



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

Trabajo Final de la carrera de Abogacía

“Derechos de Paciente: Elección del Tratamiento Médico y Consentimiento Informado”

ALUMNO: Fedra Elizabeth Llugdar

Noviembre 2004

INTRODUCCIÓN

El “paternalismo” médico que predomina en nuestras sociedades occidentales ha mantenido durante mucho tiempo al paciente en una relación dominado-dominante.

La falta de bilateralidad en la relación médico paciente está sustentada en la consideración de que tanto en el ámbito psicológico como cognoscitivo, el paciente está en una posición de inferioridad.

Mientras que para el médico, la verdadera gravedad de una enfermedad y su pronóstico, son los elementos determinantes al momento de la elección de un tratamiento, la percepción y ulterior decisión del paciente estarán indefectiblemente marcadas por el contexto socio-cultural, una historia personal y familiar inalienable.¹

Sin embargo, las incipientes reivindicaciones de las libertades individuales cuestionan el “paternalismo” en la práctica médica.

El supuesto conflicto entre la ciencia médica y la voluntad del paciente continúa siendo una oposición entre la lógica científica y las consideraciones personales. Sobre todas las cosas, se trata en su mayor parte, de la oposición entre la búsqueda de una lógica y la búsqueda del sentido.

La problemática de lo oportuno del acto médico está sostenida por dos razones claves. La primera es la libertad de decisión del individuo, conocido como el derecho a la autodeterminación. La segunda corresponde al compromiso moral y profesional del médico de tratar de, y de ser posible, llegar a la curación deseada.

Entre estas dos exigencias bilaterales un conflicto puede declararse: el antagonismo entre la noción subjetiva de libertad personal del paciente y el recurso objetividad del interés del paciente.

El objetivo de este trabajo es ayudar a los médicos a cumplir con sus cometidos profesionales y éticos al momento de tratar la salud de cada paciente, siempre considerando que estos son seres individuales que responderán de modo diferente a los estímulos que les originará conocer su enfermedad y las alternativas terapéuticas que se les ofrezcan. Para ello, veremos que clase de información deben conocer los pacientes, como debe suministrarse la misma, quien debe recibirla, como también quien conforme a derecho, decidirá, la opción de elegir un tratamiento para su enfermedad y en su caso cual será este.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Se dice que los orígenes de la doctrina del consentimiento informado pueden llegar a encontrarse en la antigua Grecia. Platón diferenciaba a los médicos en:

- “médicos de esclavos”, dogmáticos, sólo daban órdenes, no escuchaban, no dejaban hablar, decidían por el paciente,
- “Médicos de hombres libres”, respetaban al paciente, hablaban y hacían hablar, acompañaban, ayudaban, apoyaban.

En la Grecia clásica, primaba el concepto paternalista de la relación médico paciente.

La ética médica era aristocrática, conocida virtud con nobleza de cuna y de sangre, juvenil ya que la perfección moral se alcanzaba en la juventud y madurez, y saludable debido a que se unifica moralidad y salud, ya que la enfermedad ofusca el entendimiento.

El médico era considerado un amigo de la sabiduría (como el sacerdote y el rey), alguien que se acercaba a la técnica, a la prudencia y a la ciencia. Trataba de sustentar su saber práctico en un conocimiento científico (Siglo VI-V a. C) y estaba en condiciones de curar las enfermedades (no como curandero) para restaurar el orden perdido por la enfermedad.

La enfermedad era causa de desorden y el paciente un individuo desordenado, y éticamente, un inmoral, ya que, de acuerdo a lo expresado anteriormente, su entendimiento estaba alterado.

Era un *in – firmus*, (como dirán los latinos más tarde) un falto de firmeza, un minusválido físico, psíquico y moral, incapaz por lo tanto de saber qué le conviene para restablecer su salud, perdida en buena medida por culpa de él.

El médico era todo lo contrario. Representaba el orden de la salud; expresaba lo verdadero, lo bueno, lo bello, de ahí la importancia de la etiqueta que suele describirse en los Tratados Hipocráticos.

Su tarea básica era curar, restaurar las costumbres del paciente, y moralizarlo enseñándole en que consiste su bien, natural y moral.

Por lo tanto, en la información que daba sólo comentaba aquello que colaboraba con el tratamiento, o bien, no informaba.

Esta actitud ha persistido prácticamente hasta el siglo XX, con escasos cambios, no obstante haber comenzado en la Edad moderna, el concepto de autonomía.

El mundo medieval entra en crisis luego del descubrimiento de América, que rompe con la imagen del mundo ordenado, perfecto y acabado que había transmitido el naturalismo medieval. Así, el hombre, toma conciencia que el saber no podía limitarse a lo conocido, y comienza a cuestionar ese orden, a investigar, y entra en escena como ser inteligente, racional, libre y poseedor de dignidad.

Mediante su voluntad y su razón puede cambiar el entorno natural y social, puede cambiar la historia. Esta capacidad constructora de nuevas realidades, entra en la moralidad y se canaliza a través del concepto que los hombres son sujetos con capacidad para discernir racionalmente por sí mismo estableciendo qué acciones son correctas y buenas, sin necesidad de que ninguna autoridad se lo diga.

Es decir aparece y se desarrolla el concepto de *autonomía moral* que alcanza su mayoría de edad con Kant, siglos más tarde.

En este principio de autonomía tuvo gran impacto sociopolítico, y de él emergen nuevas formas de gobierno como poder democrático, autonomista.

Sin embargo, y a pesar que la filosofía moral había madurado la idea de que todas las personas tienen autonomía moral para decidir en las cuestiones relevantes para su proyecto vital, este concepto no penetra en la relación médico /paciente, en la ética médica.

Probablemente esto haya sucedido por ser una relación privada, que reproducía el esquema de las relaciones patriarcales clásicas: el padre-médico, omnipotente y protector; la madre-enfermera sumisa y cariñosa, y el niño-enfermo obediente y dependiente.

Frente a este esquema, la doctrina del CI en medicina entrará recién el siglo XX y no alcanzará su verdadera forma hasta los años 60 y 70, donde el principio de autonomía comienza a infiltrarse en la vida privada, en lo sexual, la vida de pareja, la vida familiar y en los diversos estratos de la sociedad civil, originando los movimientos sociales de reivindicación de los derechos de la mujer, de los negros, de los consumidores, el movimiento Hippie, el movimiento estudiantil, los derechos de los enfermos y, dentro de ellos, el consentimiento informado.

No obstante, su desarrollo fue alcanzado a partir de su aceptación en la sociedad estadounidense.

En tanto el individualismo, la autoconfianza y la autodeterminación, están en la base del consentimiento informado y dado que estas cualidades son características propias y destacables de la cultura norteamericana, es

probable que el éxito y el rápido avance de esta doctrina en Estados Unidos se deban a una cuestión cultural y de idiosincrasia.

A continuación, destacaré tres casos de origen anglosajón que destacan la evolución de la doctrina respecto del consentimiento informado.

1767 IN RE SLATER CONTRA BAKER & STAPLETON

Históricamente, la regla de que el médico debe obtener el consentimiento de su paciente antes de estar legalmente legitimado para comenzar el tratamiento se remonta a un caso inglés del siglo XVIII, “Slater contra Baker & Stapleton” en el que se sostuvo la responsabilidad de dos médicos por haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del paciente. Lo más interesante de la decisión es como destaca el requisito legal del consentimiento, no solo fundado en que tocar el cuerpo del enfermo sin este previo permiso constituye ataque a la persona, sino basado en el hecho de que ya era costumbre de los cirujanos no operar a los pacientes sin su consentimiento.

Surgía de la prueba testimonial de cirujanos que era inapropiado desunir el callo óseo sin consentimiento; que constituía ignorancia y falta de diligencia contrariar la regla de la profesión y realizar lo que ningún cirujano hubiera debido hacer.

La corte en el caso “Slater” hizo observaciones sobre el beneficio de la buena comunicación en la relación médico – paciente: “Es razonable decir al enfermo lo que se va a hacer con él, para que pueda armarse de valor y ponerse en situación, y este así en condiciones de soportar la operación”.

Esta sentencia no se basa en la opinión de que el paciente sea la fuente de autoridad, sino en inquietudes acerca de porque es útil obtener el consentimiento. Destaca el consentimiento libre e informado como medio para una más eficaz colaboración entre médico y paciente.

1914 SCHLÖNDORFF CONTRA LA GERENCIA DEL HOSPITAL DE NUEVA YORK

En los Estados Unidos aparecieron, a principios del año 1900, algunos casos en los que se comenzó a cuestionar la autoridad de los médicos para someter a tratamiento. Sin embargo cuando tales juicios comenzaron a surgir, los tribunales, solo excepcionalmente, encontraron que los pacientes no habían dado el consentimiento válido, ya que cualquier simple intercambio entre el paciente y el médico se aceptaba como tal.

Esta situación tuvo un cambio radical, con el considerado leading case del consentimiento informado.

En este caso, la actora Mary S. Ingresó al hospital con una dolencia estomacal. Pasadas varias semanas, un médico interno descubrió que tenía un bulto, luego se comprobó que se trataba de un fibroma. Le informaron que para conocer la naturaleza del tumor debían hacerle un estudio invasivo. La actora consintió a tal procedimiento para hacer el diagnóstico, pero le dijo al médico interno que se oponía a una intervención quirúrgica, lo cual fue confirmado luego por la enfermera.

La actora, contra su voluntad fue operada directamente, extrayéndosele el tumor. Posteriormente desarrolló una gangrena en el brazo izquierdo y se le amputaron algunos dedos; además debió soportar fuertes dolores y sufrimientos, por lo que demandó al hospital, al considerarlo responsable de sus males.

En la opinión del juez Cardozo se halla una conclusión favor del derecho del paciente a consentir o rechazar el tratamiento, fundamentándolo en el paciente como fuente de autoridad: "Todo ser humano en edad adulta y en su sano juicio tiene derecho a determinar lo que se debe hacer con su cuerpo (...)"

Esta sentencia sitúa el carácter del debate sobre el consentimiento libre e informado, al destacar el derecho del individuo a consentir el tratamiento,

aunque sea de forma restringida, al reconocerlo únicamente en los adultos en su sano juicio.

1960 NATANSON CONTRA KLINE

El tribunal refrendó el derecho a ser dejado en paz, un derecho a la intimidad, un derecho a rechazar ser tocado por los demás y la intervención ajena. En este caso la sentencia estableció, por primera vez con claridad la obligación positiva para el médico de dar información al paciente sobre los riesgos inherentes al tratamiento que le recomienda antes de aplicárselo.²

En nuestro país, nuestros autores mencionan cada vez con mayor frecuencia la importancia del consentimiento informado del paciente.

Como indica la exposición de motivos de la Ley Gallega reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes indica que “El cambio de cultura jurídica en la relación médico paciente (...) supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y regida por el principio de beneficencia, para llegar a una nueva situación acorde con los tiempos, en la que el paciente o sus derechos se configuren como protagonistas”

El consentimiento informado es uno de los puntos de inflexión en el enfoque de la relación médico paciente, que desde ese momento dejará de basarse en el principio de beneficencia para pasar a sustentarse en el de la autonomía del paciente. El consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el Derecho, debiendo ser considerado como una de las máximas aportaciones que el Derecho ha realizado a la medicina.

También en distintos congresos nacionales se ha señalado que es deber del profesional “informar” a su paciente.

En cuanto a la jurisprudencia, hasta hace algunos años, no lo tenía en cuenta, tal es el caso de la decisión de la Cámara Civil y Comercial, que analizando la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina (nota) consideró que “la ley no obliga específicamente la profesional a informar al paciente acerca de los riesgos de la operación, y si ello es así, no se alcanza a comprender que tipo de responsabilidad, culpa o negligencia puede ponerse en cabeza del profesional que omite mencionar dichos riesgos”. A criterio del tribunal “la obligación de informar no es exigible al facultativo al extremo de imputarle culpa o negligencia grave en caso de omitirla”.

Sin embargo, en otra decisión, (Cam. Nacional Civil, Sala I, 25 de octubre de 1990 sobre "Favilla, Humberto c/ Piñeyro, José y otro") según fallo de primera instancia, el Tribunal sostiene que el tema referido a la autorización de los padres no quedó claro en la causa ya que el punto no fue expresamente introducido en la demanda.

Pese a ello, el juez, respecto a si el médico que intervino quirúrgicamente a una menor, debió contar con la autorización expresa de los padres dijo que

- ✓ la vida, la salud y la integridad física y moral de las personas (y en particular, de los menores), es una cuestión de orden publico.
- ✓ El artículo 19 de la ley 17.132 (de Ejercicio de la Medicina), habla sobre al necesidad de autorización en operaciones como la del caso, y la prudencia también lo exige. No hay prueba en el expediente, de consentimiento escrito, ni prueba fehaciente del consentimiento verbal o tácito.
- ✓ El fallo de segunda instancia penal, consideró satisfecho el tema del consentimiento, al haberse probado que el demandado había dicho a los padres “que en el camino iba a ver lo que tenía que sacar”, “que iba a sacar todo lo que fuera necesario” y que no habiéndose opuesto los padres, existía una autorización tacita.

-
- ✓ El médico debió preguntar a los padres si daban su autorización para el caso de que fuera necesario extirpar el maxilar izquierdo superior de la niña, y debió esperar una categórica respuesta afirmativa, para poder obrar como lo hizo.
 - ✓ Considera inaceptable lo sostenido por la Sala Penal en el sentido de que los padres no tienen la potestad para decidir la técnica que se empleara en la operación. Dice: no pueden elegir la técnica, pero si decidir que se le practique o no una operación mutilante.

La Cámara Civil confirma la sentencia, resolviendo que es obligación de médico antes de decidir la realización de un tratamiento o intervención, efectuar todos los estudios e investigaciones necesarios para llegar a un diagnóstico cierto, debiendo tener en cuenta los riesgos o secuelas que se deriven de los mismos; y que es su deber hacer conocer al paciente dichos riesgos, puesto que el consentimiento de este es indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica.

Además argumentó que para que se considere lícita una cirugía que disminuya de modo permanente la integridad corporal, las circunstancias tienen que encuadrar en el “estado de necesidad”, conforme al artículo 19 de la ley 17.132.

En otros tribunales también se fue decidiendo a favor del consentimiento informado, como veremos más adelante a través de los aportes jurisprudenciales a los capítulos de este trabajo.

CAPITULO II

CONSENTIMIENTO INFORMADO

El ejercicio de la libertad deriva de una regla de la autonomía que importa la posibilidad de decidir, sin condicionamientos externos. Es una regla *prima facie*, ya que rige en la medida en que no intervengan restricciones razonables.

Es tan amplia la libertad que no puede ser definida fácticamente, ello podría llevar al exceso de que toda restricción legal podría ser tachada de inconstitucional y ocasionar un caos social.

La única solución posible es determinar que tipo de libertad reconoce el ordenamiento a fin de establecer la constitucionalidad de una restricción legal.

DEFINICIÓN

La medicina tiene como objetivo no la simple prolongación de la vida biológica. Su tarea consiste en postergar la muerte, prevenir o reducir los padecimientos y las deformidades, curar las enfermedades, ampliar las capacidades biológicas y psicológicas y ocuparse de los sufrimientos de las personas. La medicina es agente de las personas. Actúa en beneficio suyo y se ve restringida por la obligación de respetar los deseos de las personas, siendo su meta hacerles el bien, o no hacerles mal.

El consentimiento informado es una manifestación voluntaria, libre y racional realizada por un paciente, de aceptación a un tratamiento que se le ha indicado como el más pertinente, luego de haber sido informado del mismo y de habersele respondido todas sus dudas de manera adecuada y suficiente.

FUNDAMENTOS ÉTICOS

La Bioética, nominada según un neologismo creado por Potter³ en 1971, como disciplina apareció en un momento en que los progresos en el campo de la medicina eran de tal envergadura que parecían remover y dejar fuera de lugar los puntos de referencia morales vigentes. Así entonces, encontró su campo de análisis en el estudio sistemático de la conducta humana en el área de la ciencia y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales.⁴

Los autores T. Beauchamp y J. Childress⁵ designan los principios de No Maleficencia, Beneficencia, Autonomía y Justicia como los pilares de la Bioética.

No Maleficencia: El objetivo genuino de la acción médica es el alivio, el servicio del paciente.

Beneficencia: La obligación de optar por conductas encaminadas a lograr el alivio del paciente, lo que implica lo médicamente beneficioso, lo que el paciente considera beneficioso, lo beneficioso para los seres humanos como tales, y lo beneficioso para los seres humanos como seres con espiritualidad.

Autonomía: Reconoce la individualidad del paciente, de su unicidad como persona, de su alteridad. Todo sujeto es dueño y responsable de sus acciones y decisiones. Tres requisitos básicos deben ser satisfechos para hablar de autonomía, la acción no puede ser forzada, el sujeto debe tener acceso a opciones reales y poseer la información relevante. Es por ello, que el respeto a la autonomía del paciente, obliga a honrarlo como ser libre, informarlo de los riesgos y conveniencias de determinado proceder.

La autonomía consiste en la libertad para elegir las propias acciones y decidir en consecuencia sobre la elección de los medios que conduzcan a los efectos elegidos; la responsabilidad a su vez, implica que toda gente debe

hacerse cargo de las consecuencias de sus actos libremente elegidos y decididos.

Respecto del principio de la autonomía en el campo de la bioética, Nino, en su obra⁶, expresa: “Otra implicación del principio de la dignidad de la persona es la de precisar el alcance de los otros principios liberales que se han considerado: no se usa a una persona como mero medio de beneficio de otros, ni se interfiere ilegítimamente con sus planes de vida como una restricción, carga u obligación que se le impone tiene como base su consentimiento. Como diría Kant, tratamos a las personas como fines en si mismas cuando la tratamos de acuerdo a sus propios fines.”

El Estado no debe interferir en la elección y adopción de planes de vida e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de esos ideales.⁷

Justicia: Siguiendo la línea de la concepción clásica de “dar a cada uno lo suyo”, este principio fundamenta la pretensión de que se brinden a todos los individuos las mismas oportunidades de lograr la atención médica que necesiten. Este principio implica que el dar a otro su derecho es “hacer el bien” comprendiendo que lo justo debe obrarse y lo injusto evitarse.

Otros autores señalan como principios involucrados la inviolabilidad y la dignidad.

Inviolabilidad: Kant⁸ sostuvo explícitamente: “ los fines de un sujeto que es un fin en sí mismo tienen que ser también, si es que esta concepción tiene pleno efecto en mí, en la medida de lo posible mis fines”. El reconocimiento de ciertos derechos conforme al principio de inviolabilidad de la persona implica lógicamente la limitación de la persecución de objetivos colectivos en el ámbito de aplicación de aquellos derechos.

Dignidad: Las manifestaciones de voluntad de la gente están condicionadas por su ubicación social, sus tendencias psicológicas o sus procesos fisiológicos. Por lo tanto, este principio concierne en que la decisión adoptada por la persona sea considerada como su plan de vida, y que por ello se mantengan, en cuanto sea posible sin violar otros principios, las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previo al decidir actuar e incorporó, por ende a ese proyecto de vida.

La ética medica sustenta que el deber de beneficiar al paciente debe basarse en su previo consentimiento informado.

Hay muchas personas para las que la vida no es tal si no pueden disfrutar de ella, mientras que para otros la vida es sacrificio, ascetismo y aceptan el sufrimiento

Asistimos a un mundo plural, heterodoxo, que disuelve la posibilidad de imponer una solución colectiva homogénea en el plazo de las creencias.

FUNDAMENTOS MÉDICOS

La consulta médica establece una relación interpersonal íntima, directa inmediata y única entre dos seres humanos en trance, uno de enfermedad y el otro de deseo de servir. Desde, el diálogo que se presume confidencial desde Hipócrates, paciente y médico comparten vivencias, opiniones y sentires. Con el decaimiento del modelo paternalista, surge el contractual, que se adecua mejor a la preeminencia actual de ciertos valores mencionados bajo los fundamentos morales de la teoría del consentimiento informado.

El proceso de presentación de evidencias, de revelación de información al paciente es responsabilidad del terapeuta. Durante la consulta el galeno debe revelar la enfermedad, los cursos de acción a seguir, las alternativas terapéuticas y los riesgos correspondientes. En todos estos aspectos, el deber moral del médico es de ser veraz con el paciente.

Cuando el paciente conoce la verdad respecto de su enfermedad responde mejor a la terapéutica. El tiempo insumido en informar al paciente y que este otorgue el debido consentimiento informado es una inversión sin duda redituable para el médico y la familia del paciente.

El aumento de los juicios en contra de los médicos constituye una preocupación universal por las penas y daños económicos y profesionales que estos les acarrearán. Según un proyecto de la Universidad de Harvard los juicios por mala práctica están causados por negligencias reales, pero también supuestas. Estas son provocadas por la escasa relación entre el médico y los pacientes, el trabajo a destajo, sobre todo en los hospitales, lo que lleva a la necesidad de recuperar la relación médico paciente.

FUNDAMENTOS LEGALES

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Es pertinente reconocer el valor histórico y la conciencia reparativa de las dos principales declaraciones mundiales sobre el tema: el Código de Núremberg, de 1947, elaborado después de la segunda guerra mundial y la Declaración de Helsinki; ambas promulgadas por la asamblea médica mundial de 1964 y ratificadas en Tokio en 1975 cuya resonancia y peso de reconocimiento son hoy de carácter mundial, pues estas declaraciones hacen especial énfasis en el significado y esencialidad del "consentimiento informado", como también en sus límites, distinguiendo las observaciones que deben tenerse en cuenta cuando esté dirigido a individuos o comunidades. Palabras como las siguientes se han constituido en imperativos de orientación y conciencia dentro del ámbito científico:

"Siempre debe respetarse el derecho del ser humano (sujeto a investigación) a proteger su integridad, y toda clase de preocupaciones deben aportarse para resguardar la privacidad del individuo y disminuir al mínimo el

efecto de la investigación sobre su integridad física y mental y sobre su personalidad".

Se deben tomar las precauciones adecuadas y disponer de las instalaciones óptimas para proteger (al sujeto implicado) de las posibilidades, incluso remotas, de lesión, incapacidad o muerte.

CÓDIGO DE NÜREMBERG

En 1931, el Ministerio de Sanidad del Reich alemán, promulgó unas estrictas normas sobre experimentación con seres humanos y aplicación de nuevos productos terapéuticos en medicina. Estas normas son de algún modo el primer código ético sobre ensayos clínicos. Constan de 14 artículos, de los cuales 4 están dedicados al CI.

En ellos se establece que el CI debe ser dado por el propio sujeto, o en su defecto, por su sustituto legal, "de modo claro e indubitable". Sin embargo estas normas no fueron aplicadas a judíos, gitanos, polacos y rusos, ni se cumplieron en los campos de concentración durante la segunda guerra mundial.

El tribunal de Nüremberg se dio cuenta de la importancia del CI en la realización de experimentos con humanos y ensayos clínicos, y decidió establecer "los principios básicos que deben tenerse en cuenta a fin de satisfacer las exigencias morales, éticas y legales" en la investigación con seres humanos.

"El consentimiento voluntario del sujeto es absolutamente esencial. Esto significa que la persona involucrada debe tener capacidad legal de dar el consentimiento; debe estar en condiciones que permitan el libre ejercicio del poder de elección sin la intervención de ningún elemento de presión, fraude, engaño, coacción o compulsión; debe tener el conocimiento y la comprensión

suficientes de los elementos en juego en la investigación, que le permitan una decisión lúcida y con conocimiento de causa”.

LA DECLARACIÓN DE HELSINKI

Reconociendo los defectos del Código de Núremberg, la Asociación Médica Mundial creó la Declaración de Helsinki en 1964. Considerada por muchos como el primer estándar mundial de investigación biomédica, este documento proporciona protección adicional a personas con autonomía limitada e insiste que los médicos e investigadores que aceptan sus propios pacientes sean precavidos.

Al centro de la declaración está el principio de que se debe dar preferencia al bienestar del participante sobre los intereses de la ciencia y la sociedad. También recomienda el uso de formularios de consentimiento por escrito. Al igual que el Código de Núremberg, la Declaración de Helsinki requiere que los riesgos se reduzcan al mínimo.

Desde su creación, la Declaración de Helsinki ha sido revisada cinco veces. La revisión más reciente tuvo lugar en 2000, después de las severas críticas provocadas por los estudios de AZT controlados con placebo en África. En esta revisión, se ha limitado el uso de controles con placebo a circunstancias especiales y se recomienda no usarlos en los casos en que existe un método profiláctico, terapéutico o de diagnóstico de eficacia comprobada. La versión actual también exige acceso a los beneficios para todos los participantes del estudio.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Para darle fuerza legal y moral a la Declaración, la Asamblea General aprobó en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El

artículo 7 del Pacto establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Justamente, a través de esta declaración, la sociedad expresa el valor humano fundamental considerado para guiar toda investigación en seres humanos: la protección de los derechos y bienestar de todos los sujetos humanos en experimentación científica.

CONVENCIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA

En 1997, el Consejo de Europa de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas formuló la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, en cuyo artículo 5 dispone que “Una intervención (...) solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”.⁹

EL INFORME DE BELMONT

Después de cuatro años del trabajo, en el año 1979 la Comisión Nacional para la Protección de Temas Humanos de la Investigación Biomédica y del Comportamiento publica “El Informe de Belmont” que dispone los principios éticos y las pautas para la protección de temas humanos de la investigación. El informe dispuso tres principios subyacentes la conducta ética de la investigación:

respeto por personas: reconociendo la autonomía y la dignidad de individuos, y la necesidad de proteger éstos con la autonomía disminuida (es decir, habilidades deterioradas de la toma de decisión), por ejemplo niños, haber envejecido, y el lisiado;

beneficence: una obligación de proteger a personas contra daño maximizando ventajas y reduciendo al mínimo riesgos;

justicia: distribución justa de las ventajas y de las cargas de la investigación.

El informe de Belmont explica cómo éstos se aplican a las prácticas de la investigación; por ejemplo, identifica consentimiento informado como proceso que sea esencial para el principio del respeto. En respuesta al informe, el departamento de ESTADOS UNIDOS de la salud y los servicios humanos y el alimento de ESTADOS UNIDOS y la administración de la droga revisaron sus regulaciones sobre los estudios de la investigación que implican a gente.

CÓDIGO DE REGLAMENTOS FEDERALES DE EE.UU.

También llamado Regla Común -The Common Rule-, este código se aplica a toda la investigación patrocinada por el gobierno de los Estados Unidos. En 1991, la Normativa Federal (The Federal Policy), conocida como La Regla Común, fue adoptada por 16 organismos federales que llevan a cabo, apoyan o de otro modo regulan la participación de seres humanos en la investigación en los Estados Unidos. Tal como lo da a entender su título, la Regla Común ha sido diseñada para estandarizar el sistema de protección de los participantes humanos en todos los organismos y departamentos federales relevantes de los Estados Unidos.

La base del fundamento jurídico en que se sustenta esta herramienta médica, es el respeto de los derechos personalísimos ya que el derecho que asiste a los pacientes, es poder conocer todo aquello que deseen con el fin de tomar libremente la decisión de continuar adelante o no con la propuesta diagnóstica o terapéutica del médico.¹⁰

LEGISLACIÓN ARGENTINA

En nuestro país el tema es relativamente nuevo. La decisión del paciente a elegir el tratamiento médico y otorgar el debido consentimiento informado tiene cada vez mayor importancia. Sin embargo, aún no se ha resuelto el antagonismo entre la doctrina y la jurisprudencia con las tendencias al autoritarismo o paternalismo de los médicos.

Habiéndose incorporado los tratados internacionales sobre derechos humanos a nuestra carta magna se conecta indefectiblemente a la misma con el reconocimiento de las libertades individuales. De este nexo surgen elevados principios como el derecho a la vida, el derecho a la salud, respeto a la integridad física.

La regla de la libertad general del individuo esta plenamente consagrada en el ordenamiento jurídico argentino.

CONSTITUCIÓN NACIONAL

La constitución nacional se propone “asegurar los beneficios de la libertad” (Preámbulo) y señala que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral publica, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (artículo 19). Así mismo dispone que los consumidores y usuarios tienen derecho en la relación de consumo a “la libertad de elección” (artículo 42).

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de la Nación en “Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar” (6/4/1993).

El 8vo. considerando del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi expresa:

“Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad

en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado artículo 19: "... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (...)”

CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

Es destacable el artículo 19 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe que ordena: “Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA

El Código Civil dispone, con referencia a las personas de existencia visible, que “Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les

fuesen expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política” (artículo 53)

El consentimiento informado implica la prohibición de todo medio o artifice que vicie la voluntad de la persona afectada. Los vicios comunes a los que alude el código civil son el error. El dolo y la violencia. El médico no ha de inducir al error al paciente. Ha de procurar que su consentimiento sea adecuadamente informado o esclarecido para que la decisión que adopte responda a sus convicciones más íntimas. Ello excluye necesariamente el dolo y el engaño. También esta proscripta la violencia sea física o moral. Es de aplicación en el caso, en general, toda la normativa del código civil referente a los vicios del consentimiento (Artículo 896 siguientes y concordantes).

Etimológicamente, el vocablo consentimiento deriva del latín consensus que proviene del termino con sentire (“sentir con”) lo cual supone un acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo tema. Es por ello que el artículo 1137 del código civil expresa que “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. El acto que requiere del consentimiento o asentimiento informado consiste en una propuesta de tratamiento o practica medica a efectuarse por el profesional, hospital o institución basada en el criterio médico, luego de evaluada la condición del enfermo, el cual puede aceptar o rechazar dicha propuesta.

LEY 17.132 DE EJERCICIO DE LA MEDICINA, ODONTOLOGÍA Y ACTIVIDADES DE COLABORACIÓN EN LA CAPITAL FEDERAL

La ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración en la Capital Federal (1967) dispone en su artículo 19 que los profesionales que ejerzan la medicina, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, están obligados, según su tercer inciso a “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alineación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las

operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito salvo cuando la inconsciencia o alineación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán conformidad del representante del incapaz”.

LEY 24.004 DE ENFERMERÍA DE LA CAPITAL FEDERAL

La ley 24.004 de Enfermería de la Capital Federal incluye entre los deberes el de honrar en todas las acciones la dignidad de la persona humana sin distinción de ninguna naturaleza.

LEY 24.193 SOBRE TRANSPLANTES DE ÓRGANOS

Por otro lado la legislación medica especifica de los últimos años destaca la importancia de la información previa al consentimiento del paciente. Así por ejemplo la ley 24.193 sobre transplantes de órganos se refiere a la información “al paciente – y en este caso, a su grupo familiar – de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural sobre los riesgos de la operación... sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría...” y “luego de asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejen a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar”, de lo cual deberá dejarse constancia debidamente documentada” (artículo 13)

LEY 25.281 SOBRE TRANSPLANTES DE ÓRGANOS

La ley 25.281 modifica un aspecto de la ley 24.193, en lo relativo a los recaudos a adoptar por la autoridad competente para ubicar a los familiares a efectos de requerir su consentimiento a los fines de la ablación en caso de muerte violenta no existiendo voluntad expresa del causante sobre la donación de órganos.

LEY 23.798 DE LUCHA CONTRA EL SIDA

La ley 23.798 de Lucha contra el SIDA, dispone que “los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección”.

DECRETO REGLAMENTARIO 1244/91

Por su parte el decreto reglamentario 1244/91 dispone que “el profesional médico tratante determinara las medidas de diagnóstico a las que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de este. Le asegurara la confidencialidad y previa confirmación de los resultados, lo asesorara debidamente”, es decir que es la norma legal que exige expresamente el consentimiento informado previo a una prueba de detección para VIH.

LEY BÁSICA DE SALUD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Además la legislación de la Ciudad de Buenos Aires se dedica al tema, por vía de la ley 153, denominada Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires. Se trata de una legislación moderna en materia de salud y en el Capítulo 2, referido a derechos y obligaciones de las personas, se refiere al consentimiento informado. El artículo 4º, que contiene la enumeración de derechos, dice: “Son derechos de todas las personas en relación con el sistema de salud y con los servicios de atención: ...c) La intimidad, privacidad y confidencialidad de la información relacionada con su proceso salud – enfermedad; d) El acceso a su historia clínica y a recibir información completa y comprensible sobre su proceso de salud y a la recepción de la información por escrito al ser dado de alta o a su egreso; e) Inexistencia de interferencias o condicionamientos ajenos a la relación entre el profesional y el paciente en la atención e información que reciba; ...g) Un profesional que sea el principal comunicador con la persona, cuando intervenga un equipo de salud; h) Solicitud por el profesional actuante de su consentimiento informado, previo a la realización de estudios y tratamientos; ... j) Solicitud por el profesional actuante de consentimiento previo y fehaciente para ser parte en actividades

docentes o de investigación; ... n) Ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que lo garanticen; ...”. El artículo 6º que hace referencia a las obligaciones de las personas en relación con el sistema de salud y con los servicios de atención, incluye la de “... b) Firmar la historia clínica, y el alta voluntaria si correspondiere, en los casos de no aceptación de las indicaciones diagnóstico – terapéuticas”.

Si bien en materia de actividades docentes o de investigación no se dice que el consentimiento debe ser informado, lo cual es superlativamente relevante en este tópico, de acuerdo al contexto general de la normativa, no cabe duda de que es a este que se refiere.

LEY 114 DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

La ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires tiene justamente como objeto la protección integral de tales derechos y prescribe que todos los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos fundamentales inherentes a su condición de personas, dentro de los cuales está el de la intimidad y a la salud. Respecto de este derecho indica en su artículo 22: “Los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a la atención integral de su salud. Debe asegurarse su acceso gratuito, universal e igualitario sobre la base de la solidaridad”. Además, en su artículo XXXXXX La Ciudad se impone “adoptar medidas para: ... d)desarrollar la atención sanitaria preventiva en materia de salud sexual y reproductiva, tendientes a prevenir el embarazo no deseado y las enfermedades de transmisión sexual...”.

LEY 418 DE SALUD REPRODUCTIVA Y PROCREACIÓN RESPONSABLE DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

A su vez, la Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la misma Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza las políticas

orientadas a la promoción y desarrollo de la salud en tales aspectos, estableciendo que son destinatarios de las acciones la población en general, especialmente, las personas en edad fértil. Incluye en el artículo 3º, entre sus objetivos generales: “ a) Garantizar el acceso de mujeres y varones a la información, y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos...” y entre sus objetivos específicos consignados en el artículo 4º: “...c) Garantizar la información y el acceso a los métodos y prestaciones de anticoncepción a las personas que lo requieran para promover su libre elección...”. Además, en el artículo 7º dispone: “Se garantiza la implementación de las siguientes acciones: a) Información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización en cada caso particular... c) Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/los beneficiarias / os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente... e) Promoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos; f) Información de que el preservativo es por el momento el único método anticonceptivo que al mismo tiempo previene de la infección por VIH y del resto de las enfermedades de transmisión sexual...”.

DECRETO-LEY 504 DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA SOBRE EJERCICIO DE LA MEDICINA, ODONTOLOGÍA Y ACTIVIDADES DE COLABORACIÓN

En texto similar a la ley 17.132, con lo cual la Provincia hace suya la ley de la Capital Federal, el decreto-ley 504 del 26/3/1969 de La Pampa sobre Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración, indica que los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: artículo 19, inc. 3º: Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alineación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidios o delitos. En las

operaciones mutilantes se solicitara la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o la alineación o la gravedad del caso no admitieran dilaciones, En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz. Inc. 4º): NO llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial.

LEY 3076 DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO DE DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE

Es relevante la ley 3076 el 20/03/1997 de la provincia de Río Negro de Declaración de los Derechos del Paciente. De acuerdo a esta normativa, entre otros, y según el artículo 2) el paciente tiene derecho a: ...

- ✓ Que se le brinde toda información disponible relacionada con su diagnostico, tratamiento y pronostico en términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio medico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente.
- ✓ Que previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento se le informe sobre el mismo, los riesgos médicos significativos asociados, probable duración de la discapacidad, etc., para obtener su consentimiento informado o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia.
- ✓ Ser informado cuando existen opciones de atención o tratamiento médicamente significativos o cuando desea conocer otras posibilidades.
- ✓ Rechazar el tratamiento propuesto, en la medida que lo permita la legislación vigente, luego de haber sido adecuadamente

informado, incluso sobre las consecuencias medicas de su acción.

- ✓ Recibir de parte de un centro de salud, de acuerdo con su capacidad: una evaluación, un servicio o la remisión a otra institución, según lo indique la urgencia del caso. Un paciente puede ser transferido a otro centro, solo después de haber recibido completa información sobre la necesidad de dicho traslado. La institución a la que vaya a ser transferido el paciente, ha de dar su aceptación previa a dicha transferencia.
- ✓ Conocer las normas y reglamentos de los centros de salud, aplicables a su conducta como paciente.
- ✓ Ser advertido en caso de que el centro de salud se proponga realizar experimentación biomédica que afecte su atención o tratamiento, en cuyo caso tiene derecho a rechazar su participación en dichos proyectos de investigación.
- ✓ Morir con dignidad.

LEY 3338 DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO SOBRE NORMAS Y
REGLAMENTACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DE LA SALUD Y SUS
ACTIVIDADES DE APOYO

En la provincia de Río Negro se dicto la ley 3338 del 30/9/1999 denominada Normas y Reglamentación para el Ejercicio de las Profesiones de la Salud y sus Actividades de Apoyo. Dedicar diversos artículos (arts. 26, 31, 36, 41, 47, 51, 55 y 61) a reglamentar, dentro de cada una de las actividades como la medicina, odontología, bioquímica clínica, sicología, enfermería, kinesiología, nutrición y dietología y actividades de apoyo, y entre las obligaciones de cada profesional, las de informar al paciente y/o su responsable de las características y posibles riesgos y beneficios de cualquier tipo de intervención de tipo diagnóstica, pronóstica o terapéutica a realizar sobre su organismo,

dejando constancia escrita de la conformidad brindada o de la negativa, bajo firma del profesional y del paciente o su responsable; respetar la voluntad del paciente, en cuanto sea negativa a la realización de cualquier método propuesto, debiendo dejarse constancia escrita de tal situación, bajo firma del profesional y del propio paciente. En los casos de menores e incapaces, podrá requerir a la autoridad judicial competente a la correspondiente autorización. En casos de emergencias o situaciones de pérdida o debilidad de la conciencia del paciente, podrá obviar lo prescripto, dejando clara constancia escrita de las circunstancias y motivos que lo justificaren; no realizar intervenciones que modifiquen el sexo de las personas, sin la debida autorización judicial; indicar y/o realizar exclusivamente aquellos procedimientos o practicas necesarios o útiles en cada caso.

LEY 6952 DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN SOBRE DERECHOS DEL PACIENTE

La provincia de Tucumán dictó la ley 6952 sobre derechos del Paciente similar a la de Río Negro.

En su artículo 1º y entre otros, declara como derechos del paciente, los siguientes:

- ✓ A que se brinde toda información disponible relacionada con su diagnostico, tratamiento y pronostico en lenguaje sencillo y con términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio medico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, deberá suministrarse dicha información a la persona que lo represente.
- ✓ A que previamente a la aplicación de cualquier procedimiento, diagnóstico o tratamiento, sea informado sobre los riesgos médicos significativos, probable duración de la discapacidad, y todo dato que puede contribuir a la obtención de un consentimiento responsable o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia.

-
- ✓ A ser informado cuando existan opciones de atención o tratamiento.
 - ✓ A rechazar el tratamiento propuesto en la medida en que lo permita la legislación vigente, luego de haber sido adecuadamente informado y teniendo conocimiento de las consecuencias medicas que su actitud puede producir en su salud.
 - ✓ A recibir información sobre las atenciones, cuidados y tratamientos que necesitara al producirse el alta, por parte de su medico o alguien que este formalmente delegue.
 - ✓ A recibir por parte de un centro de salud, de acuerdo a su complejidad, posibilidades, una evaluación de su estado, un tratamiento y en el caso de ser necesario su traslado a otra institución. En este caso, el paciente o la persona que lo represente, debe recibir una completa información sobre la necesidad de dicho traslado, La institución a la que va a ser trasladado dicho paciente, debe dar su aceptación previa a dicho traslado.
 - ✓ A conocer las normas y reglamentos de los centros de salud, aplicables a su conducta como paciente.
 - ✓ A ser advertido en caso de que el centro de salud se proponga realizar experimentación biomédica que afecte su atención y tratamiento, en cuyo caso tiene derecho a rechazar su participación en dichos experimentos.
 - ✓ A morir con dignidad, con el derecho de ser asistido hasta el último momento de su vida.

CAPITULO III

INFORMACIÓN QUE DEBE REVELARSE AL PACIENTE

El objetivo de informar al paciente es que tenga acceso a los datos sobre sí mismo en razón de los derechos sobre su propia persona, que pueda otorgar un consentimiento adecuado a los requerimientos éticos y legales, para conseguir su colaboración y participación activa en su tratamiento. También la información tiene una vertiente terapéutica, ya que calma la angustia y la incertidumbre del paciente y actúa como refuerzo positivo en las relaciones médico paciente consolidando la confianza mutua entre ambos.

Resulta fundamental, la información terapéutica, pues está dirigida a asegurar la cooperación del paciente en el marco del tratamiento médico. Busca obtener del paciente la colaboración necesaria para el éxito curativo del tratamiento y preservarlo de los posibles efectos adversos que se puedan derivar del mismo.

Uno de los principios fundamentales de la asistencia médica de calidad es respetar los deseos del paciente¹¹. Por ello, la información ha de ser adecuada de modo que posibilite que el paciente tome su propia decisión con relación a la misma. Ello es así, porque se trata de un derecho existencial sobre su cuerpo, su integridad física, psíquica o espiritual; se trata de decidir sobre su propia vida.

QUIEN DEBE REVELAR LA INFORMACIÓN

Este deber es no solo del médico de cabecera o tratante de la enfermedad por su especialidad, sino de aquellos otros profesionales que intervengan, como de la institución a la cual el paciente ha confiado su salud.

Los siguientes fallos ejemplifican como quedan sujetos al principio de solidaridad todos los profesionales intervinientes en el tratamiento, estudio o intervención quirúrgica a los que sea sometido un paciente.

En "G. de A. M. c/ Policlínico Central de la U.O.M. s/ ordinario"¹², se destaca en este sentido el siguiente extracto de la sentencia:

"La de informar debidamente al paciente es una obligación que pesa tanto sobre el profesional que ordena la práctica (porque conoce los antecedentes y el estado de la persona por examinar y conoce también al menos los aspectos médico teóricos del examen que prescribe), cuanto sobre el profesional que la realiza (porque él mismo, nada menos que el especialista en la materia, prevé -al menos, previó en el caso- la obtención de cierta información que posibilita su reexamen de la prescripción, y porque él conoce no sólo los aspectos teóricos sino también los aspectos prácticos y las particularidades de la realización del estudio y de sus riesgos).

En tercer lugar, el profesional destinatario de la orden de realizar cierto estudio, no es mero ejecutor mecánico de esa orden: él es un profesional que puede contraer responsabilidades propias y personales por la mala praxis - strictu sensu- que puede resultar de su negligencia o torpeza.-

Entonces, también está obligado a informar sobre los riesgos que para el paciente exhibe el estudio ordenado por otro pero a realizar por él mismo.

Por todo ello, juzgo que la codemandada FLENI también debió informar a la actora sobre los riesgos de la angiografía por realizarse; al no hacerlo, se generó su responsabilidad civil por los desgraciados efectos que esa práctica tuvo sobre la iniciadora de este proceso."

En "P., R. N. c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Ejército Argentino)"¹³, se ratifica la idea de la responsabilidad de los centros sanatoriales por la falta de información al paciente por parte de sus

profesionales, no solo el médico de cabecera sino también el resto de los médicos intervinientes.

El servicio de hemodinamia del nosocomio practicó al actor una arteriografía cerebral indicada por el servicio de cardiología. Se trataba de un paciente de 54 años de edad, militar retirado, con una enfermedad arteriosclerótica con lesiones multifocales. Su afección le impedía caminar normalmente debido a fuertes dolores en sus muslos y glúteos. Tenía antecedentes de insuficiencia cardiaca. Como consecuencia del estudio, el enfermo quedó con un significativo daño neurológico, que le produjo una incapacidad considerada por los peritos del 100%.

No se consideró demostrado en autos, que durante los ocho días que transcurrieron desde la indicación y la ejecución del estudio, tiempo en que el actor permaneciera internado, alguien le advirtiera sobre los riesgos del procedimiento.

Entre los fundamentos para la condena se dijo que “un adulto tiene derecho a tomar por su propia cuenta aquellas decisiones que signifiquen adoptar un determinado plan de vida. Entre ellas figura la de elegir entre detectar una enfermedad a costa de un gran riesgo o la de evitar ese riesgo y permanecer en la ignorancia”. Se concluye que los médicos eligieron por el paciente, y ello no resultaba admisible.

Cabe aclarar que la condena se impuso al establecimiento médico y no a los profesionales, al considerar el tribunal que no podía determinarse en el caso cual era el profesional encargado de advertir al paciente.

En nuestro ordenamiento interno, el Código Civil¹⁴ revela la responsabilidad de las instituciones de salud al decir en el artículo 512 que “la culpa del deudor en el cumplimiento de las obligaciones consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.” Como podemos apreciar las instituciones de salud no pueden quedar exentas

de la obligación de informar ya que son “las personas”, en este caso jurídicas, potencialmente aptas para hacerlo en razón de sus circunstancias.

También arroja luz en este sentido el artículo 902 del citado Código, que si bien en principio aplicaría directamente a los profesionales, es extensible a la responsabilidad de las instituciones al decir: “ Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.”

INFORMACIÓN QUE DEBE REVELAR EL MÉDICO

La información que debe revelar el médico implica la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos.

Él médico tiene la obligación de informar al paciente de los posibles efectos secundarios que pueden derivar del tratamiento.

El gran problema al que se puede enfrentar el médico es que si informa absolutamente todo, es muy posible que el paciente lisa y llanamente se asuste y no quiera asumir el tratamiento médico propuesto. Esto se complica si se tiene en cuenta que hasta el tratamiento médico más simple tiene sus riesgos.

Una adecuada información debe revelar:

Nombre del facultativo que coordine el tratamiento y/o el de quien o quienes realizan las distintas practicas medicas.

- ✓ Diagnóstico (característica de la enfermedad y evolución).

-
- ✓ Tratamiento (tipo, características, objetivos, duración, beneficios, posibilidades de curación o mejoría y plan de entrevistas posteriores).
 - ✓ Consecuencias (riesgos estadísticos objetivos, efectos secundarios a corto y a largo plazo, interacciones con otras drogas, alimentos, etc., contraindicaciones, cuidados especiales que necesita el paciente, posibilidad de muerte, invalidez u otro deterioro).
 - ✓ Alternativas terapéuticas (posibilidades de éxito, riesgos y beneficios). En cuanto a estas, la Profesora Sheila A. M. Mc Lean de la Universidad de Glasgow¹⁵ comentó que “Los pacientes tiene derecho a saber que existen alternativas, y no solo eso, sino también a que se les digan cuales son los riesgos y beneficios asociados a esas alternativas”
 - ✓ Pronóstico (resultados posibles con o sin tratamiento, secuelas y/o limitaciones resultantes).
 - ✓ Medios con los que se cuenta (infraestructura)
 - ✓ Consecuencias de la no-aceptación del tratamiento.
 - ✓ Previsión de alta – si hubiera – y plan de entrevistas posteriores a esta.
 - ✓ Dejar un espacio para preguntas del paciente.

La información no solo debe incluir los riesgos materiales, sino las terapias alternativas y los peligros de no someterse al tratamiento sugerido, reforzando de ese modo la prioridad del derecho del paciente a su autodeterminación.

Apoyan esta idea diversos fallos que señalan la necesidad, no solo de informar al paciente, sino que describen la clase de datos que este necesita conocer sobre su enfermedad y tratamiento propuesto para que la decisión que tome al respecto, pueda ser un consentimiento o rechazo informado.

El fallo, ya citado en este trabajo, "G. de A. M. c/ Policlínico Central de la U.O.M. s/ ordinario" hace una acotación sobre la necesidad del consentimiento informado aún cuando el médico no ha incurrido en mala praxis.

"...aun cuando en un caso dado el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede generarse su responsabilidad por los daños si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado del paciente, esto es: sin haber informado debidamente a éste sobre la naturaleza, los alcances, la necesidad, la utilidad o beneficio y los riesgos del tratamiento o del estudio por realizar; desde este enfoque, el concepto de mala praxis incluiría no sólo a la negligencia o torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado.-"

En cuanto al grado de detalle con que debe informar el profesional a su paciente el siguiente fallo deja claro, que debe ser razonable en cuanto a las posibles consecuencias del tratamiento o intervención, aunque sean eventuales, si se trata de riesgos graves o vitales el paciente debe ser informado.

En "G., J. y otro c/ Centro Médico Chacabuco"¹⁶, la Excelentísima Cámara declara:

"En lo tocante al nivel de riesgo que debe ser comunicado, ante daños cerebrales y posterior muerte de la paciente luego de que se realizara un estudio arteriográfico con morbilidad término medio de 15%, siendo la mortalidad una eventualidad rara, según informe de la cátedra de Neurología de la Universidad Nacional de la Plata-, en otro decisorio se reconoció que el

estudio invasivo puede desencadenar un espasmo arterial o acentuarlo si ya estuviere presente y se dijo que por mas bajo riesgo que hubiera implicado la arteriografía, debió hacerse conocer al paciente tal circunstancia, lo que no consta que se hubiese realizado”.

Conforme a este fallo, los pacientes deben saber los riesgos que conlleva determinado tratamiento o determinada intervención sobre todo, si aún lejano, existe riesgo de vida, a fin de respetar su autodeterminación.

COMO DEBE SER REVELADA LA INFORMACIÓN

El paciente debe comprender la información, encontrarse libre para decidir de acuerdo con sus propios valores y ser competente para tomar la decisión.

La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción, el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente.

En “P. D. C/M. R.”¹⁷ podemos analizar un caso de cirugía estética, en el cual, respecto de cómo debe ser revelada la información, es muy interesante el voto del Dr. Fermé quien comenta que aunque no resulte expresamente establecido en la ley 17.132 y sus modificatorias, por aplicación analógica de la ley 21.541, el profesional médico debe informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes.

En cuanto a la obtención del consentimiento informado, debe partirse de la base de la ignorancia del paciente, y de ahí que, el médico no debe esperar a ser interrogado por el paciente sino que la información debe fluir de él.

El médico también debe cuidarse de manipular al paciente. Ello le resulta en principio relativamente fácil pues goza de una posición de superioridad que viene dada por sus conocimientos.

El médico proporciona información al paciente, pero con solo cargarlo de información lo que en realidad se está haciendo es abandonarlo a su propia decisión. El médico debe manifestar su opinión sobre las razones por las que se inclinaría hacia una de las posibilidades terapéuticas. Lo contrario supone abandonar al paciente en su desconocimiento.

Quienes están sometidos a tratamientos médicos, no solo deben ser informados, sino que tienen el derecho a ser escuchados y a que se les respondan cada una de sus dudas. La información brindada al interesado debe tener objetividad científica. Sin magnificar o minimizar las afecciones o las terapias a emplear.

Antes de recabar el consentimiento del paciente, el médico debe proporcionarle exhaustiva y pormenorizadamente toda la información sobre todo aquello que hace a su patología, a los riesgos que corre la intervención o inclusive un acto médico de cierta complejidad, sus efectos secundarios, ventajas y desventajas, para que luego de reflexionar sobre las eventuales alternativas terapéuticas que el médico suministre, el paciente pueda tomar una decisión informada.

Es imprescindible que el profesional se asegure que el paciente comprende la información, invitándole a que haga preguntas y tratando de hablar en un lenguaje comprensible para el enfermo, respetando su cultura.

El objetivo es que el enfermo adquiera una impresión realista sobre su propio estado y una valoración adecuada de las alternativas que se ofrecen.

CUANDO DEBE SER REVELADA LA INFORMACIÓN

El deber de información no se agota en un solo momento, por una sola información inicial, sino que se prolonga durante todo el tiempo en que persista la relación médico paciente.

El consentimiento informado es un proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario. Se trata de una actividad informativa de tracto sucesivo o ejecución continuada que no se agota por lo general en un acto único.

Según el informe de Belmont¹⁸, el proceso informado del consentimiento confía en tres principios:

- ✓ se proporciona la información adecuada (generalmente, qué una "persona razonable" desearía saber para tomar una decisión);
- ✓ los participantes comprenden la información;
- ✓ y el consentimiento se da voluntariamente.

Mientras que este proceso varía entre diversas instituciones de investigación y los centros clínicos, hay una serie de pasos que deben seguirse para poder considerar que el consentimiento que se prestará está basado en un serio proceso de información

Una reunión inicial durante la cual un miembro (o los miembros) del equipo de investigación provee al paciente el documento del consentimiento informado y le explica su contenido. El paciente puede considerar conveniente traer un miembro o de un amigo de la familia para ayudarlo a no perder de vista la información presentada. Esta información se debe dar lógicamente y en un paso cómodo, con el tiempo suficiente para que el paciente pueda considerarlo y hacer preguntas. Se le puede dar un vídeo, la cinta magnética para audio, o aún un programa de computadora interactivo para ayudarlo mejor a entender la información en el documento del consentimiento.

En los Estados Unidos si se trata de un menor, los padres participan en este proceso a su favor. Más y más con frecuencia, están pidiendo a los niños mayores de 6 años dar su "asentimiento" a la participación también. Se les solicita a los padres dar el permiso para que su niño participe en el proceso del asentimiento. Durante este proceso, se le proporciona a un niño o un adolescente una explicación, en términos concretos y apropiados para su edad, el propósito de la intervención o tratamiento, qué les pedirán hacer, y qué procedimientos experimentarán.

Hora de digerir la información. Puede ser muy difícil absorber esta información. Es importante que el paciente reciba una copia del documento de modo que pueda en su hogar, repasarlo tantas veces como lo necesite, y lo discuta con la familia, los amigos, los trabajadores sociales, lo evalúe conforme a sus creencias religiosas, su representante u otro de los consejeros en quienes él confíe.

Importancia de su comprensión. Los profesionales deben tomar algunas medidas para asegurarse de que el paciente comprende la información, a través de un cuestionario o haciéndole preguntas de modo oral, o pidiéndole que explique ciertos aspectos de la intervención en sus propias palabras.

Oportunidades de hacer preguntas. Durante la reunión inicial y en el resto de las entrevistas con el médico el paciente tiene el derecho de hacer preguntas y manifestar sus preocupaciones.

Actualizaciones de continuación en la nueva información. En el caso de tratamientos prolongados si el médico o algún miembro de su equipo profesional, descubre nueva información que podría afectar su salud, bienestar, o voluntad debe compartirla con el paciente y si es necesario pueden pedirle que firme un nuevo documento de consentimiento informado. Por supuesto, El paciente puede abandonar el tratamiento si esta nueva información le conduce a tener dudas sobre la continuación del mismo, lo que se ajustaría al principio del consentimiento informado que indica que el paciente tiene el derecho de aceptar o rechazar cualquier tipo de intervención médica.

CUANTA INFORMACIÓN DEBE SER REVELADA

La cantidad de información es inversamente proporcional a la urgencia del caso y directamente proporcional al riesgo terapéutico, o sea, cuanto mayor sea la urgencia, menor información será exigida y cuanto mayor sea el riesgo, mayor información será exigida.

El derecho primordial de todo paciente es el derecho a la autodeterminación, esto es el derecho a decidir que se hará con su cuerpo. Es por ello, que los enfermos sin remedio deben saberlo para decidir si se someten a un ultimo esfuerzo operatorio, doloroso y que se pronostica inútil.

Además el paciente debe conocer esta clase de información a fin de preparar sus ultimas voluntades de cualquier clase que ellas sean. Desde este punto de vista, el daño que se le hace al enfermo terminal ocultándole el diagnóstico es enorme. El engaño lo priva de la posibilidad de re proyectarse, sobre la base de su nuevo limite de tiempo. El médico esta obligado a darle el diagnóstico, incluso aunque el paciente no se lo pregunte. Los médicos tienen la obligación absoluta, tanto legal como ética de respetar la decisión del paciente, quien para tomarle debe ser informado de su real estado de salud. La omisión genera un enorme daño moral, al afectar seriamente el derecho personalísimo del sujeto sobre su propio proyecto existencial, al impedirle replantearlo.

El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros"¹⁹, establece un antecedente del alcance de la información que deben revelar los médicos a sus pacientes, a fin de que estos puedan tomar una decisión en función de un cuadro completo de la situación y no con conocimiento parcial de la misma.

A raíz de un accidente callejero el Sr. Dezeo sufrió una fractura expuesta en su pierna. Por ello fue trasladado a un sanatorio cercano a efectos de su curación.

La clínica privada en cuestión, no tenía convenio con la obra social de Dezeo quien era un albañil jubilado. Los médicos intervinientes informaron a Dezeo que no contaba con cobertura y que por ende iba a tener que pagar de su bolsillo el costo de la atención médica.

Frente a ese cuadro Dezeo decidió trasladarse a un hospital público. A todo esto, había transcurrido tiempo desde el accidente y la herida presentaba infecciones que no habían sido tratadas. En definitiva y debido a la infección, la pierna debió ser amputada.

Los médicos de la clínica privada y ésta fueron demandados y en su defensa alegaron la negativa del paciente a ser atendido en ella.

El tribunal hizo caso omiso de dicha excusa considerando que el actor no fue informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la "toilette quirúrgica", que sólo le advirtieron en cambio, la inexistencia de cobertura en el establecimiento, de su obra social, y que fue la imposibilidad de afrontar el alto costo de dicha intervención, lo que motivó su pedido de traslado.

Concluyó el tribunal de segunda instancia que en las expresadas condiciones, la excusa basada en la falta de consentimiento del paciente no puede ser acogida, en tanto no constituyó la expresión de la libre voluntad del sujeto.

En otras palabras, el consentimiento del paciente para no ser atendido en esa clínica no fue un consentimiento informado, pues Dezeo sólo fue puesto al tanto respecto del tema económico, más no del riesgo que su pierna presentaba y la necesidad de una urgente desinfección y tratamiento.

Llegados los autos a la Corte Bonaerense, y en lo relativo al tema del consentimiento, al Alto Tribunal consideró que la excusa dada por la clínica respecto a la negativa del paciente a ser atendido en sus instalaciones resultaba inatendible.

La cuestión era que si el paciente hubiera sido atendido de urgencia y se hubiera realizado una limpieza quirúrgica de la herida, seguramente o probablemente la infección no hubiera avanzado y de esta manera no hubiera sido necesaria la amputación del miembro.

Recordemos que la clínica privada donde -por la cercanía- el paciente fue llevado de urgencia alegó que no lo atendió en salvaguarda del derecho personalísimo e invulnerable del damnificado de elegir el lugar donde ser asistido.

La Corte juzgó que la única opción que se presentó al herido fue la de ser atendido con la correspondiente premura pero sin el amparo de su obra social o elegir ser trasladado al establecimiento más cercano, oficial y gratuito. Por el contrario, se encontró probado que al paciente no se lo anotició del riesgo de infección ni de la extrema urgencia de atender su lesión.

El máximo Tribunal Bonaerense se pregunta si conforma una conducta antijurídica la negativa del médico a brindar la asistencia en ese caso (cuyas pautas, por la misión social y de compromiso con el interés público que distingue a la profesión, trascienden el ámbito contractual) a un enfermo portador de una lesión de extrema gravedad, por no poder ésta pagarle sus servicios, como en el sub judice ocurrió.

"Obvio resulta a mi juicio que la respuesta ha de ser afirmativa por que continuando con la opinión de Mosset Iturraspe, estimo nos hallamos, atento la denegación de los cuidados médicos, no sólo frente a una notoria falta ética, sino a un comportamiento pasivo abusivo sancionado por el artículo 1071 del Código Civil, particularmente grave (artículo 902 Código Civil), que contraría el ejercicio regular del derecho de abstenerse, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que ha de generar responsabilidad civil fuera de un contrato, y precisamente por tratarse de una negativa injustificada de contratar con el paciente. Es por tanto una responsabilidad por acto ilícito (artículo 1109 Código Civil), por abuso del derecho de no contratar, siendo por otra parte, este último precepto citado, el que sustenta el resarcimiento por daño".

En “S. De G., E. C/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”²⁰, se sostuvo que el deber de advertir al paciente los riesgos por el tratamiento preconizado – deber cuya infracción hace incurrir en principio en responsabilidad al médico asistente -, no puede alcanzar las intervenciones y operaciones sin mayor trascendencia, máxime cuando la terapéutica aconsejada no comporta poner en peligro la vida del enfermo”

En el caso, “P. D. C/M. R.”²¹ la actora por sufrir excesiva adiposidad, se sometió a un acto quirúrgico de abdomen a efectos de mejorar su silueta, dejándosele un “costurón rojizo y sobresaliente”, que estéticamente tenía pero apariencia que la adiposidad anterior. Se considero que la revelación debe ser más amplia y estricta en este tipo de tratamiento no terapéutico y se condeno al profesional tratante a indemnizar a la paciente pese a que las secuelas estaban constituidas por riesgos propios del procedimiento, por no haber sido revelados con anticipación a la paciente.

En lo referente al deber de información a cargo del médico dijo el Dr. Ojea Quintana en su voto que es obligación del profesional médico advertir al paciente sobre los riesgos propios de los tratamientos a efectuarse y aunque tal requisito debe cumplirse de acuerdo a las circunstancias de cada caso, no es dudoso que resulta inexcusable en intervenciones quirúrgicas de naturaleza plástica, dada su importancia y finalidad puramente estética y no terapéutica.

A este respecto, el Dr. Fermé en su voto agregó que el deber de información por parte del profesional médico adquiere particular relevancia cuando se trata de cirugías estéticas con fines de embellecimiento, debiendo satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada, en atención a los fines cosméticos y no curativos del cometido.

En el fallo al caso “P. De T. P., A. M. C/O.A., J.”²² la actora había sido sometida a un “lifting” que tuvo como consecuencia la parálisis del músculo frontal y superciliar derechos que los médicos forenses estimaron implicaba un 50% de pérdida de las unidades motoras.

Se dijo que no se había cumplido con el deber de información impuesto a los facultativos, que de hecho adquiere particular relevancia cuando se trata de cirugías estéticas con fines de embellecimiento en las que este debe satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada, atendiendo a los fines cosméticos y no curativos del cometido.

El tribunal expresó que las obligaciones de información, aun cuando no estaba expresamente mencionada entre las que establece la ley 17.132, aparece, en cambio, contemplada por la ley 21.541 sobre trasplantes de órganos (entonces vigente), cuyo artículo 11 impone a los facultativos informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación o implante según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes. Considero asimismo que esta norma era de aplicación analógica a otros tipos de cirugía (artículo 16 Código Civil) y que cuanto más peligrosa fuera la intervención del profesional, tanto más era necesaria la advertencia por parte del médico, quien podía llegar a ser responsable en la medida en que callare o atenuare los riesgos de aquella.

En el caso “G. de G., O. Del V. Y otros c/J., R.H. y otros”²³, se sostuvo: “La información al paciente de riesgos por estudios debe ser prudente, apropiada, no debe perturbar mencionando peligros lejanos, pues de ese modo lo que se lograría sería el temor innecesario y una mala predisposición gratuita. La información debe circunscribirse a los datos ciertos y riesgos probables”.

Ahora bien, esto no significa que el galeno debe proporcionar a su paciente todo detallé de la intervención o tratamiento al que será sometido, mientras que la información que se omite sea de mero procedimiento y no configure esencial para la decisión del paciente respecto de aceptarla o rechazarla como queda manifiesto en el caso “C. H. A. c/ Instituto Sacre Coeur SA y otros s/ daños y perjuicios”²⁴, donde la Cámara resolvió que la explicación diplomática brindada al paciente no vulneraba su consentimiento informado, ni

configura engaño o desinformación, por lo que desestimó la responsabilidad médica pretendida por la parte actora.

Por un episodio neurológico que le provocó una incapacidad parcial del 40%, producido como consecuencia y durante la realización de una cinearteriografografía autorizada por su pre-paga, realizado en un establecimiento asistencial, y a cargo de un equipo de galenos, el peticionario víctima los demandó por el resarcimiento de tal dolencia.

La parte actora decía que a pesar de no estar en presencia de ausencia de obtención de consentimiento firmado, porque tal documento lo demuestra, y sino que la información fue deficiente.

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Bellucci dijo:

"Que se tratara de no perturbar al paciente, o que no se le produjera temor innecesario, no es desinformarlo, tanto menos, si a renglón seguido se expresó que los profesionales intervinientes le brindaron explicación, entre otras circunstancias, de los eventuales riesgos a correr, en concordante mención de la que aparece en aquel documento que suscribió el propio quejoso. La forma y diplomacia con que se ilustra a un paciente, no se equipara a engaño o desinforme."

A QUIEN DEBE SER REVELADA LA INFORMACIÓN

Antes el médico decidía como proceder y cargaba con toda la responsabilidad, con el paso del tiempo la relación médico paciente se ha ido convirtiendo cada vez más en una especie de consorcio en el que el médico y el paciente tienen exactamente los mismo derechos.²⁵

El derecho a la salud es un derecho personalísimo, por lo que el paciente que es competente para decidir es quien debe recibir la información para poder otorgar un consentimiento informado a determinada intervención o tratamiento conforme a aquel derecho.

En el caso "Favilla, Humberto c/ Piñeyro, José y otro"²⁶, la Cámara sostuvo que en una primera etapa, es decir, antes de decidir la realización de un tratamiento o una intervención deberá efectuar todos los estudios e investigaciones necesarias para llegar a un diagnóstico cierto. Debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos. Hay que tener presente que su consentimiento es indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, por ejemplo, una mutilación, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico.

Es de fundamental importancia el dictamen del Asesor de Menores Dr. Alejandro Molina, quien había sostenido que "... todo lo relativo a la información al paciente, a su autorización para determinados tratamientos y a la aceptación de muchos resultados inesperados, tiene su fuente mediata en la pretensión de vasallaje que se mantiene en el ánimo del médico que dispone sobre el enfermo sin adecuada información de éste. Al día de hoy esta información, este derecho a la información, hace a la esencia del contrato de asistencia médica porque la salud es un derecho personalísimo relativamente indisponible cuyo titular es el único legitimado para aceptar determinadas terapias, especialmente cuando ponen en serio riesgo la vida, importan mutilaciones u otros resultados dañosos..."

CAPITULO IV

CAPACIDAD PARA CONSENTIR

CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA CONSENTIR POR SÍ

En materia de capacidad, las soluciones son opuestas, según se considere que el otorgamiento del consentimiento informado constituya o no un acto jurídico. Analizaré estos dos supuestos, además de agregar una reseña de la doctrina anglosajona en materia de capacidad para otorgar el consentimiento informado denominada “*competence*” o competencia del paciente, el cual se relaciona con el segundo supuesto.

CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ACTO JURÍDICO

Si el acto de dar el consentimiento informado por parte del paciente constituye el acto jurídico, el mismo debe ser adulto y sano mentalmente para otorgarlo y solo podría ser dado por otro con representación suficiente.

Al analizar la capacidad desde el punto de vista de la capacidad de derecho, en vista de que todos podemos llegar a ser pacientes, nadie puede ser incapaz de derecho con relación a la posibilidad de dar consentimiento para un tratamiento médico. Esto es así, ya que la incapacidad de derecho instituida en beneficio de terceros, no puede ser excluida en materia de consentimiento informado, ya que en principio, nadie puede ser privado del derecho de decidir que se hará con su propio cuerpo y a recibir tratamiento médico para mejorar de sus dolencias físicas.

Ahora bien, respecto de la capacidad o incapacidad de hecho, el médico debe interesarse en esta capacidad de ejercer el paciente sus derechos de los que es titular. No se trata de una cuestión fáctica, sino que debe existir una causal jurídica relevante que impida la plena capacidad, que para personas

mayores es, en principio, una declaración judicial. La capacidad es la regla y no existen otras incapacidades que las declaradas por la ley.

El paciente podrá contar con un representante que consentirá la realización o no de la intervención o procedimiento en su nombre de acuerdo a la voluntad que le haya manifestado previamente para que el representante las exprese.

Analizaremos conforme a nuestro Código Civil las incapacidades que este determina.

- ✓ Personas por Nacer: La regla para estas personas es la incapacidad absoluta de hecho, debido a la imposibilidad fáctica de que los no nacidos ejerzan derechos por sí mismos. Como consecuencia el consentimiento informado no queda excluido de esta regla.
- ✓ Menos impúber (menores que no han alcanzado la edad de 14 años): En principio su incapacidad de hecho es absoluta. Aunque tienen aptitud para ejercer ciertos derechos determinados por la ley, nuestro ordenamiento no dice nada sobre el consentimiento informado, razón por la cual deberá ser requerido a sus representantes legales.
- ✓ Demente: Si se considera que se está frente a un acto jurídico, solo ante la demostración de la existencia de una interdicción declarada judicialmente, o cuando la falta de lucidez sea evidente, el médico deberá requerir el consentimiento del representante legal del insano, es decir, su curador.
- ✓ Sordomudo que no sabe darse a entender por escrito: comprobada tal condición, será una vez más el representante legal del incapaz, su curador, el llamado a prestar el consentimiento.

-
- ✓ Menor adulto (mayores de 14 años y menores de 21 años): El límite de 21 años puede parecer demasiado elevado para estar en condiciones de decidir que se hará con su cuerpo o elegir un tratamiento médico, tomando en cuenta que ya a los 18 años puede disponer de sus bienes o donar sus órganos. No obstante, si consideramos que otorgar el consentimiento informado es un acto jurídico nuestro ordenamiento no revela nada en este sentido, por lo que regiría la regla general de la necesidad de un representante del incapaz. Pese a ello, la existencia de una serie de dispositivos legales vinculados a temas médicos, que podrían aplicarse por analogía, es dable pensar en una plena capacidad para actos médicos a los 18 años. Algunos ejemplos son:

Ley de Sangre 22.990 que admite la donación sin autorización de los padres o representantes legales a partir de los 18 años.

La ley 11.044 de la Provincia de Buenos Aires, sobre normas de investigación en salud, estipula que quien tuviera los 18 años cumplidos, es capaz de incluirse en el grupo de personas aptas para investigación.

La ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires establece que toda persona mayor de 18 años puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos.

- ✓ Inhabilitado: Estos sujetos son capaces para casi todos los actos, pero para la realización de ciertos actos especialmente riesgosos, requerirán de una asistencia. Entendemos que estos individuos son capaces para prestar su consentimiento a un procedimiento médico, salvo que la sentencia que ordena la inhabilitación disponga lo contrario. En este último caso, tanto el inhabilitado

como la persona que ejerza la asistencia serán escuchados al momento de requerirse al asentimiento.

CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ACTO LÍCITO NO NEGOCIAL

Conforme a este segundo criterio, *existe capacidad para decidir por sí* cuando hay aptitud para darse cuenta de la propia situación y de las expectativas razonables y para comprender la información relevante; hay aptitud para deliberar sobre las opciones que se ofrecen, de acuerdo con objetivos personales y con los valores propios; tiene capacidad para comunicarse con los profesionales.

La capacidad o incapacidad consistente en la posibilidad de decidir por sí mismo someterse a un tratamiento por parte de un enfermo debe mirarse en forma especialísima, ya que no se trata de la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino de la posibilidad de expresión de su voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, de la facultad de comparar las ventajas alternativas, además de la posibilidad para sobreponerse al miedo, a la angustia y al nerviosismo que conlleva una situación de esta índole.

Debe atenderse mas bien a razones de aptitud psicológica, a que el sujeto pueda o no ejercer personalmente su derecho a otorgar un consentimiento informado luego de la adecuada revelación de lo que necesita saber para decidir. En tanto, si se piensa que se esta ante un acto jurídico, no se trata solo de una cuestión fáctica sino que debe existir una causal jurídicamente relevante que impida la plena capacidad, por el contrario, si se considera que se está ante una declaración de voluntad no negocial, ante un mero acto licito la cuestión no se refiere ya a una incapacidad legal sino a una imposibilidad fáctica, la que fácilmente puede darse en el caso de enfermedad física o psíquica, momentos en que existe cierta debilidad, poca disposición

para entender o recibir una explicación, en que el paciente esta bajo el efecto de calmantes o excepcionalmente nervioso o irritable o dolorido.

Se ha aceptado que en cuanto a la celebración del contrato médico rigen las normas del código civil sobre la capacidad por tratarse de un acto jurídico propiamente dicho y en cambio, el consentimiento del paciente, por su carácter no negocial, es una manifestación de la voluntad para la cual es suficiente el discernimiento, que de acuerdo al artículo 921 del Código Civil se adquiere a los 14 años.

En este sentido, algunos autores distinguen entre capacidad y competencia:

- ✓ Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por eso, y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad.
- ✓ Competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos. No se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuales son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar.

La noción de consentimiento informado esta unida a la noción de discernimiento y, consecuentemente, al de competencia.

Así, debe contemplarse, el supuesto de personas de cierta edad, que no han sido declaradas ni son pasibles de ser declaradas como incapaces, pero no pueden expresar su voluntad informada al tiempo del acto médico sin la ayuda de un familiar; además, debe tenerse en cuenta a los menores, por lo

menos a los menores adultos u otras personas relativamente incapaces desde el punto de vista legal, quienes pueden y deben considerarse capaces de aceptar y consentir ciertos tratamientos, fundamentalmente los referidos a cuestiones que su pudor o temor impide, y ellos expresamente prohíben, que les sean reveladas a sus progenitores, curadores o asistentes, en atención a la índole de la dolencia (por ejemplo, enfermedades venéreas, adicciones, etc.) cuando ellos comprenden perfectamente todo lo relativo a los alcances de la práctica propuesta y que la sola mención de la necesidad de otra autorización impediría tratar.

Debe informarse al incapaz aunque jurídicamente sea tal, cuando tenga suficiente juicio y voluntad para consentir el procedimiento; en definitiva, una persona esta en condiciones de consentir un tratamiento médico a menos que sea incapaz de tomar una decisión relativa al tratamiento propuesto.

Debe atenderse para ello al momento previo, o inclusive al momento mismo de la practica o procedimiento, por ejemplo si el paciente esta medicado o bajo el efecto de sedantes o atravesando una crisis nerviosa, si puede oír bien cuando se le hace la revelación oralmente, si puede leer bien cuando se le hacen explicaciones escritas; es decir, que debe estarse a su concreta aptitud para poder consentir, pues luego el paciente podrá alegar que su consentimiento se logro cuando era incapaz de entender acabadamente el alcance del tratamiento.

Si bien es difícil trazar una línea para determinar el umbral en que un enfermo es capaz o incapaz de tomar una decisión médica, el criterio para considerar a un paciente competente o incompetente debe estar regido por los valores rectores de la doctrina del consentimiento informado, es decir, la autonomía individual en primer lugar y recién en segundo lugar la razonabilidad de la decisión, mientras muestra adecuado respeto por la salud del paciente.

Aunque una ultima determinación siempre quedara en manos de los tribunales de ser necesario, la costumbre y la practica hacen que sea el médico

tratante que decida acerca de la aptitud. Por otra parte, los facultativos, serían quienes hagan una primera evaluación acerca de la capacidad del enfermo para consentir el tratamiento, desde que la posibilidad de aceptar o no lo que diga el paciente estará a su cargo.

Las primeras pautas para establecer la incapacidad específica se centran en el comportamiento del paciente dentro del contexto de la toma de decisiones.

Es primordial la mera presencia de una mera decisión del paciente; es decir que el paciente que elija un tratamiento u otro o ninguno, puede en principio puede ser considerado capaz, independientemente de la naturaleza de su elección. Por el contrario, un paciente que no puede llegar a decidir debe ser tenido por incapaz. No se indaga sobre las razones que le impiden decidir, sino que la sola omisión de manifestarse es determinante de incompetencia.

Que los pacientes que no expresen decisión alguna deban ser considerados incapaces, no conlleva la proposición opuesta, o sea que todo enfermo que manifieste una elección deba ser tomado siempre por capaz. Si se aceptara suficiente la habilidad para manifestarse, las personas que no tuvieran capacidad de comprender lo que están decidiendo pero se opusieran al tratamiento, podrían frustrar el suministro del mismo pese a ser altamente beneficioso y relativamente libre de riesgos.

De ahí se deduce que debe verse la capacidad como la aptitud del paciente para entender la información requerida por la doctrina del consentimiento informado. Un paciente que no sabe, que no aprecia y que no comprende los elementos de la revelación, podría ser considerado incapaz, independientemente del procedimiento por el que se haya decidido o la naturaleza de la decisión misma.

Para ser capaz, el paciente debe de haber entendido la base fáctica para la decisión; y contrariamente, la imposibilidad de aprender la información esencial lo tornaría incapaz. Sin embargo, siempre surgirá el problema de cual

es el nivel de entendimiento que se requiere, los valores que toma en cuenta quien hace esta evaluación, la selección de los datos de la revelación a hacerse o efectuada, la consideración de que hechos son o no relevantes; inclusive, habrá de tenerse en cuenta cual es el nivel de comprensión que se espera del paciente, siendo que el de una persona razonable debe considerarse suficiente.

Una forma más compleja de llegar a una conclusión se basa en la naturaleza del procedimiento o de toma de decisiones del paciente. Después de darle los elementos y asumir que entiende la información, se trata de averiguar el modo en que el enfermo toma la decisión, examinándose si hace un manejo racional de los datos y si llega a razonar las implicancias de su decisión.

Debe entonces verse que si el paciente aplica un calculo utilitario contrapesando ventajas y riesgos del tratamiento, si ha tomado en cuenta todos los elementos de la revelación o si por el contrario, alucinaciones o su imaginación le impiden ver claro.

También se puede observar, cual es el peso o el valor relativo que el paciente da a cada uno de los elementos de la información, Un paciente que ofrece argumentos poco razonables para consentir o rehusar el tratamiento, también puede ser tomado por incapaz.

Otro criterio sería el de enfocar la naturaleza y no como el paciente llega a su conclusión. Por ejemplo, un paciente que elige no tratarse en vez de tratarse; o que elige un tratamiento riesgoso frente a otro menos riesgoso podría ser considerado incapaz.

Pero tiene en contra la dificultad de enumerar objetivamente el rango de los riesgos y peligros diversos. Por ejemplo, que es más riesgoso ¿la parálisis o la ceguera?. La respuesta depende de las circunstancias, convirtiendo a la decisión en totalmente subjetiva. Además, cada tratamiento tienen mas de un

riesgo asociado, entonces el paciente debe pensar la combinación de riesgos y beneficios, complicando cualquier clase de categorización.

Como no hay un requerimiento formal acerca de la incapacidad, algo debe desencadenar tal declaración por parte de los médicos tratantes; y generalmente, el desencadenante será la posición ante el tratamiento recomendado, aunque es claro que el rehusar el tratamiento no es lo mismo que falta de capacidad para decidir sobre el tratamiento.

No ha quedado definido desde el punto de vista práctico; si la determinación de incapacidad ha de hacerse por los tribunales o puede definirse en el ámbito médico exclusivamente, sin participación judicial. Hay larga tradición entre los médicos en cuanto a descansar en los miembros de la familia, en lugar de los pacientes considerados incapaces de hacerlo por sí mismos. La práctica de obtener consentimiento de la familia es tan conocida, que cualquier individuo que desee que aquello no le ocurra, debe dejarlo asentado en forma de preaviso.

En definitiva, la determinación de que un enfermo es incapaz se hace frecuentemente a diario por los médicos con una visión general y prima facie. Ello se hace, inclusive, sin que los participantes lo advierta explícitamente, siendo excesivamente formal denominarlo determinación. Es muy común que el médico abiertamente converse las cuestiones referidas a la toma de decisión con la familia y no con el enfermo.

CAPACIDAD PARA CONSENTIR POR OTRA PERSONA / REPRESENTACIÓN LEGAL

En caso de considerarse el otorgamiento del consentimiento informado un acto jurídico, se ha entendido, que tratándose de un incapaz, la persona encargada de suplir su voluntad es el representante legal instituido expresamente en virtud de una previsión normativa, aceptándose sin embargo que, en su defecto, por el consentimiento los parientes con deberes

alimentarios y de asistencia que atienden y se ocupan del enfermo, por investir estos la calidad de representantes legales tácitamente autorizados por el artículo 1870, inciso 4º del Código Civil.

Pero en el caso de que la incapacidad se deba a la privación transitoria de la razón y careciendo de representante legal, las personas habilitadas para prestar el consentimiento serán los parientes.

En caso de tratarse el otorgamiento del consentimiento informado un mero acto negocial entendemos que cuando se ha verificado la existencia de una incapacidad que obliga al profesional a requerir el consentimiento de otro por imposibilidad del paciente, este debe ser pedido en principio, al padre, la madre, el cónyuge, el tutor, el curador, el hermano, el hijo, el pariente, la concubina, el amigo o aquel que acompañe y este al lado del paciente al tiempo de la atención medica. Y no nos referimos a una incapacidad y consiguiente representación legal, sino a una imposibilidad y consiguiente representación fáctica.

No parece adecuado establecer ni una pauta de capacidad ni un orden rígido para ello, por cuanto en la practica, la asistencia y preocupación constante de un familiar por la salud de un paciente podría justificar que sea el llamado a asentir, aunque hicieran personas de parentesco más cercano.

En consentimiento informado por otro debe ser considerado con un sentido amplio, favorable a la realización del procedimiento cuando fuere adecuado desde el punto de vista terapéutico, teniéndose en cuenta las particularidades del caso. Solo de esta manera podrán brindarse soluciones equitativas en supuestos de discordia entre las decisiones de los parientes (por ejemplo desacuerdo entre el padre y la madre del menor); o en casos en que los parientes más lejanos o personas que no guardan relación de parentesco con el paciente (por ejemplo la concubina, un gran amigo, etc.) se ocupan del enfermo como no lo hacen los verdaderos representantes legales o parientes; o en casos de menores adultos que acuden solos al medico y no desean que sus padres intervengan, especialmente con relación a la índole de la dolencia.

Es evidente que el médico, apunto de efectuar un procedimiento o tratamiento, no puede ni debe, ni se espera del, que este mirando partidas o poderes o certificaciones a efectos de estar en condiciones de decidir si empieza el tratamiento. Para ello, el médico requeriría asesoramiento sobre parentescos, capacidad e incapacidad, mandato, prioridades o preferencias legales, etc. Sería necesario darle al medico la posibilidad previa de su propio consentimiento informado jurídico.

Además, en los supuestos en que el profesional o la institución tengan dudas acerca de la facultad del representante para suplir la voluntad del paciente, en lugar de aceptar que lo otorgue aquel a quien ve siempre, quien está continuamente al lado del enfermo en el consultorio o nosocomio, ¿deberían solicitar la venia judicial supletoria o una declaración de certeza? ¿Estarían dispuestos a una acción de nulidad?

Parece razonable que un consentimiento dado por un tercero ajeno al medico, el otorgado por quien ostensiblemente esta junto al paciente a quien se le hace la suficiente revelación del estado del enfermo, será bastante para cubrir la responsabilidad profesional en materia de consentimiento informado, no pudiendo reclamar por ello un pariente, representante, etc. Que pudiera tener mas cercanía jurídica con el sometido, pero que se encontraba ausente en los momentos en que las decisiones debían tomarse; la dilación en aparecer de ciertos parientes, siendo el consentimiento inmediatamente necesario, en atención al tiempo que su obtención insuma pueda poner en riesgo la vida del enfermo, no es oponible al médico ni a la institución sanatorial; y si existe disidencia entre varios familiares, no es el médico el que tiene que dilucidar el conflicto, sino que deben solucionarlo entre ellos, pudiendo cualquiera de los interesados acudir al juez para impedir el tratamiento eventualmente autorizado por otro, no siendo el profesional de la salud, en el estado actual de nuestro derecho y de nuestras costumbres, quien deba ir al estrado a efectos de iniciar un procedimiento judicial cada vez que vaya a efectuar un procedimiento médico.

Sin embargo, la liberalidad que consignamos no significa que pueda ni deba el médico estar buscando a diversos parientes y amigos, hasta que consiga uno que de el sí para justificar haber realizado la práctica. La inexistencia de un orden rígido no significa que se alo mismo cualquier autorización, con tal de que exista alguna. La presencia en el lugar y expresión de voluntad negativa al tratamiento, por parte de quien normalmente pueda ser considerado representante legal, será suficiente para impedirlo sin que deba irse mas allá. Es una cuestión de hecho y circunstancias la que permitirá decidir y dar la respuesta del caso, mas debe interpretarse con criterio amplio, siempre que el profesional haya actuado con buena fe.

Seria evidentemente admisible y hasta conveniente que el enfermo dejara constancia escrita de quienes son las personas a quienes autoriza favorablemente para otorgar el consentimiento en su lugar o que, por el contrario, no pueden consentir por él, es decir que califique o descalifique a ciertas personas para otorgar el consentimiento en caso de que no pueda llegar a darlo por si mismo y el medico debe respetar su voluntad en tal sentido.

Más adelante, trataré este aspecto en particular en cuanto a como los pacientes pueden dejar determinada con antelación su voluntad respecto de determinados tratamientos.

DOCTRINA ANGLOSAJONA DE LA "COMPETENCE"

Esta doctrina que se relaciona estrechamente con el segundo supuesto de capacidad ha surgido en el derecho anglosajón como el parámetro para determinar si el paciente está o no en condiciones de otorgar su consentimiento a determinada práctica médica.

Un paciente debe ser competente para dar consentimiento voluntario e informado²⁷. En la práctica clínica, la competencia se compara a menudo con capacidad. La capacidad de la toma de decisión se refiere a la capacidad de un paciente de tomar decisiones sobre si va a aceptar las recomendaciones del cuidado médico. Para tener capacidad adecuada para la toma de una decisión,

un paciente debe entender las opciones, las consecuencias asociadas a las varias opciones, y los costos y las ventajas de estas consecuencias relacionándolas con los valores y las prioridades personales.

Los médicos enfrentan regularmente las cuestiones legales difíciles que se presentan dentro de la relación del médico-paciente. Identificar²⁸ los criterios para determinar si un individuo es competente es una tarea difícil, pero existen algunos indicadores los que incluyen si la persona puede comunicar opciones, entender y determinar la información que le ha sido dada, y apreciar las consecuencias de una decisión.

Una definición legal de la capacidad proporciona poca dirección para un clínico que se enfrenta al hecho de que un paciente se le deterioren las facultades. ¿Qué estándares deben aplicarse a una determinación de la capacidad? ¿Debe el médico seguir una directriz anticipada ejecutada por un paciente en un momento en que sus o sus facultades mentales pudieron haber sido deterioradas? ¿Qué nivel de la debilitación imposibilitará la capacidad del paciente de proporcionar un consentimiento informado? ¿Cuándo debe una corte determinar la capacidad del paciente? La doctrina de la “competence” puede asistir al médico que hace frente a este dilema.

Un adulto competente puede tomar sus propias decisiones respecto de su tratamiento incluyendo la denegación de aquel que sostiene su vida²⁹. Un adulto competente entiende la naturaleza y seriedad de la condición médica, del propósito del tratamiento médico recomendado, y de los riesgos y de las ventajas de consentir o de rechazar ese tratamiento. Un adulto competente puede contestar a preguntas sobre su condición o tratamiento, y demuestra un proceso racional del pensamiento.

La capacidad³⁰ de la toma de decisión se refiere a la idea de que un paciente tiene la capacidad de entender el tratamiento propuesto y sus alternativas, incluyendo los riesgos y las ventajas, y puede elegir de manera si seguir o no un determinado el tratamiento.

Un paciente debe ser presumido competente a menos que haya indicaciones de lo contrario. Mientras que no se requiere ninguna prueba o medida específica, el médico que atiende es responsable de determinar capacidad. El comportamiento, la condición clínica y la interacción del paciente con su familia y amigos, son del todo relevantes. Una evaluación psiquiátrica no es necesaria, pero el médico puede considerarla en algún caso extremo.

La sustancia de discusiones con el paciente y la familia, las consultas, y la otra información relevante se debe registrar en la historia clínica. La conclusión del médico con respecto a la capacidad del paciente, o la carencia de eso, se debe también documentar en la historia clínica o en el documento en el que se otorga el consentimiento.

Generalmente, la determinación de una corte de la capacidad no se requiere, si el médico puede determinar adecuadamente las funciones mentales del paciente. En caso de efectuarse, la petición se debe basar en los resultados del médico que sugieren un déficit en vigilancia y la atención, la inhabilidad de procesar la información, procesos irracionales del pensamiento o inhabilidad de modular el humor.

Un adulto competente debe poder procesar la suficiente información para tomar una decisión inteligente sobre cuidado recomendado, incluyendo la continuación o el cese del tratamiento que sostiene su vida.

El médico debe divulgar toda la información "material", es decir, la información que sería mirada como necesaria o provechosa por una persona razonable que se hallare en una situación similar. Tal acceso incluye una descripción de las medidas recomendadas, potenciales riesgos adversos, complicaciones, y ventajas.

También, el médico debe explicar la probabilidad de las alternativas de éxito y de fracaso del tratamiento propuesto, incluyendo la opción de ningún tratamiento. Generalmente, no es necesario divulgar los riesgos o las consecuencias de menor importancia que están alejados en un marco

inverosímil. La sustancia del diálogo entre el médico y el paciente se debe documentar en la historia clínica, como evidencia indirecta que informó previamente a la obtención del consentimiento.

La determinación de capacidad para proporcionar un consentimiento informado es un requisito inicial para la toma de decisión de riesgo de vida. Una revisión retrospectiva de la conducta del médico y el ejercicio del juicio profesional se centrarán a menudo en el expediente escrito, que lleva más peso que el actual recuerdo del médico de últimos acontecimientos. La documentación apropiada de discusiones y de resultados, con respecto a la capacidad de un paciente y la capacidad para tomar decisiones de riesgo de vida, es la manera más segura de evitar o de reducir al mínimo la exposición a la responsabilidad de la negligencia.

CAPITULO V

FORMA Y PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO

FORMALIDAD DEL CONSENTIMIENTO

De fundamental importancia resulta registrar el consentimiento informado en algún documento escrito que en el futuro puede ser presentado como prueba en juicio

CONSENTIMIENTO TÁCITO O IMPLÍCITO

Como regla general, ante una situación de urgencia un médico puede proceder al tratamiento sin autorización del paciente, considerándose que el consentimiento esta implícito. Esta regla se funda en que si, ante la urgencia y de poder prestarlo, las personas razonables darían el permiso, se presume que, bajo las mismas circunstancias, el paciente en particular habría consentido.

La noción de urgencia no esta del todo delimitada, aunque se admite que cierto sentido común, permite esclarecer que significa urgencia dentro del contexto médico.

Partiendo de que el consentimiento informado queda sin efecto ante la urgencia cabe considerar que se presenta tal situación cuando el tiempo que demandaría efectuar la revelación y obtener el consentimiento se volvería en contra de los intereses del propio paciente. La inminente necesidad del tratamiento determina si una situación en particular debe calificarse como una urgencia, dependiendo el grado de urgencia de las consecuencias de la demora o falta de tratamiento.

El espectro de consecuencias puede ser multifacético, desde la muerte del paciente hasta una leve secuela económica o emocional sobre sus parientes.

En la práctica deben ponerse límites a la determinación de cuáles serían las situaciones de urgencia, para que esta excepción no se convierta en regla; por ello, el peligro para el paciente debe ser inmediato y el procedimiento no debe poderse posponer. Pero no existe una regla clara para saber exactamente cuando una situación es suficientemente imperiosa.

Existen también situaciones en que no hay tiempo para hacer una revelación completa, pero en las cuales es posible una explicación abreviada; o en que por lo menos se podrían mencionar rápidamente las probabilidades de éxito y las consecuencias del eventual fracaso, con lo que por lo menos se conseguiría el consentimiento del paciente. Y habrá otros momentos de tal perentoriedad que no admitan la mínima información o ni siquiera, el consentimiento.

De hecho, se aplica la “doctrina de la urgencia”, en forma casuística. Se considera que solo la historia clínica del paciente y las particulares circunstancias del caso son las que indican la existencia o no de tal coyuntura. En este aspecto se deja espacio para el ejercicio de la discrecionalidad judicial, que resolverá “ex post facto” si se daban o no las condiciones de la excepción.

Por supuesto, no se encuadraría en un supuesto de consentimiento implícito o tácito el no otorgado por aquel paciente que hubiere dejado expresamente determinada su voluntad respecto a ciertos tratamientos, intervenciones o prácticas médicas, tuviere debidamente en su poder y de modo accesible para quienes lo están asistiendo un comprobante o indicativo de su voluntad previa. Sobre este punto me explayaré en cuanto a los documentos médicos de esta naturaleza bajo el tema que trata la instrumentación del consentimiento informado.

PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO

La prueba será mas difícil cuanto menos formal sea la expresión del consentimiento, si el médico no adopta la exteriorización expresa, en el mejor de los casos escrita, podrá luego tener serias dificultades de prueba.

La formalidad escrita permite presumir que hubo elección razonada e independiente por parte del paciente, lo que protege al galeno de futuros juicios de mala praxis y prueba que este respetó la voluntad informada de su paciente.

Se ha sostenido³¹, desde siempre, que lo que no está registrado en la historia clínica no existe en el universo jurídico de lo fehacientemente comprobable. Los registros insertos en la historia clínica gozan, *prima facie*, de una presunción de veracidad, hasta la prueba en contrario; la historia clínica prueba tanto a favor de quien la ofrece, por lo que dice y registra, como en contra, por lo que no dice ni registra.

Cuando algo que debe constar registrado y contenido en la historia clínica, no lo está, surge el derecho a pensar que dicho documento o acto médico no existe o no se llevó a cabo. A contrario sensu, la presencia de un documento o de una anotación médica crearía, como regla general, una presunción –*juris tantum*- de certeza en cuanto a la existencia o realización del acto médico en cuestión.

Siendo ello así, si el paciente afirma que su consentimiento informado nunca fue ni requerido ni otorgado, ofrece como prueba documental la historia clínica de su caso, archivada en el propio ente asistencial o consultorio del galeno, y dicho documento no contiene una foja con el consentimiento en cuestión, ha de quedar acreditado que el mismo no fue obtenido por quién tenía tal deber, pero esta demostración deberá ceder si el documento aparece tardíamente, con la firma original del paciente.

La ley no exige que el paciente se embarque en una ímproba tarea investigativa, por otro lado materialmente imposible, tendiente a pesquisar

todos y cada uno de los lugares físicos en los cuales el médico o el ente asistencial podrían haber guardado o traspapelado el documento que supuestamente contiene su consentimiento escrito. El lugar por excelencia donde debe estar archivado el documento que contiene el consentimiento del enfermo, es la historia clínica o carpeta médica del paciente, y si aquél no se halla en ésta, queda agotada –con su exhibición- la carga del actor.

Aunque la exteriorización verbal esta en principio admitida, a los efectos de la prueba será mas conveniente contar con una expresión escrita, ya que el asentimiento verbal no reconocido por su emisor, quedará librado a la comprobación que de él se haga por medios imperfectos, como ser de testigos.

Para las situaciones en que dicho consentimiento no fuera exigible por escrito, en principio, bastaría probar que en ninguna foja de la historia clínica existe una sola anotación, por parte del médico en cuestión, donde él diga haberse reunido con el paciente (o sus familiares directos, en caso que el enfermo haya estado incapacitado de manifestar su voluntad), les haya explicado la naturaleza y los riesgos del tratamiento a iniciar, haya enumerado las opciones (si alguna) y, luego, haya obtenido el consentimiento necesario para dar inicio a la práctica médica de que se tratara.

Respecto de la prueba testimonial que pudiera ofrecer el paciente si los testigos fueran familiares directos del enfermo, su testimonio se vería teñido (y atacado) de parcialidad y subjetivismo emocional, inclusive si ellos pudieran declarar como testigos necesarios.

En el caso “A. O., R. C/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires”³² se consideró válida la prueba de testigos para demostrar que el paciente había sido informado de su situación y de que existía, dentro de los riesgos quirúrgicos que le fueron informados, la posibilidad de una extirpación.

Se expresó en la sentencia que, establecida la razonabilidad del tratamiento, no hubiera sido coherente ni humano, una vez comenzada la operación, cerrar y pedir la autorización por escrito.

Se había comunicado la posibilidad de extirpación como una variable de última en forma previa, por lo que se cumplió el deber de información, el que debe hacerse con prudencia. No se le requirió por escrito su consentimiento pero tampoco había certeza.

Ante la imposibilidad de reparar el uréter dada las características de la lesión observada en el campo operatorio, no existiendo compromiso en el otro riñón, debió procederse de ese modo a fin de evitar un mal mayor. Ese fue un actuar razonable del medico, lo contrario hubiere sido que lo hubiere cerrado para solicitarle el consentimiento escrito y reanudar luego de mismo la operación.

Probado que fue informado el paciente de las diferentes posibilidades terapéuticas, así como de la posible eventualidad no de la certeza de la extirpación y probado que el actor expresó su consentimiento eventual, se entendió que en el caso fue adecuadamente cumplido el recaudo del consentimiento informado

Ahora bien, en otras sentencias se primó la formalidad. Una de ellas es la referente al caso “S., A. R. C/ Acción Médica S.A. y otro”³³ donde la actora era una mujer a quien se le habian operado las mamas para mejorar su morfología. Como resultado se produjo una cicatriz viciosa y asimetría en ambos pechos.

La Cámara descartó la responsabilidad basando su solución en que se trataba de una obligación de medios y no de resultado, contrariando así al juez de primera instancia.

Sin embargo, con relación al consentimiento informado, si bien la Cámara aclaró que no era apropiada la aplicación de la ley 24.193 de transplantes de órganos, ya que se trataba de una intervención quirúrgica que no revestía tal carácter, aclaró que esto no quiere decir que no se exija

consentimiento informado, sino que en ausencia de una forma escrita puede ser probado por otros medios.

Que hubo algún tipo de consentimiento, es evidente ya que la paciente se internó voluntariamente para ser intervenida. Sin embargo, se plantea que el profesional no podía ignorar que es de buena práctica el redactarlo y requerir su firma, ya que en la hipótesis de futura controversia se impediría otro tipo de prueba; y según la moderna teoría de las cargas dinámicas, que imponen la prueba a quien está en mejores condiciones para producirla, la falta de previsión del cirujano no puede sino ser computada como indicio en su contra.

En definitiva, si bien no hay una exigencia legal de prueba escrita, se la está imponiendo al considerarla de buena práctica, al mismo tiempo que caracterizando a la falta de documento escrito como imprevisión del médico.

En principio, la falta de consentimiento debe ser probada por el actor, especialmente cuando el demandado meramente niega el hecho.

Si el paciente, al demandar, afirmara que tal consentimiento nunca fue pedido ni otorgado, y el demandado se limitara a decir que no es cierto, que niega el hecho, la prueba de la falta del consentimiento informado, incumbe al actor. Por el contrario, si ante la afirmación del paciente, el accionado negara el hecho omisivo y afirmara, además, que sí se obtuvo el consentimiento del enfermo, habría un desplazamiento del *onus probandi* desde el actor hacia su contraparte.

Basados en el hecho de estar enfrentando una situación excepcional, podría pedirse al tribunal que aplique la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y haga descansar en la persona del demandado, la carga de probar.

Existe una situación de “estado transitorio de minsvalía” caracterizado por el hecho de que el paciente independientemente de la afección que padezca, sea psíquica o física, se halla en un estado de indefensión relativa, dada la regresión psicológica que toda patología genera. Es decir, cuando

alguien enferma se produce un estado de regresión emocional, efecto del temor y de la angustia que el sufrimiento genera.

Todo este cuadro de situación genera una condición de excepcionalidad que indica la mejor situación del médico para probar la existencia de este hecho en debate, porque él, en aquél momento de la vida del enfermo, era el único que sabía, a plena conciencia, lo que estaba ocurriendo. Ello justificaría, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, desplazándola desde el paciente hacia el médico.

CAPITULO VI

INSTRUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Debe distinguirse el concepto de “consentimiento informado”, caracterizado por un proceso, de su instrumentación. La instrumentación del consentimiento informado puede materializarse en distintos soportes, como ser en la historia clínica y en formularios preimpresos (que formarán parte de la historia clínica); aunque puede también concretarse de manera verbal o por signos inequívocos. Cuanto más rigurosa sea la formalidad de su instrumentación, más sencilla será su prueba si existen reclamos. Pero en ningún caso la formalidad aplicable responde a una forma “ad solemnitatem”.

En principio, y salvo casos excepcionales, no existe obligación de instrumentar por escrito el consentimiento informado. No obstante ello, la eventual necesidad de acreditar el cumplimiento del mismo en un futuro juicio, hace aconsejable que se lo documente por escrito, aún cuando no exista obligación legal al respecto.

Ahora bien, la instrumentación del consentimiento informado no puede pasar por los formularios tipo que generalmente se hacen firmar a todo paciente en el mismo momento en que ingresa a un establecimiento asistencial.

FORMULARIOS

En este apartado me refiero a los formularios o aplicaciones que las clínicas o sanatorios privados como hospitales hacen firmar a los pacientes antes de una intervención.

Estos se caracterizan por una fórmula casi igual en todos los nosocomios donde se pide al paciente que autorice tanto al médico a cargo de la intervención como a sus asistentes a aplicar dentro de la ciencia médica todo

lo necesario para curar o reparar el daño que llevó al paciente a dirigirse al centro médico, como todas las prácticas médicas que al criterio del cuerpo médico sean necesarias para paliar las emergentes eventualidades, fruto directo de la dolencia principal, como de las indirectas.

En cuanto a elaboración de formularios escritos de consentimiento informado, los centros asistenciales debe asegurarse de que contengan una cantidad inicial de información que sea adecuada y comprensible para el paciente.

También debe hacer saber al paciente que tiene del derecho de formular cuantas preguntas quiera para despejar dudas.

También tiene que establecer claramente la libertad absoluta del paciente para reconsiderar cualquier decisión que vaya a tomar.

El formulario debe dividirse en dos grandes partes. En la primera se vuelca toda la información y en la segunda -de naturaleza más burocrática- los datos del paciente.

Es fundamental que el formulario contenga estos puntos:

- a) objetivos del procedimiento (para que sirve),
- b) forma en la que se realiza (en qué consiste),
- c) beneficios esperados,
- d) molestias, riesgos y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no hacer el procedimiento,
- e) alternativas posibles -incluida la de no efectuar la técnica-con sus problemas, y explicación breve del motivo que induce al sanitario a escoger este procedimiento y no el o los alternativos,
- f) disponibilidad a ampliar toda la información si el paciente lo desea,
- g) libertad total del paciente para retirar el consentimiento cuando lo desee y sin tener que dar explicación alguna.

En la elaboración de estos formularios se recomienda usar frases cortas con abundantes puntos y aparte. Utilizar palabras sencillas evitando tecnicismos. En lo posible incluir dibujos por que una imagen vale más que mil palabras. Propiciar una estructura iconográfica atractiva, utilizando varios tipos de letra, cajas de texto, símbolos sombreados, negritas y subrayados, todo ello para hacer que sea agradable la lectura del texto.

En todos los casos, los protocolos de consentimiento informado, que son de base genérica, deben completarse en función de las circunstancias propias de cada caso. De lo contrario no dejarían nunca de ser un simple contrato de adhesión.

HISTORIA CLÍNICA

Resultan de fundamental importancia las anotaciones registradas en la historia clínica o ficha medica del paciente. Estas anotaciones formuladas de puño y letra tienen mucho más valor que los típicos formularios preimpresos que se hacen firmar al paciente con carácter genérico ante cualquier interacción.

Al tratarse el consentimiento informado es un proceso prolongado que se va dando entre profesional y paciente y que luego deberá instrumentarse en algún documento. El documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente.

Valen mucho más unas líneas manuscritas en la historia clínica confeccionadas por el médico tratante en las que se deja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus alternativas, que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar al establecimiento.

Se consideran de mucha mayor utilidad las anotaciones efectuadas por el médico en la historia clínica del paciente. Los jueces suelen atribuir gran importancia a estas anotaciones, especialmente cuando las mismas son

progresivas y resulta claro que fueron efectuadas contemporáneamente respecto de los hechos que registran. Asimismo, se les da mucho crédito cuando identifican cuestiones o aspectos especiales expresados por el paciente. Estas anotaciones no necesitan ser voluminosas ni ocuparle mucho tiempo al profesional: si en la historia clínica del hospital o consultorio se recogen elementos relevantes de la conversación con el paciente, ello puede ser mucho más creíble que cualquier otra prueba aportada por las partes involucradas en el juicio

Cuando un juicio de mala praxis tiene lugar, dos de las pruebas más relevantes que existen tienen que ver con las pruebas documental y pericial médica y, dentro de la documental, tenemos a la historia clínica, que es fundamental, determinante a veces, y decisiva; así como también están los protocolos quirúrgicos, los partes anestésicos, las hojas de evolución de enfermería, el consentimiento informado, por eso es muy importante tener muy bien confeccionada una historia clínica.

Respecto de a quién le pertenece la historia clínica, si es de la institución, del paciente, del médico, después de muchos debates, la conclusión que predomina, desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, es que le pertenece a ambos, ya que en primer lugar, es del paciente por el derecho personalísimo que éste tiene a acceder a los datos de su patología y a su ficha, pero el original debe permanecer en la institución y el paciente tiene derecho a solicitar una copia certificada, lo mismo en el ámbito privado como en el hospitalario. Incluso, el paciente tiene derecho a participar de la confección de los datos preliminares de la historia clínica.

La Historia Clínica reviste cada vez más importancia debido a los cambios operados en el ejercicio de la medicina. Es que el respeto cada vez más exigido de la autonomía del paciente, abandonando las viejas formas paternalistas, exige la realización de una medicina documentada y es precisamente la Historia Clínica la mejor instrumentación del actuar profesional. Es por ello que se afirma que en íntima relación con el deber de informar la Historia Clínica constituye un documento de gran trascendencia a efectos

probatorios, puesto que en él se reflejan todo lo relativo a la enfermedad del paciente.

Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la Historia Clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional, pues como tales deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia. La Historia Clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente.

Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene el deber de información, la historia clínica es la documentación de la misma. Ello significa que se tiene el deber de informar, y por lo tanto se deben asentar los datos relevantes del diagnóstico, de la terapia, y de la evolución de la enfermedad.

Siendo la Historia Clínica un registro, su información puede ser examinados como un banco de datos generales.

Quien lleva un registro tiene obligaciones, fundamentalmente como la de consignar los datos relevantes para el fin que ha sido creado el banco.

La persona cuyos antecedentes van a ser procesados debe ser debidamente notificada del fin y el destino que se le darán a los mismos para lo cual se solicitará su consentimiento.

Si bien nuestra legislación no opina al respecto, es conveniente y casi una obligación mantener actualizada la información, dado que de esa manera se reconoce el derecho a corregirla.

La información debe ser valedera y aceptar de esa manera la posibilidad de enmendar inexactitudes. La Constitución reconoce la acción de hábeas data, debiendo demostrar el titular que hay una información inexacta, o siendo verdadera puede ser discriminatoria.

Apreciada como bancos de datos, la Historia Clínica debe ser elaborada con precisión, corrección y con el mayor detalle posible. Por lo tanto debe contener:

Los datos del paciente y de la enfermedad como el relato de los principales hechos. Estos datos deben ser bien redactados, completos, exactos, resaltando los hechos de mayor importancia, los resultados de la exploración física, señalando además los datos negativos ya que ponen en evidencia que no hubo olvido al no consignar algún síntoma o signo.

Cuando se da de alta al paciente o se lo traslada, se debe abrir un capítulo denominado epicrisis con el comentario del diagnóstico de ingreso, su evolución, estado de egreso y motivo de traslado con firma y sello del médico.

Debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada.

No es un simple relato, sino que deben constar las consideraciones que hace el médico al terminar de examinar al enfermo y las valoraciones según su criterio.

Todos los resultados de una exploración física deben ser anotados completa y minuciosamente, no sólo para documentar el acto médico sino para llegar a un diagnóstico y establecer el pronóstico. Es obligación de las diferentes jefaturas arbitrar los medios e impartir las órdenes necesarias, como así también vigilar su cumplimiento.

La Historia Clínica puede estar en un papel, en un disquete o en cualquier otro medio. Es un documento, y al llevar la firma del médico y de los auxiliares de la medicina se transforma en un documento privado. Reconocida la firma se reconoce el contenido (artículo 1028. Cod. Civil) y éste resulta el efecto probatorio respecto del autor, pero no del paciente quien puede mostrar por otras vías la falsedad del documento.

Por lo tanto la Historia Clínica completa y veraz prueba a favor del médico y produce una traslación de la carga probatoria hacia el paciente que deberá demostrar lo contrario.

Cuando es un documento carente de firma o con la misma ilegible debe probarse primero la autoría.

Si estamos en un establecimiento asistencial público, la Historia Clínica adquiere la calidad de documento público y el establecimiento es su depositario o custodio en los términos del Código Civil. En este ámbito la pérdida, extravío o la registración incompleta de actos da lugar a la responsabilidad de la cadena administrativa que puede involucrar hasta el mismo director del hospital, además de la responsabilidad estatal según sea la jurisdicción.

Respecto al plazo de conservación obligada de la Historia Clínica sólo se reconoce la Resolución 648/86 del Ministerio de Salud de la Nación que establece un plazo de 15 años para las instituciones privadas. Algunas Provincias han adoptado disposiciones similares.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual es de 10 años.

La Historia Clínica, como hemos visto, es una base de datos del paciente y su enfermedad por lo tanto la Historia es del paciente.

Cuando la Historia Clínica presenta irregularidades sustanciales que logran desnaturalizarla puede ser descalificada como medio probatorio, e incluso producirse una inversión de la carga como está claramente asentado en nuestra jurisprudencia actual.

DOCUMENTOS PRIVADOS

Respecto a esta clase de documentos, no poseen amplia difusión en nuestro país ya que pocas personas conocen de su posible utilización, por falta de información o por no tener cultura educada para la prevención y definición previa de nuestra voluntad ante cualquier evento que requiera nuestra decisión si no estamos concientes como para hacerlo.

Hoy día se reconoce que el paciente tiene el derecho de indicar por anticipado sus opciones en cuanto a tratamiento, y esto se lleva a cabo mediante un documento en el que manifiesta haber analizado una serie de situaciones y haber adoptado una postura inamovible tocante a cierto tratamiento.³⁴

Este documento se trata de una directriz anticipada o una declaración previa de voluntad que es deseable que la persona lleve siempre consigo para que se respete su voluntad sobre que se hará con su propio cuerpo aún hallándose inconsciente la misma.

CAPITULO VII

EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Las excepciones para obtener un consentimiento informado son la incapacidad, la emergencia, la renuncia que implica el no querer enterarse y el privilegio terapéutico, que se produce cuando, por ejemplo, un cirujano cuenta con la autorización y el consentimiento por parte del paciente para intervenirle quirúrgicamente y, en el medio de la operación, aparece una patología grave que hace que el médico, apelando al privilegio terapéutico, pueda continuar el acto sin recabar un nuevo consentimiento informado, salvo que la situación sea de tal entidad y que se esté en condiciones de suspender esa intervención y recabar un nuevo consentimiento.

Sobre la incapacidad me remito al punto respecto de la capacidad para consentir un tratamiento considerado *ut supra*.

Con la renuncia el paciente trata de protegerse del impacto nocivo que puede sobrevenirle por la revelación de su mal o de los detalles del tratamiento al que debería ser sometido.

Para que pueda considerarse que hay renuncia aun derecho, el individuo debe saber que tiene la facultad. Esto significa que los pacientes deben conocer que el médico tiene la obligación de revelarles información sobre su tratamiento, que tienen derecho a tomar decisiones sobre el mismo, y que los médicos solo pueden actuar con su consentimiento.

Ahora bien, tomando en cuenta que no muchas personas de la población en general comprenden el alcance de este derecho y que si el médico se lo explica puede que entiendan que deben dejar en manos del médico la decisión, no hay obligación para los médicos, y muchas veces tampoco es conveniente, advertirles a los pacientes que tienen derecho a renunciar, salvo que espontáneamente expresen su deseo de no participar en el proceso de decisión.

Cuando los pacientes demuestren este deseo de rehusar esta facultad los médicos deben cerciorarse de que sepan que están rechazando un derecho.

Si la revelación pudiera llegar a ser perniciosa para el paciente, los médicos en circunstancias apropiadas, pueden mantener en reserva los datos que de otra manera estarían obligados a descubrir.

El propósito de la excepción es liberar a los médicos de un requisito legal que los forzaría a violar su deber primario de hacer lo que sea beneficioso para el paciente. Esto permite a los médicos mantener su obligación profesional y ética de no hacer daño.

El peligro de esta excepción es legitimar la aversión natural de los médicos a dar información a los pacientes. Si el perjuicio al paciente se interpreta con amplitud, el privilegio permite que el médico sustituya el juicio del paciente por el suyo propio en todo el proceso de decisión. Debe entonces, dejarse de lado el concepto paternalista de que el médico pueda guardar silencio simplemente porque crea que el paciente requiere el tratamiento y la revelación de los detalles podría motivar el rechazo.

Para legitimar tal comportamiento por parte del médico tratante, el paciente deberá poseer un desequilibrio emocional que le impida manejar la información como para arribar a una decisión racional. No es suficiente que el paciente pudiera sufrir una leve reacción psicosomática como el aumento del pulso, la agitación de la respiración, etc., puesto que estas reacciones no son amenazas a la competencia del paciente para comprender el acto médico al que será sometido y tomar una decisión al respecto.

El privilegio terapéutico no necesariamente desemboca en el ocultamiento de toda la información, sino solamente de la referida a los riesgos del tratamiento; aunque si los restantes datos sobre el propósito, beneficios o alternativas de la práctica interfirieran con la capacidad decisoria del paciente, es también razonable que si dispense al médico de darlos.

La discusión en estos casos es si el médico debe obtener la autorización de un pariente en sustitución del enfermo o si esto conllevaría la violación de su derecho personalísimo de decidir por sí mismo.

En los casos en la revelación se ha hecho a familiares o amigos evita que se pueda imputar responsabilidad alguna al médico y además le quitaría el poder de tomar a su cargo el tratamiento en forma inconsulta.

CAPITULO VIII

NEGATIVA AL TRATAMIENTO

La negativa al tratamiento está incluida en la doctrina del consentimiento informado, de modo que hacer caso omiso del rechazo de un paciente a la opción de tratamiento propuesta, sería vulnerar su derecho a la autodeterminación.

Es importante tener en cuenta que los pacientes pueden modificar sus preferencias, dando su consentimiento para un tratamiento y después rehusándolo. Son situaciones que ofrecen dificultades pero que tienen que ser comprendidas y aceptadas en el contexto de la relación médico-paciente, atendiendo al estado de extrema de vulnerabilidad por el que están atravesando las personas con en este tipo de enfermedades, cuyos tratamientos no sólo no son curativos, sino que su aplicación resulta altamente traumática.

Cabe reflexionar que rara vez se cuestiona la competencia de un paciente cuando acepta el tratamiento propuesto por el médico. En cambio, cuando rechaza las indicaciones terapéuticas, en general, su actitud puede ser considerada irracional y su autonomía reducida. Los profesionales encuentran una gran dificultad en reconocer que, en ocasiones, el punto de vista de los pacientes difiere del de ellos y que esto puede responder a un sistema de valores o creencias distinto que debe ser respetado.

Es cierto que para los médicos es difícil aceptar una decisión de este tipo, ya que se encuentran en una situación de conflicto ético entre el modelo de beneficencia que atribuye la decisión al médico y el modelo de autonomía que potencia la libertad del paciente.

Los profesionales tienden a querer ignorar el derecho a decir no, pues generalmente la negativa está en contra de la historia clínica del paciente y del

fundamento mismo de la medicina, siendo que conforme a su formación tradicionalista el médico espera que paciente, previa información, consienta, es decir, acepte el tratamiento y no que lo rechace.

Los médicos, una vez que hacen un diagnóstico y recomiendan un procedimiento curativo, están imbuidos en la idea de mejorar la salud de los enfermos y además, están convencidos de los beneficios que traerá su intervención. En consecuencia, es lógico que se sientan frustrados cuando los pacientes rehusan el tratamiento.

La comunicación con el paciente es fundamental. Si conoce el motivo de rechazo, el médico podrá intercambiar ideas con él para intentar resolver la situación.

Si el paciente es competente, existen dos opciones frente a la negativa del paciente:

- ✓ puede continuar con otros procedimientos de acuerdo a los deseos del enfermo, o
- ✓ puede dejar de atenderlo totalmente y derivarlo a otro centro asistencial o profesional que pueda tratarlo respetando sus convicciones, o
- ✓ Si las primeras alternativas no son practicables, limitarse a respetar la dignidad de su paciente y dejarlo reprojectar el tiempo restante de vida.

Nuestros tribunales en su mayoría han aceptado la voluntad del paciente, no como un rechazo a la vida, sino como un deseo de vivir con dignidad.

En 1993³⁵, el fallo del Dr. Fraga, Juez en lo Criminal del Departamento Judicial de Morón, en autos: “Guzmán de Maldonado, María Ester, s/autorización”, resolvió revocar una autorización de transfundir a esa paciente,

basándose en los principios enunciados, como también en que la negativa a recibir terapia transfusional no implica una vocación suicida. Al respecto, expresó: “la voluntad expresada, cuando de ninguna manera es vocación suicida sino explícito deseo de vivir, pero de vivir de conformidad con las propias convicciones personales y/o religiosas con las cuales puede, eventualmente interferir alguna práctica terapéutica, ha de ser respetada sin que por ello se menoscabe ningún interés público.”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la ocasión de hacer conocer su doctrina sobre el tema que, por supuesto, resultó ser coincidente con la de Tribunales Supremos de otros países. Los autos eran: “Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar”.

Primero se efectuó un análisis de la Ley 17.132, que rige el ejercicio de la medicina, la cual en su artículo 19 inciso 3, impone como obligación a los médicos respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. En tal sentido, se dijo que la recta interpretación de la misma impide someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Esto en armonía con el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que tales decisiones no lesionen derechos de terceros.

En cuanto al derecho a la dignidad, la Corte expresó que el respeto por la persona humana es un valor fundamental jurídicamente protegido con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Por otro lado, se reafirmó que la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia. Otra importante cuestión que señaló la Corte es la clara distinción que existe entre la práctica de la eutanasia y el suicidio con la objeción de conciencia del paciente Testigo de Jehová.

Alguien quizás pudiera argumentar que el médico que respeta al paciente Testigo, se convierte en autor o cómplice de eutanasia. Sin embargo, el objetor de conciencia no busca la muerte. Tan solo pretende mantener incólume las ideas religiosas que profesa. El testigo de Jehová no tiene como

finalidad morir, como mártir, o por su religión. Prueba de ello es que estas situaciones controvertidas se plantean en un hospital, en un centro médico, al cual el paciente acudió voluntariamente en busca de atención médica. Incluso, si existe una alternativa para su tratamiento, el paciente la aceptará para salvar su vida.

Por el contrario, un suicida tiene la muerte como finalidad, aun cuando existan alternativas válidas. Por lo tanto, nada cabe reprochar al médico que respete al objetor de conciencia. Por último, se puso el acento en el hecho de que una sociedad pluralista debe destacarse por el respeto a los valores religiosos aun de grupos minoritarios. De lo contrario, bajo el pretexto de la tutela del orden público erróneamente concebido, podría violentarse la conciencia de ciertas personas que sufrirían una arbitraria discriminación.

Respecto de ciertas figuras penales, corresponde afirmar que, por otra parte, figuras penales como el abandono de persona o la ayuda o instigación al suicidio, no guardan ninguna relación con el tema. Así lo entendió un Juez Nacional de Instrucción, cuando indicó: "...Que el propio escrito de presentación aventa la hipótesis de abandono de persona prevista en el art. 106 CP, a poco que se repare en que se abandona típicamente a la víctima, cuando dolosamente se la priva de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o la integración actual de su salud (citado en KREUS, CARLOS "Derecho Penal, Parte Especial Tomo 1) ... Menos aun puede pensarse en una conducta instigadora o coadyuvante en los términos a que alude el art. 83 CP; pues más allá que nuestra ley no castiga el acto de quien trata de suicidarse (y no resultar en puridad asimilable la negativa del paciente a un suicidio, pues el caso no permite aseverar que este no quiera vivir, si no que no acepta un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas) de todos modos la hipótesis de instigación o ayuda al suicidio resultan insostenibles, a poco que se repare en que la primera –instigación- se concibe como aquella acción por medio de la cual el agente trata de persuadir a un sujeto a que se dé la muerte por sí mismo; y la segunda, se considera una cooperación material al hecho del suicidio del tercero, cualquiera sea su especie o calidad.

Ante estos argumento el juez resolvió, desestimar denuncia formulada en el expediente por inexistencia de delito.” Resulta pertinente distinguir asimismo, la postura de negativa a una terapia con el suicidio y la eutanasia. “En 1986, un grupo de trabajo de la OMS, reunido en York, estableció los componentes de una definición de suicidio: 1. Un acto con una consecuencia fatal; 2. Cometido deliberadamente por el propio suicida; 3. Con conocimiento o expectativas del desenlace previsible; 4. Pretendiendo producir, por ese acto, cambios que él (o ella) deseaban”.

El suicidio, por lo tanto, es obra de la propia víctima que, en pleno uso de sus facultades mentales, concreta el acto mediante una acción consciente, planificada, deliberada con el único y último objetivo de quitarse voluntariamente la vida, aun si existen otras opciones que le permitan preservarla.

Por el contrario, el paciente que ejerce su derecho a elegir tratamiento médico no puede ser asimilado a quien pretende la muerte o dejarse morir; más bien, procura atención médica de calidad, lo que implica el respeto de sus derechos.

CONCLUSIÓN: LA ELECCIÓN DEL TRATAMIENTO. PERSPECTIVA DEL PACIENTE Y DEL MÉDICO. PROPUESTA LEGISLATIVA

Llegados a esta parte podemos afirmar que la teoría del consentimiento informado ha cobrado cuerpo y en la actualidad es aplicada en forma constante por los tribunales de nuestro país.

Tanto es así que como quedo visto, existen precedentes judiciales en los que si bien no ha habido mala praxis medica – culpa profesional y daño – ha habido condena por cuanto no se cumplió con el requisito de la obtención del consentimiento informado del paciente como paso previo a cualquier intervención medica.

Así como existen grandes defensores de la tesis del consentimiento informado, por otras razones están también quienes siguen apegados a las viejas formas del ejercicio de la medicina, y por cierto también tienen sus fundamentos.

Para ejemplificar la perspectiva de muchos de los médicos en particular los de la vieja escuela paternalista, es interesante analizar la reprimenda que le dio un jefe de clínica a una estudiante residente cuando esta en contra de sus especificas instrucciones informa a los familiares de un paciente que su familiar estaba a punto de fallecer. Este relato esta tomado del trabajo de Howard Brody titulado “El jefe de la clínica medica”.³⁶

Algunos de sus argumentos destacables fueron:

Que la residente estaba ofreciendo su arte de curar a un grupo privilegiado que en la enfermedad, quiere pensar y actuar por sí mismo. Quienes cuando su propia vida y su muerte están en juego, sabe como emplear su poder de elección;

Que en contraposición se encuentran, los millones de seres que no tienen ese poder, e irán a la tumba privados del consejo y la esperanza que tanto necesitan. Las masas temen a la enfermedad y la muerte, y quieren que el médico anule esos temores;

Que el mensaje de libertad para los millones de desesperados, es el mas vacío y carente de esperanza que puedan escuchar. Él médico que insiste en que el poder, la elección, la libertad de todos modos no le pertenecen, destruye la esperanza de millones de seres sufrientes. (...) Conocemos la mirada de angustia que aparece en los ojos del paciente al pedírsele que tome la más simple decisión y el alivio que muestra cuando el médico parece tener poder sobre la enfermedad.

Finalmente, para el jefe de la clínica, la actitud de los nuevos médicos, con principios bioéticos de respeto por la autonomía de los pacientes, hace perder a la medicina su propia magia que se presenta en forma de milagro, misterio y autoridad.

En lugar del autoritarismo médico con su carga de coacción que a veces lo acompaña, aunque en muchas oportunidades existan buenas intenciones, es preferible la colaboración consensuada entre el paciente y el galeno. Debe propiciarse el diálogo racional y humano entre las partes. La persuasión y el respeto irrestricto de la dignidad humana deben ser traducidos en el principio de la autonomía o autodeterminación de la persona involucrada, el cual es rector en el campo de la bioética.

Sobre la base de lo expuesto en este trabajo podemos decir que:

Las personas tienen derecho a ser informadas adecuada, en términos claros y sencillos en qué consiste su enfermedad o dolencia, su diagnóstico y tratamiento, las consecuencias (beneficios y riesgos), previsibles del mismo y

los tratamientos alternativos que pudieren existir. Dicha información debe ser proporcionada por los médicos que las atiendan, pertenezcan o no a una institución hospitalaria.

Las personas tienen derecho de aceptar o rechazar la terapéutica aconsejada. En el caso de existir, alternativas, el paciente debe decidir el tratamiento a seguir. En caso de objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud, los enfermos deben ser derivados a otros médicos o instituciones, adoptándose mientras tanto las medidas de urgencia concernientes al caso. En el caso de no existir, en el estado actual de la ciencia médica, ninguna alternativa a la terapia propuesta, el paciente tiene el derecho de rechazar la misma aunque tal conducta le provoque la muerte. El respeto a la voluntad del paciente, en ningún caso ha de, traer aparejada responsabilidad alguna al profesional de la salud, a su equipo, sus colaboradores o a la institución a la que pertenezca.

La voluntad del paciente se debe expresar de manera clara y fehaciente, a través de un instrumento público, un instrumento privado con firma certificada por escribano público o puesta delante del o de los médicos intervinientes o del personal calificado para tal fin pertenecientes a la institución en la cual aquél se interne o se trate. Dicho consentimiento informado se ha de incorporar a la Historia Clínica del paciente. Además, el médico o la institución deben conservar una copia en sus archivos. Podría exigirse, también, la firma de uno o más testigos de la información suministrada al paciente o enfermo y de la declaración emitida por éste, la cual podría ser revocada en todo momento. En caso de urgencia y de no existir documentación alguna se debe dejar constancia en la Historia Clínica de lo expresado oralmente por el enfermo.

Los menores de dieciocho años, según su edad, su desarrollo y madurez psíquica y espiritual, deben ser escuchados en cuanto a sus creencias y deseos. De igual manera, han de ser escuchados y respetados los derechos de los padres. En el supuesto de que las creencias de éstos o de los menores referidos entrasen en colisión con el tratamiento médico prescrito, se trataría de utilizar las alternativas médicas compatibles con aquellas.

En este sentido la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Biomedicina de 1997 formula en su artículo 6 que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

No hay duda de que los menores en sentido legal pueden tomar decisiones sobre su tratamiento y su salud y a menudo en el caso de los adolescentes están capacitados para hacerlo.

En caso de inconsciencia o alienación mental, se debe respetar la voluntad del paciente expresada, en estado de conciencia o de capacidad, en los documentos en los cuales la haya dejado escrita. De no existir la misma, se ha de consultar a los parientes más cercanos o amigos o personas que conozcan y respeten su voluntad.

En los casos de enfermos terminales, se debe respetar la voluntad del paciente, procurando proporcionar todos los cuidados paliativos existentes para aliviar en lo máximo posible sus sufrimientos, salvo decisión en contrario expresada por aquellos, con anterioridad o durante el proceso final de su enfermedad. Si el paciente fuera incapaz de declarar su voluntad, se habría de consultar a sus parientes más cercanos o amigos.

A través de un proceso que se desarrollará durante toda la relación médico paciente referida a determinada dolencia o enfermedad que a este último lo este afectando, el médico debe informar de manera clara y entendible, todos los aspectos que considere necesarios para que sobre los mismos el paciente pueda tomar una decisión con autonomía de su voluntad respecto de si desea aceptar o no determinada intervención y/o tratamiento, pudiendo reservarse su derecho a realizar las observaciones que considere pertinentes en cuanto a algunos de los aspectos del procedimiento al que será sometido.

En caso de que el médico considere que no puede satisfacer los requerimientos de su paciente, sea por una cuestión de infraestructura del

nosocomio o consultorio donde se lo atiende, por razones personales, o de cualquier otra índole, debe derivarlo al centro hospitalario o profesional que considere que podrá satisfacer las demandas de su paciente, informando previamente a este, tal situación.

El artículo 19 de la Ley 17.132 en su 3er. Inciso se refiere al consentimiento informado solo respecto de las intervenciones mutilantes al decir: "...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."

Es por ello que el objetivo de esta tesis es establecer los principios rectores para la futura legislación en esta materia, en particular, adicionar al inciso 3º del artículo 19 de la Ley de Ejercicio de la Medicina como inciso 4º, la siguiente fórmula: ***"Para las restantes intervenciones quirúrgicas y prácticas médicas que conlleven serio riesgo para la vida del paciente, o de agravamiento de su estado de salud y que no revistan el carácter de las mencionadas en el inciso 3ro., se deberá obtener el previo consentimiento informado por escrito, el cual será el resultado de un proceso de interacción entre el paciente y su médico, a través del cual este último informará al paciente de los métodos, riesgos, consecuencias de la práctica y del rechazo de la misma vinculadas al tratamiento o intervención propuesto.***

Este sería un comienzo para el trabajo pendiente a nivel nacional en materia legislativa sobre el consentimiento informado. Son diversos los países, regiones y comunidades del mundo que ya han legislado sobre este tema.

A pesar de que nuestros jueces se han adherido a esta doctrina en diversas ocasiones, con brillantes apreciaciones y fallos sobre los derechos del paciente, mi deseo es ver como también en nuestro país, como fruto del crecimiento cultural e idiosincrásico, que el transcurso del tiempo de seguro

propenderá a la generación de un ordenamiento jurídico acorde a los elevados principios del derecho y la bioética que rigen en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ORTEGA, Abigail y TELLADO, Marisa. Sobre la Libertad en la Elección del Tratamiento Médico. Revista Persona Nº 25.

CRAGNO, Norberto Osvaldo. Consentimiento Informado. Un Poco de Historia . Revista Nexo del Hospital Italiano de Buenos Aires.

MANRIQUE, Jorge Luis. Consentimiento Informado. Revista del Comité Hospitalario de Bioética del H.I.G.A. Eva Perón de San Martín.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Responsabilidad Civil de los Médicos. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1997

GUERSI, Carlos A. (coordinador) Los Nuevos Daños. Soluciones Modernas de Reparación. Capítulo a cargo del Dr. Vázquez Ferreyra, Roberto A..Editorial Hammurabi, 2000.

HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M. La relación Médico Paciente: El Consentimiento Informado. Editorial AD-HOC, 2003.

GHERSI, Carlos A. "Derecho de los Pacientes a los Servicios de Salud", Ed.: Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.

INDICE

INTRODUCCIÓN	0
---------------------	----------

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	3
---	----------

CAPITULO II

CONSENTIMIENTO INFORMADO	11
---------------------------------	-----------

DEFINICIÓN	11
FUNDAMENTOS ÉTICOS	12
FUNDAMENTOS MÉDICOS	14
FUNDAMENTOS LEGALES	15
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	15
LEGISLACIÓN ARGENTINA	19

CAPITULO III

INFORMACIÓN QUE DEBE REVELARSE AL PACIENTE	32
---	-----------

QUIEN DEBE REVELAR LA INFORMACIÓN	32
INFORMACIÓN QUE DEBE REVELAR EL MÉDICO	35
COMO DEBE SER REVELADA LA INFORMACIÓN	38
CUANDO DEBE SER REVELADA LA INFORMACIÓN	39
CUANTA INFORMACIÓN DEBE SER REVELADA	42
A QUIEN DEBE SER REVELADA LA INFORMACIÓN	47

CAPITULO IV

CAPACIDAD PARA CONSENTIR	49
---------------------------------	-----------

CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA CONSENTIR POR SÍ	49
---	----

CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ACTO JURÍDICO	49
CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ACTO LÍCITO NO NEGOCIAL	52
CAPACIDAD PARA CONSENTIR POR OTRA PERSONA / REPRESENTACIÓN LEGAL	57
DOCTRINA ANGLOSAJONA DE LA “COMPETENCE”	60

CAPITULO V

FORMA Y PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO 64

FORMALIDAD DEL CONSENTIMIENTO	64
CONSENTIMIENTO TÁCITO O IMPLÍCITO	64
PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO	66

CAPITULO VI

INSTRUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO 71

FORMULARIOS	71
HISTORIA CLÍNICA	73
DOCUMENTOS PRIVADOS	78

CAPITULO VII

EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO 79

CAPITULO VIII

NEGATIVA AL TRATAMIENTO 82

CONCLUSIÓN: LA ELECCIÓN DEL TRATAMIENTO. PERSPECTIVA DEL PACIENTE Y DEL MÉDICO. PROPUESTA LEGISLATIVA 87

BIBLIOGRAFÍA 93

INDICE 94

NOTAS 96

NOTAS

¹ Alain Garay. Voluntad del Paciente y Evidencia Médica: De la Búsqueda de la Lógica a la Búsqueda del Sentido. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal. 1 (1): 67-74

² ENGELHARDT, H. Tristram. "Los fundamentos de la bioética", Ed.: Piados, España, 1995.

³ POTTER VR. Bioethics: Bridge to the future. New Yersey, Prentice may Editorial, 1971.

⁴ SICA, Josefina Rita y FALCON, Patricia D., Trascendencia de la Bioética en el Campo de la Negativa al Tratamiento Transfusional. 1º Jornada Nacional en Bioética y Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000.

⁵ BEAUCHAMP T. y CHILDRESS J. Principles of Biomedical Ethics. New York, Oxford University Press, 1989

⁶ NINO, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho", Ed.: Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

⁷ NINO, Carlos Santiago. "Ética y Derechos Humanos, un Ensayo de Fundamentación", Ed.: Astrea, 2º edición ampliada y revisada, Buenos Aires, 1989.

⁸ KANT, Emmanuel. "Fundamentación de la metafísica de las costumbres" tr. M. García Morente, Madrid, 1977.

⁹ Transfusión-Alternative Health Care-Meeting Patient Needs and Rights. Watch Tower Bible and Track Society of New York, 2003

¹⁰ Consentimiento Informado y su Implicancias Médico Quirúrgicas. PAIDEIA Medicina Ambulatoria para el Niño y el Adolescente. Disponible desde: URL: <http://www.paideianet.com.ar/consentimiento.htm>

¹¹ Profesor Neil Blumberg. Universidad de Rochester, Nueva York en Transfusión-Alternative Health Care-Meeting Patient Needs and Rights. Watch Tower Bible and Track Society of New York, 2003

¹² CAUSA 19468/01 - "G. de A. M. c/ Policlínico Central de la U.O.M. s/ ordinario" – CNCOM - SALA D - 02/06/2004

¹³ CNFed. Civ. Y Com. Sala I, 28/12/1993, "P., R. N. c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Ejército Argentino)", LL, 1994-D-20.

¹⁴ Dr. Alonso, Eduardo, Juez de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Del Departamento Judicial de la Matanza en su exposición sobre "Responsabilidad Médica de los Profesionales de la Psiquiatría y la Psicología" de la Primera Jornada sobre Responsabilidad Civil Italo-Argentina. Noviembre, 2004.

¹⁵ Profesora Sheila A. M. Mc Lean de la Universidad de Glasgow en Transfusión-Alternative Health Care-Meeting Patient Needs and Rights. Watch Tower Bible and Track Society of New York, 2003

¹⁶ Cciv. y Com. Junín, 15/12/1995. "G., J. y otro c/ Centro Médico Chacabuco", LLBA, 1996-697.

¹⁷ "P. D. C/M. R.", 30/3/1990, LL, 250/12/1990.

¹⁸ ¿Qué debo esperar durante el proceso informado del consentimiento?. Guía para entender el Consentimiento Informado. US National Institutes of Health.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15 de diciembre de 1992, publicado en La Ley, diario del 4 de mayo de 1993 y en El Derecho, diario del 14 de julio de 1993. "Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros"

²⁰ CNCiv., Sala C, 12/6/1964, caso "S. De G., E. C/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Rep. ED, 1981-588.

²¹ "P. D. C/M. R.", 30/3/1990, LL, 250/12/1990.

²² CNCiv., Sala E, 20/9/1985, caso "P. De T. P., A. M. C/O.A., J.", LL 1986-A-469

²³ Cciv. y Com. San Nicolás, "G. de G., O. Del V. Y otros c/J., R.H. y otros", 11/8/1994, Juris, 94-434/436

²⁴ L. 380112- "C. H. A. c/ Instituto Sacre Coeur SA y otros s/ daños y perjuicios" –

CNCIV - SALA G - 09/12/2003

²⁵ Profesor Walther Waissauer. Especialista en Derechos del Paciente en Transfusión- Alternative Health Care-Meeting Patient Needs and Rights. Watch Tower Bible and Track Society of New York, 2003

²⁶ Cam. Nacional Civil, Sala I, 25 de octubre de 1990 sobre "Favilla, Humberto c/ Piñeyro, José y otro" publicado en La Ley, diario del 5 de agosto de 1991 con nota de Susana ALBANESE titulada "Relación médico paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica".

²⁷ Consentimiento Informado. E Medicine Consumer Health

²⁸ University of Miami. DECISION-MAKING: AUTONOMY, VALID CONSENT, AND GUARDIANSHIP. Ethics Programs

²⁹ Dan Groszkruger, J.D. Competency and Informed Consent for End of Life Decisions. Cooperative of American Physicians & Mutual Protection Trust Electronic Journal. Disponible desde: URL:
http://www.cap-mpt.com/riskmanagement/informed_consent.html

30 Beth Newbury Whitstone. Consentimiento informado en pediatría y la investigación pediátrica. Universidad médica de Wisconsin. 1999, 15 de septiembre.

³¹ Lopez, Miró, Horacio G. El Consentimiento Informado Como Obligación de Fines. VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el Siglo XXI. Universidad de Buenos Aires, Noviembre 2002.

³² CNCiv., Sala J, 30/8/1995, "A. O., R. C/Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires"

³³ CNCiv., Sala G. 19/3/1999, "S., A. R. C/ Acción Médica S.A. y otro", JA, 1999-IV-597.

³⁴ Timothy W. Harding. Profesor de Etica de la Universidad de Ginebra en Transfusión- Alternative Health Care-Meeting Patient Needs and Rights. Watch Tower Bible and Track Society of New York, 2003

³⁵ SICA, Josefina Rita y FALCON, Patricia D., Trascendencia de la Bioética en el Campo

de la Negativa al Tratamiento Transfusional. 1º Jornada Nacional en Bioética y Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000.

³⁶ BRODY, Howard: The Healers's Power, New Haven y Londres, Yale University Press, 1992;