incluir – como correlato al derecho de información del paciente- la obligación del médico de informar, y esa obligación le es requerida al médico, no solo por un imperativo legal de la ley civil, sino también como requisito propio de la *lex artis*, considerándose actualmente que constituye un acto clínico mas (2)

2. Correlativamente y como consecuencia del desplazamiento de la decisión de tipo " paternalista" adoptada solo por el médico, a la decisión autónoma del paciente o su representante, sobre la base de una previa y completa información, es justo que la asunción del riesgo se desplace del médico al paciente

Así como parece justo que el paciente que desconoce *ex ante* los riesgos posibles a que se va a enfrentar, no los asuma, pues no tuvo oportunidad de decidir también es justo que, debidamente advertido de ellos y dejada a su decisión el asumirlos o no, sea él quien corra con los mismos.

El desplazamiento del riesgo en términos de justicia no es caprichoso, ya que resulta ser uno de los principios del modelo teórico en bioética mas difundido cual es el de Beauchamp y Childress cuyos principios son: la autonomía (parte central de la concepción que sostiene el consentimiento informado) la "beneficencia" y la "no maleficencia" y la " Justicia" (3). El concepto de autonomía relacionado con la capacidad de decisión importa siempre la asunción de responsabilidad. El hombre es responsable de las decisiones que adopta.

Si en términos universales podemos definir a la justicia citando a Ulpiano – “ la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo “ la aplicación de este principio al tema que venimos desarrollando, implica que “ lo suyo de cada uno” sea aquello que cada uno ha elegido luego de que se le proporcione toda la información necesaria para adoptar una decisión.

Ciertamente, la información que debe suministrarse abarcará- cuanto menos- dos contextos importantes: el diagnóstico y el terapéutico, y el investigativo – en su caso - , y deberá brindarse en términos que puedan ser comprendidos por el paciente o quien lo represente. La incompetencia del paciente, - o de su representante- cualquiera fuere la causa (ignorancia, incapacidad de comprensión, etc.) habilitan al médico para que sea él quien decida la opción que considere mas adecuada, sin que ello implique que deba asumir el riesgo propio de la misma, pues el principio de autonomía, para funcionar, requiere necesariamente que el paciente se encuentre en condiciones de decidir, siendo dudoso que pudiera hacerlo alguien considerado incompetente.

No se me escapa que este resultaría un resquicio para evadir o evitar el derecho del paciente a tomar sus propias decisiones, pero aún así cuando esta en juego la vida de una persona, el ordenamiento jurídico debe ser muy cuidadoso en cuanto a asegurarse que quien toma la decisión, esta capacitado para hacerlo y su decisión se asienta en cuestiones racionales. Quien se encuentra privado de competencia- aunque esta sea temporal- , ya sea por déficit de razonamiento, o por ignorancia, no puede ejercer sus derechos libremente, y por tanto, no puede ejercer la autonomía, ni para si mismo, ni para otro.

3 Una de las cuestiones que amerita, sin duda, un análisis es la relativa a porqué utilizamos un factor de atribución objetivo cuando claramente, se trata de una “ omisión” – ya que el médico “ omite” una conducta debida, cual es la información debida al paciente y su autorización previa - . En este sentido, optamos por un factor objetivo de atribución, porque falta la relación de causalidad adecuada entre la conducta del agente - el médico - y el daño causado.

Efectivamente, el tópico de discusión se centraliza en la asunción del riesgo propio de cada práctica o acto médico, es decir aquel que estadísticamente ocurrirá en un cierto porcentual de las prácticas pero que resulta totalmente ajeno al hecho profesional. El riesgo se traslada entonces al profesional por haber incumplido un deber jurídico pero el daño si se produce no le resulta imputable materialmente pues no se debe a un hecho suyo. Por el contrario, si el daño se debiera a un hecho suyo, aún cuando hubiera cumplido con el deber jurídico de informar seguiría respondiendo por el hecho propio siempre que se probare que el daño es consecuencia de una acción u omisión culposa o dolosa. (4)

En todo caso conviene señalar – y en esto coincidimos con el Dr Vázquez Ferreyra (5) – que la no obtención del consentimiento informado, si bien vulnera el derecho de autonomía del paciente – lo que implica una lesión a sus derechos personalísimos - , pudiendo originar un deber de reparación a cargo del profesional médico, en modo alguno puede significar una íntegra reparación tal como sucedería en caso de un daño causado por culpa del profesional. No debe perderse de vista que la asunción del riesgo propio de la práctica - cuando el daño no puede atribuirse al hecho del profesional - no puede equipararse a la responsabilidad por el hecho propio, al momento de calcular el monto del resarcimiento.

4. Esto nos lleva a otro acápite importante en la materia que nos convoca, cual es el relativo a los límites del deber de información, tema que nos conduce directamente a la cuestión relativa a cuáles son las consecuencias y riesgos que razonablemente se pueden prever, ya que solo éstos deberán informarse.

Razonablemente pues el deber de información alcanzará a los llamados riesgos típicos (6) que son aquellos que de acuerdo con la ciencia y la experiencia médica son ‘ previsibles’ en el acto médico concreto que debe efectuársele al paciente.

De esta forma, podemos concluir que el médico está obligado a detallar al paciente – o a su representante o familiar –, toda la información relativa a aquellas consecuencias que se estimen seguras y relevantes (que son lo que normalmente solemos llamar “ efectos colaterales”, que sabemos que necesariamente se van a producir luego de determinada práctica o tratamiento, los cuales pueden ser transitorios o permanentes) , y aquellas que se estimen posibles y previsibles , conforme los porcentuales de verificación y cuantificación estadística , que se apreciarán – obviamente – teniendo en cuenta las características especiales del paciente (edad, estado general, dolencias preexistentes, etc)

(1) Al respecto, ver Código Civil anotado Lambías Alterini, comentario al art. 1197 pág. 147 ap 5) y Alterini, Atlio A “ Contratos...Teoría General, Abeledo Perrot, 1998, pág. 128 y sgtes.

(2) Julio César Galán Cortés, “El consentimiento informado del usuario de los servicios Sanitarios “ ed Colex , Madrid, 1997 señala que el deber de información del médico comienza a ser tratado a fines del siglo XIX por parte de la doctrina alemana , que mereció luego un notorio desarrollo en la jurisprudencia del dicho país, del cual paso a a Francia y Estados Unidos de Norteamérica . La primer sentencia que se conoce acerca de esta cuestión tuvo lugar en los Tribunales de las Islas Británicas, en el caso “ Slater v Baker & Stapleton”, en 1767. En 1906, el Tribunal supremo de Illinois (EE UU) limitó los casos de “ consentimiento implícito “ a aquellos en que hubiera una cuestión de urgencia vital, y a aquellos el paciente expresamente dejaba en manos del médico la decisión (Pratt v Davis) En 1914, el voto del Juez Cardoso, Del Tribunal de New York , establece que “ todo ser humano en edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que se debe hacer en su propio cuerpo, por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión por la que se pueden reclamar legalmente daños” (Schloendorff v Society of New York Hospital) Por su parte, uno de los primeros textos que impusieron la obligación de obtener el consentimiento del paciente para los actos de investigación médica, fue promulgado en Alemania en 1931, bajo el título “ Directivas concernientes alas terapéuticas nuevas y a la experimentación científica del hombre” En 1947, el Código de Investigación utilizado para los crímenes del Régimen Nazi referidos a investigación, estableció que “ el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. En este orden, cabe señalar también que culturas de nitido corte paternalista como la Japonesa se han volcado también hacia criterios de autonomía, como parece indicarlo la famosa sentencia de la CS de Japón del 19 de junio de 1981, que determinó que el deber de explicación que corresponde al médico en su relación con el paciente es parte integrante de su cometido profesional

(3) Margarita Islas Saucillo- Heberto Muñoz Cuevas ‘ El consentimiento informado Aspectos bioéticos’ en Revista Médica del Hospital General de México, año 2000 n.63 (4) págs. 267 a 273. Los autores distinguen entre las decisiones que tienen implicancia en la salud y bienestar de cualquier ser humano, las siguientes: 1-Ser atendido por un determinado médico 2.Decidir opciones terapéuticas, incluida la no aceptación expresa de un tratamiento. 3-La participación en medidas de prevención 4-Como opción mas restringida pues colisiona con el bien común respetar o no la restricción de no fumar. 5-Decidir en conductas reproductivas y estilos de vida y 6-decidir participar en investigaciones biomédicas etc

(4) Ver Alterini Ameal Lopez Cabana ‘Derecho de Obligaciones Abeledo Perrot, 1998 pág. 224 y Sgtes Y autores citados en misma pág Num [484]

(5) Vázquez Ferreyra Roberto ‘ El Consentimiento informado en la Práctica Médica’

(6) Galán Cortés, Julio César, ob Op cít.