

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRACTICA MEDICA

Por el Dr. Roberto A. Vázquez Ferreyra

Pese a la abundante bibliografía y a varios pronunciamientos judiciales existentes sobre el tema, los contornos del llamado consentimiento informado aún no han sido bien dibujados¹.

En particular, no existe claridad respecto a los límites de la información que todo profesional debe dar al paciente, y esto complica seriamente la relación médico paciente sobre todo si se tiene en cuenta que la práctica médica más sencilla encierra siempre todo tipo de riesgos para el paciente.

La constante evolución jurídica y filosófica ha llevado a un aumento considerable de los Derechos Humanos fundamentales.

En el ámbito de la ciencias de la salud, éste desarrollo ha repercutido de varias maneras. Así por ejemplo: a) impulsando el desarrollo de las cartas de los enfermos, b) potenciando la bioética y c) poniendo en crisis el modelo tradicional paternalista.

Hoy en día, la Dignidad de la persona resulta indiscutible y es fundamento de todo el ordenamiento. Su reconocimiento es expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado esté catalogado entre los más importantes derechos humanos.

En este camino, se dilatan los llamados derechos de los pacientes y así se pasa de una medicina paternalista a una medicina en donde prima el principio de autonomía.

Hasta hace algunos años, ni siquiera se hablaba del consentimiento informado y por lógica consecuencia, la jurisprudencia ni lo tenía en cuenta.

¹ Antonio FRAGA MANDIAN y Manuel María LAMAS MEILAN “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)” Edit. Revista Xurídica Galega, España 1999 – Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” Edit. Ad Hoc, Bs. As. 1991 - María Patricia CASTAÑO DE RESTREPO “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica” Edit. Temis, Bogotá 1997 – Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, Madrid 1998, en especial el capítulo 2º referido al deber de información - Julio César GALÁN CORTÉS “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” Edit. Colex, Madrid 1997 - Howard BRODY “El jefe de Clínica Médica” en pág. 63 y sgtes. del libro de Florencia LUNA y Arleen SALLES “Decisiones de vida y muerte” Edit. Sudamericana, Bs. As. 1995- Alfredo J. KRAUT “Responsabilidad civil de los psiquiatras” Edit. La Rocca, Bs. As. 1998, en especial capítulos 11, 12 y 13-

En esta línea –por cierto ya abandonada- podemos citar el fallo de la Cám. Nacional Especial Civil y Comercial, sala IV de fecha 11 de noviembre de 1985². En el caso se trataba de lo siguiente: el hijo del actor, menor de 15 años, después de padecer distintos trastornos mentales por los que fue objeto de atención y cuidado en diversos institutos psiquiátricos, fue finalmente sometido a una intervención quirúrgica a cargo del médico demandado. La intervención consistió en una hipotalamotomía bilateral con cirugía estereotáxica. El padre del menor, en la demanda afirmaba que el médico no lo había informado acerca de los riesgos y peligros de esa operación.

El tribunal, analizando la ley 17.132 de ejercicio de la medicina en el orden nacional, consideró que la ley no obliga específicamente al profesional a informar al paciente acerca de los riesgos de la operación y si ello es así, no se alcanza a comprender qué 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”.

En el desarrollo del consentimiento informado, en un primer momento apareció la necesidad de requerir el mero asentimiento del paciente. El primer gran antecedente data en realidad de 1914 y fue dictado en la causa “Schoendorff vs/ Society of New York Hospital”. En dicho precedente judicial se sostuvo que “todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que el hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente”. En el caso se trataba de una mujer operada de un fibroma. En realidad, en el caso se hacía alusión simplemente al mero asentimiento del paciente. Como se puede ver, en este tema también encontramos el origen del concepto en el Derecho Anglosajón.³

Se ha dicho que el consentimiento informado implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente

² Fallo dictado en los autos “Piemonte, Agustín c/ Matera, Raúl” publicado en La Ley 1986-B-77.

³ Según explican Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA en “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” de Edit. Ad-Hoc, 1991, en pág.21, “es probable que el éxito y rápido desarrollo de la doctrina en los Estados Unidos, en comparación a otros países del mundo se haya debido a razones de índole cultural y a la propia idiosincrasia del pueblo norteamericano”.

aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.⁴

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos define al consentimiento informado de la siguiente manera: “El consentimiento informado consiste en 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. 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”.

Obviamente que la exigencia del consentimiento informado supone que alguien puede negarse a ser sometido a un tratamiento médico, tal como quedó visto con anterioridad. La exigencia del consentimiento informado y la validez de la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno.

El consentimiento informado, salvo casos específicos como el del art. 13 de la Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos⁵ o del art. 19 inciso 3° de la ley 17.132., no viene impuesto en forma expresa por norma jurídica de carácter general, no obstante ello, puede decirse que en la actualidad, la exigencia del consentimiento informado forma parte de la *lex artis* médica.

En la actualidad, los tribunales exigen por parte de los profesionales de la salud que cumplan con la exigencia del consentimiento informado.

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 deberá también 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.

De fundamental importancia resulta registrar el consentimiento informado en algún documento escrito que el día de mañana pueda ser presentado como prueba en juicio. En este sentido resultan de fundamental

⁴ Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” Edit. Ad-Hoc, 1991, pág. 11.

⁵ Sobre el particular ver de Fernando Alfredo SAGARNA “Los trasplantes de órganos en el Derecho”, Edit. Depalma, Bs. As. 1996 - Ricardo David RABINOVICH “Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos”, Edit. Astrea, Bs. As. 1994.

importancia las anotaciones registradas en la historia clínica o ficha médica 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 internación.

"En la actualidad existe una cierta psicosis en la clase médica por dejar documentado el consentimiento de todo paciente que va a ser sometido a una intervención quirúrgica, por lo que desde ciertos sectores se preconiza el uso de protocolos específicos de información y consentimiento, estimando que les protegerán, a modo de paraguas, contra futuras reclamaciones".⁶

En la información que se da al paciente se deben incluir tanto los riesgos como las ventajas de la práctica médica. El gran problema frente al cual se puede encontrar 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.

Se ha señalado que la información a dar al paciente debe incluir:

- a- descripción del procedimiento propuesto, tanto de sus objetivos como de la manera en que se llevará a cabo,
- b- riesgos, molestias y efectos secundarios posibles,
- c- beneficios del procedimiento a corto, mediano y largo plazo,
- d- posibles procedimientos alternativos y sus riesgos y ventajas
- e- efectos previsibles de la no realización de ninguno de los procedimientos posibles,
- f- comunicación al paciente de la disposición del médico a ampliar toda la información si lo desea, y a resolver todas las dudas que tenga,
- g- comunicación al paciente de su libertad para reconsiderar en cualquier momento la decisión tomada, y
- h- los costes del tratamiento

En un intento de clasificar los riesgos y su necesidad de ser informados, se lo ha hecho de la siguiente manera:⁷

- 1- Riesgos insignificantes pero de común ocurrencia : deben ser informados

⁶ Antonio FRAGA MANDIÁN y Manuel María LAMAS MEILÁN "El consentimiento informado..." op. Cit. Pág. 61.

⁷ Ver María Patricia CASTAÑO DE RESTREPO "El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica" op. cit., pág. 195 y sgtes.

- 2- Riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia: no es necesario que sean informados.
- 3- Riesgos de gravedad y común ocurrencia: deben ser detalladamente informados
- 4- Riesgos graves de escasa ocurrencia: deben ser informados.

En Estados Unidos se han elaborado algunos criterios para determinar el grado de información que el médico debe brindar al paciente:

- a) El criterio del médico razonable que fue usado en 1960 en la causa “Natanson c/ Kline”. Atiende a lo aceptado por la comunidad médica. Este criterio tiene un marcado tinte paternalista y responde al ejercicio de la medicina propio de la década del 60.
- b) El criterio de la persona razonable, que fue utilizado a partir de 1969 en la causa “Berkey vs/ Anderson”. Conforme esta tesis, el médico deberá revelar al paciente lo que una hipotética persona razonable desearía conocer en esas mismas circunstancias.
- c) El criterio subjetivo según el cual el Juez pregunta al paciente que riesgos y qué complicaciones desearía haber conocido.

En cuanto a las excepciones, es decir a los supuestos en los cuales el médico queda eximido de requerir el consentimiento informado, se enumeran las siguientes causas, que deben ser interpretadas en forma restrictiva:

- a) grave peligro para la salud pública
- b) situación de urgencia
- c) incompetencia del enfermo (en cuyo caso se deberá recurrir a un familiar cercano)
- d) privilegio terapéutico
- e) imperativo legal
- f) rechazo expreso de toda información por parte del paciente en forma voluntaria.

En cuanto al privilegio terapéutico, fue introducido por la jurisprudencia de Estados Unidos en 1972 en la causa “Canterbury vs./ Spence”.

En dicha causa se estableció el criterio según el cual: “El médico tiene un privilegio terapéutico que le capacita para ocultarle información al paciente respecto a los riesgos del procedimiento al que va a

ser sometido en el caso que fuera evidente que un reconocimiento médico por un profesional juicioso demostrara que tal revelación supondría una grave amenaza para la integridad psicológica del paciente”.

De recurrir el profesional al privilegio terapéutico, es aconsejable que se deje constancia fundada de ello en la historia clínica del paciente y se brinde la información del caso a los familiares.

Así como en las urgencias, el consentimiento informado se diluye e incluso puede llegar a desaparecer; se hace más necesario en las cirugías programadas, y más aún cuando se trata de procedimientos médicos o intervenciones quirúrgicas que pueden ser postergadas o canceladas, como es el caso de algunas cirugías estéticas. “La doctrina penal considera que el grado de precisión con el que debe ser informado el paciente ha de estar en relación inversa a la urgencia con la que la intervención ha sido médicamente indicada”⁸

La Corte de Apelación de Rouen, en sentencia del 17 de marzo de 1993 condenó a un cirujano estético que facilitó una información insuficiente sobre los riesgos y secuelas de una tercera intervención estética, cuando en este campo la información debe ser particularmente rigurosa y comprender no sólo los riesgos normales y graves, sino también los benignos y excepcionales. Sostiene el fallo que un cirujano, que no ha cometido ningún fallo personal, puede, sin embargo, incurrir en responsabilidad profesional por haber faltado a su deber de información al paciente”.⁹

Más reciente en el tiempo encontramos el fallo de la Corte de Casación Civil de Italia, Sección III, de fecha 6 de octubre de 1997 en la causa "Finocchiaro, Clelia". En dicha sentencia, entre otros considerando se lee: “Tratándose de una intervención quirúrgica voluntaria, la validez del consentimiento del paciente depende de que el profesional requerido le informe sobre sus beneficios y modalidades, la eventual elección entre diferentes técnicas y los riesgos previsibles. El citado deber de información es obligatorio en materia de cirugía estética, supuesto en el que comprende también la posibilidad del paciente de obtener una efectiva mejora del aspecto físico, que repercuta favorablemente en su vida profesional y de relación... La caracterización de la obligación del médico como de medios sólo tiene un efecto jurídico: el profesional no debe garantizar al paciente el resultado que éste pretende lograr. Empero, en el campo de la cirugía estética, el deber de información del médico se extiende también al resultado –consistente en obtener una mejora de su aspecto físico- con la

⁸ Julio César GALÁN CORTÉS “El consentimiento informado del Usuario de los servicios sanitarios” op. cit. pág. 48.

⁹ Antonio FRAGA MANDIÁN y Manuel María LAMAS MEILÁN "El consentimiento informado..." op. Cit. Pág. 99.

finalidad de permitir al paciente decidir si se someterá o no a la operación... Consistiendo la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora, en la extracción de una masa adiposa de aproximadamente cinco kilogramos y habiéndose verificado que la operación fue practicada con esmero, las importantes e inevitables cicatrices que quedaron en el cuerpo de la paciente evidencian un daño resarcible, si no se le informó previamente acerca de ellas. Ello, en tanto la violación del deber de información califica como daño a la integridad física a las consecuencias aún inevitables de la operación”.¹⁰

Debe tenerse en cuenta que en Europa la proporción de reclamaciones judiciales aumenta cuando el riesgo es bajo, y ello porque en las intervenciones de alto riesgo (oncológicas, cardiovasculares, neurológicas, etc.) el médico suele mostrarse más exhaustivo en la información que suministra al paciente y a sus familiares, y llevarse a efecto en grandes centros hospitalarios que suelen tener protocolizadas sus actuaciones, siendo consciente tanto el paciente como sus familiares del alto riesgo que la actuación médica implica y de su ineludible necesidad.

En materia de consentimiento informado, uno de los problemas que se presenta es el referido a la extensión del resarcimiento, es decir al daño que debe ser reparado en caso de que el paciente haya sido intervenido sin que previamente se le haya requerido el consentimiento informado.

En otras palabras y ejemplificando. Un paciente es sometido a una coronariografía sin que previamente sea informado respecto al riesgo de que sufra algún tipo de incapacidad como consecuencia del procedimiento.

En este caso, cuál es el daño que el médico deberá indemnizar. ¿Deberá reparar todo el daño (la incapacidad) o sólo el perjuicio de naturaleza extrapatrimonial derivado de la falta de obtención del consentimiento informado?.

Es que la omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una ofensa a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad, ello no quiere decir que los médicos hayan causado el daño pues la lesión no obedece a culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio (caso fortuito) de esa intervención. En estos casos bien se puede decir que no existe relación de causalidad adecuada entre la no obtención del consentimiento informado y el resultado final que obedece al riesgo propio de del tratamiento.

Incluso los médicos pueden llegar a probar vgr. a través de una pericial psicológica, que el paciente de haber sido correctamente informado

¹⁰ Ver el fallo in extenso en “Revista de responsabilidad civil y seguros” La Ley, Año I N° 3 Mayo-Junio de 1999, pág. 245 con nota muy interesante de Federico Gustavo PIZZETTI titulada “Cirugía Estética y responsabilidad profesional de los médicos”.

y haberse obtenido así su consentimiento, igualmente se hubiera sometido a dicha práctica.

No obstante todo ello, en la práctica tribunalicia, parece tener primacía el criterio elaborado por Roger Dalq según el cual, cuando el médico actúa sin obtener la voluntad debidamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios de su intervención, aún cuando no exista culpa en la producción del daño.¹¹

En este sentido el Tribunal Supremo Español, en sentencia del 23 de abril de 1992 tiene establecido que “..la no advertencia al paciente de los riesgos de la intervención y sus alternativas hace que sea el cirujano quien asuma los riesgos por si solo, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información apropiada”. De esta jurisprudencia se deduce que al no haberse desarrollado adecuadamente la información, corresponde a los profesionales cubrir las responsabilidades que la intervención conlleve.

“Queda claro pues, que la precitada dificultad para establecer el nexo causal entre la falta de información y el daño, ha favorecido la adopción de una postura según la cual, la defectuosa información de los riesgos de una intervención, especialmente cuando es de alto riesgo, supone tanto como la asunción por parte del facultativo de aquéllos , además de ser determinante del deber de responder, incluso si la operación se ha efectuado correctamente. Esta argumentación lleva implícita la idea de que dichos riesgos constituyen por sí mismos un daño, pero curiosamente, en caso de que se hubiera proporcionado información suficiente al paciente respecto a éstos, no tendrían tal carácter salvo, lógicamente, cuando la actuación médica se hubiese efectuado sin la diligencia debida”.¹²

Por nuestra parte creemos que no se pueden adoptar soluciones generales y simplistas. Estimamos que como regla general, deberá estarse a la teoría de la causalidad adecuada que recoge sabiamente nuestro Código Civil. En tal sentido, no cabe duda que la no obtención del consentimiento informado puede significar una lesión a los derechos de la personalidad del paciente, pero de ahí a responsabilizar íntegramente a los profesionales por un resultado dañoso cuando éste no puede ser atribuído a culpa del profesional hay un trecho muy largo.¹³

¹¹ Ver María Patricia CASTAÑO DE RESTREPO “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica” op. cit., pág. 65.

¹² Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ “Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, pág. 105.

¹³ Sobre el particular recomendamos la lectura de la obra “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Amelia Sánchez Gómez, Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 101 y sgtes. En donde analiza si el defecto de información es fuente de

En todo caso, corresponderá también evaluar (incluso a través de prueba pericial psicológica) cual hubiera sido la decisión del paciente de haber sido correctamente informado y teniendo por supuesto en cuenta las particularidades del caso (gravedad de la enfermedad, urgencia del tratamiento, etc.). Con esto quiero decir que el médico puede intentar probar que de haber informado correctamente al paciente, éste hubiera dado su consentimiento para el acto médico en cuestión.

De todas maneras, siempre se debe tener presente que el consentimiento informado no legitima conductas negligentes.

Otro problema que puede presentar el tema propuesto es el del hallazgo médico. Este se presenta cuando en el curso de una intervención quirúrgica, el cirujano encuentra que el paciente tiene otra dolencia que requiere también su intervención, siendo que ésta última no era conocida por el paciente y por supuesto no pudo haber sido informado al respecto ni mucho menos dado su consentimiento.

La solución es extremadamente casuística. En su búsqueda habrá que tener especialmente en cuenta el criterio de beneficiencia según el cual el médico debe hacer todo lo que esté a su alcance para sanar al paciente, sumado al respeto por la autonomía de éste y a la urgencia de la nueva intervención. De todas maneras siempre queda el recurso de consultar a los parientes del paciente que muchas veces se encuentran esperando fuera del quirófano.

La jurisprudencia francesa considera que cuando en el curso de una intervención quirúrgica consentida, aparecen circunstancias nuevas que hacen ineludible y urgente una actitud terapéutica distinta, que no permiten diferirla para una fase posterior, el médico está legitimado y obligado, en el interés del paciente, a continuar y variar en su caso, el tratamiento inicialmente previsto, lo que en este caso resulta vital y, por ende, urgente e inaplazable.¹⁴

JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

responsabilidad *per se*, como también la necesaria relación de causalidad que debe existir entre ese defecto de información y el daño causado.

¹⁴ Sentencias de la Corte de Apelación de París del 20 de febrero de 1946, 28 de junio de 1923 y 18 de diciembre de 1980; del Tribunal de Rouen del 17 de diciembre de 1970, del Tribunal de Nimes del 20 de octubre de 1953, etc.. Todas ellas citadas por Julio César GALÁN CORTÉS en “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” op. cit. pág. 42.

Si bien a esta altura de los tiempos, cada día son más los fallos de nuestros tribunales en los que se hace alusión al consentimiento informado, podemos citar tres antecedentes que se constituyeron en verdaderos leading cases. Son los que mencionaremos a continuación:

A- "Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro"¹⁵

En este caso, 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.

En su dictamen, el Asesor de Menores 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..."

B- "Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros"¹⁶

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.

¹⁵ Cam. Nacional Civil, Sala I, 25 de octubre de 1990 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". De fundamental importancia resulta el dictamen del Asesor de Menores Dr. Alejandro Molina.

¹⁶ 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.

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 art. 1071 del Código Civil, particularmente grave (art. 902 C.C.), 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 (art. 1109 C.C.), por abuso del derecho de no contratar, siendo por otra parte, este último precepto citado, el que sustenta el resarcimiento por daño".

C- "P., R.H. c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ responsabilidad médica".¹⁷

En el camino evolutivo hacia el pleno reconocimiento de la autonomía del paciente y de la importancia del consentimiento informado, cobra singular valor este precedente judicial en el que si bien se juzgó que no existió culpa en el accionar de los profesionales, igualmente se condenó a la institución sanitaria por no tener organizado un sistema que asegure la obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a cualquier intervención médica.

El actor, un Coronel del ejército, estaba siendo atendido por el servicio de cardiología del Hospital demandado. El actor presentaba una enfermedad arterial en varios sectores del organismo cuyas principales expresiones clínicas eran su claudicación arterial intermitente de miembros inferiores, su enfermedad coronaria y la presencia de soplo carotídeo que hace presumir lesión cerebral por alteraciones anatómicas, arteriales de los vasos del cuello. Frente a ese cuadro era necesario a criterio de los cardiólogos tratantes, la realización de la panarteriografía.

¹⁷ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 28 de diciembre de 1993 publicado en El Derecho, diario del 18 de noviembre de 1994 con nota de Susana ALBANESE titulada "El derecho de los pacientes a recibir información".

Fue así que se le indicó la necesidad de realizarse una arteriografía cerebral. La arteriografía fue practicada en el servicio de hemodinamia del mismo hospital.

La arteriografía cerebral, según el informe concordante de todos los peritos presenta un riesgo del 0,5% de dejar serias secuelas incapacitantes y hasta incluso producir la muerte del paciente, aún cuando sea realizada conforme la *lex artis* y poniendo los profesionales la mayor diligencia.

Fue así que en el caso concreto, este mínimo riesgo del 5 por mil (0,5%) se efectivizó y como consecuencia de ello, el paciente sufrió lesiones que lo incapacitaron en forma total.

Todos los peritos que intervinieron fueron concluyentes en afirmar que ante la jerarquía del órgano involucrado -el cerebro- es de correcta práctica diagnóstica estudiar en forma objetiva el sector de los troncos supraaórticos, y que ante un paciente con una enfermedad arterioesclerótica con lesiones multifocales las actitudes e indicaciones de los profesionales médicos fueron las adecuadas, por lo que ordenar una panarteriografía no fue una conducta imprudente. Más aún; el estudio hemodinámico era necesario y la mala conducta médica hubiera consistido en no ordenarlo.

También concluyó el Tribunal, con fundamento en los dictámenes periciales, que no hubo estrictamente mala praxis por parte de los profesionales intervinientes.

Ahora bien, al no estar en duda el riesgo del procedimiento, el Tribunal se pregunta si el paciente fue advertido de tal riesgo. "No cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital".

Señala el Tribunal que "un adulto tiene derecho de 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. En este caso, ante la ausencia de prueba, concluyo en que los médicos -no se con precisión cuál de ellos- eligieron por el paciente. Como señaló el Dr. Pérez Delgado en la causa que he citado, es un deber elemental del prestador del servicio médico el advertir al paciente de los riesgos, pues éste es en definitiva quien debe decidir si vale la pena afrontarlos. Puesto que algún médico -todos ellos dependientes del hospital- debía cumplir con esa obligación y ninguno lo hizo, el hospital debe responder".

Se explica también que el tema no pasa por explicarle al paciente que va a ser sometido a un cateterismo, sino puntualmente -además

de aquello- que entre los riesgos de ese cateterismo, a la luz de sus antecedentes, podía quedar en la situación que quedó con una seria incapacidad.

Sentado lo anterior, el tribunal se pregunta cuál de todos los médicos tratantes era el que tenía el deber de informar al paciente sobre los riesgos del estudio al que iba a ser sometido.

Al respecto en la sentencia se lee: "de modo que no puede decirse con precisión quien era el médico encargado de advertir al paciente del riesgo que corría. Sin duda algún médico del hospital tenía tal responsabilidad, pero no puedo decir que fuera el cardiólogo que ordenó el estudio ni que fuera quien lo practicó. El hospital -como entidad- responde por la omisión de advertir ese riesgo, pero es imposible determinar con que médico debe compartirla en especial. Durante los ocho días que transcurrieron entre que el examen fue ordenado y el mismo fue practicado el paciente permaneció internado en el hospital. Alguno de los médicos durante ese lapso, debió advertirle el riesgo que correría -y, como luego veremos- omitió hacerlo".

Lo que no pudo hacer el tribunal en base a las pruebas recolectadas en la causa, fue determinar cuál de todos los médicos en forma individual tenía la obligación de informar sobre los riesgos al paciente.

No obstante ello, no cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital.

La falta de individualización del profesional que debía informar al paciente de los riesgos a que iba a ser sometido en el estudio indicado (obtención del consentimiento informado) hizo que la demanda sea rechazada contra los profesionales en forma individual.

Pero el Tribunal consideró que "ambos servicios, en sus cabezas, y el resto de los facultativos, conforman, en las especialidades aludidas, la organización hospitalaria y si bien, como se señaló, legalmente no había obligación de asentar la conformidad por escrito por que no se trataba de una mutilación, sí moral y humanitariamente, ciertamente estaba la obligación de informar y dar la posibilidad de decidir al actor y/o su señora esposa, y la constancia escrita, hubiera servido como prueba irrefutable".

En definitiva, si bien se rechazó la demanda contra los médicos, el hospital fue condenado por no tener organizados sus servicios de manera tal que se asegure la obtención del consentimiento informado de todo paciente que va a ser sometido a una práctica médica.

C- “Pereyra, Miguel c/ B., J.M. s/ daños y perjuicios”¹⁸

En este Fallo la Cámara, confirmando el pronunciamiento de primera instancia señala que el tema de la no obtención del consentimiento informado debe integrar la demanda si se pretende que sea tratado en la sentencia.

La parte actora, en su demanda nada había dicho respecto de la no obtención del consentimiento informado por parte de los profesionales demandados pues la imputación de negligencia pasaba por la elección de un tratamiento equivocado. A posteriori, en etapa de alegar, pretendió introducir el tema del consentimiento informado, lo que mereció acertada respuesta por parte del Tribunal.

En este sentido se lee en el fallo que “un reclamo por violación del deber de información necesariamente habría exigido defensas específicas del demandado y necesariamente la prueba habría transitado por otros carriles, tomando en consideración que los daños que tendrían relación de causalidad con esta infracción pueden ser distintos de los daños que se reclaman en esta causa”.

¿TODOS DE ACUERDO CON EL CONSENTIMIENTO INFORMADO?

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. Tan es así que como quedo visto, existen precedentes judiciales en lo que si bien no ha existido mala praxis médica (culpa profesional y daño), igualmente la institución médica ha sido condenada por cuanto no se cumplió con el requisito de la obtención del consentimiento informado del paciente como paso previo a cualquier intervención médica.

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

En este sentido, nunca nos cansamos de recomendar el trabajo de Howard Brody titulado “El jefe de Clínica Médica”.¹⁹

¹⁸ Fallo de la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, inédito.

¹⁹ Publicado en pág. 63 y sgtes. del libro “Decisiones de vida y muerte – eutanasia, aborto y otros temas de ética médica” de Florencia LUNA y Arleen SALLES, Edit. Sudamericana, Bs. As. 1995,-

En el caso que narra Brody, se trataba de un paciente que ingresa a un hospital debido a una serie de afecciones. El paciente fue estudiado por un grupo de médicos, pero éstos no podían hacer un diagnóstico. No obstante ello, el paciente empeoraba día a día. A todo esto, los médicos todavía no sabían cuál era la condición clínica del paciente.

Temiendo la reacción de los parientes del paciente, ordenaron a los médicos residentes y a una estudiante de medicina que estaban siguiendo el caso no dar información sobre el empeoramiento y sus causas, ni al paciente ni a sus familiares. Cualquier pregunta debería ser dirigida a los médicos tratantes quienes dieron sólo las respuestas más superficiales a los interrogantes de la familia, “como hacen generalmente los médicos cuando están aterrorizados por la posibilidad de juicios por mala praxis, en resumen, actuaron aumentando las posibilidades de que realmente los demanden”.

No obstante las instrucciones recibidas, la estudiante de medicina, que venía siendo formada en las nuevas escuelas y en base a los nuevos principios bioéticos de respeto por la autonomía de los pacientes, un día se acercó a los parientes del paciente y les contó la verdad, que nadie sabía que tenía el enfermo ni cómo curarlo y que en realidad estaba cada vez peor, y a punto de fallecer.

Relata Brody que la estudiante “miró a los familiares, amable y tristemente, les tomó las manos y les dijo: su padre se está muriendo. Deben ir a verlo y estar con él para darle el último adiós”.

El tema llegó al Jefe de Clínica Médica, quien más que irritado por la actitud de la joven estudiante la llamó para reprenderla.

Comenzó diciendo que hacía ya algunos años esperaba una situación como la ocurrida en que una joven profesional o estudiante aplique las nuevas teorías según las cuales se cuestiona a la autoridad, se imaginan derechos y se piensa que cualquiera que esté en el poder es una amenaza.

Luego el Jefe le dijo a la estudiante “quiero que comprenda la enorme amenaza que usted significa para nosotros, a quienes nos importa la medicina y quienes debemos protegerla y llevarla hacia adelante”.

A continuación, el Jefe de Clínica siguió diciendo: “Usted ha venido a aprender cómo curar. Usted brindaría esperanza y bienestar al enfermo y al moribundo. Pero usted ha venido para ofrecer estos grandes bienes sólo a un pequeño número de privilegiados. ¿Se sorprende por ello? ¿No pensó que venía para servir a todos, al pobre y desamparado como al rico e instruido?. Pero lo que le digo es así. Porque usted ofrece su particular forma de curar y su esperanza a los pocos privilegiados que, en la enfermedad, quieren pensar y actuar por sí mismos. Busca al raro individuo que desea el poder para hacer elecciones cuando su propia vida y su muerte

están en juego, y a la persona aun más rara que, habiéndosele concedido ese poder, sabe cómo emplearlo. Sus facultades para comunicar, educar, informar – todas esas tareas de moda que tanto intrigan a los mal encaminados tontos que se jactan de instruirla - están dirigidas a esos pocos privilegiados. Y, mientras usted ofrece comodidad y esperanza a esos cientos o miles de privilegiados, los millones de seres que no tienen ese poder irán a la tumba privados del consejo y la esperanza que tanto necesitan. Porque usted no puede seguir ambos caminos. Lo que es esperanza para unos pocos privilegiados, para las masas significa una profunda desesperación. Las masas temen a la enfermedad y a la muerte, y quieren que el médico anule esos temores. El médico que les dice que tienen el poder de elegir frente a la enfermedad y la muerte, y que los alienta a optar, los llena de angustia. El mensaje de la libertad, para los millones de desesperados, es el más vacío y carente de esperanza que podrían escuchar...El médico que insiste en que el poder, la elección, la libertad de todos modos no le pertenecen, destruye la última esperanza de millones de seres sufrientes...Millones de personas son muy felices de autoconsiderarse libres y ajustarse estrictamente a sus propias elecciones y a su poder de realizarlas, a pesar de nuestro consejo, válido o pero sólo cuando se sientan sanas y actúen en consecuencia...Conocemos la mirada de angustia que aparece en los ojos del paciente al pedírsele que tome la más simple decisión y el alivio que muestran cuando el médico parece tener poder sobre la enfermedad...”

Finalmente, la actitud asumida por la estudiante del relato, a criterio del Jefe de Clínica hace perder a la medicina su propia magia que se presenta en forma de milagro, misterio y autoridad y que en más de un caso ha permitido curas inexplicables.

Como se puede apreciar, en el tema del consentimiento informado, no todo está dicho.

En definitiva, dos maneras de ver la medicina que tal vez habrá que compatibilizar por que ambas tienen algo de cierto.

LA INSTRUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

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.

Debe tenerse en cuenta que “la carga de la prueba corresponde al médico, y ello de acuerdo con el criterio establecido en materia de información, en el sentido de que pesa sobre quien lo afirma la carga de la

prueba de la prestación, por cuanto de invertir tal carga y desplazarla sobre el paciente, se le impondría a éste una prueba diabólica (probar un hecho negativo, esto es, que no se le dio la necesaria información, ni otorgó el preceptivo consentimiento informado), mientras que para el médico se trata de probar un hecho positivo, del que podría dejar buena constancia en la historia clínica...”²⁰. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Estrasburgo, en sentencia dictada el 21 de abril de 1994, entiende que la prueba de que la información fue suficiente recae sobre el médico.

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

Por empezar 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.

Siempre insistimos que 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. Las Cortes 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 ocupar 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”.²¹

En sentido semejante se ha dicho que “en íntima relación con el deber de informar, la historia clínica constituye un documento de gran

²⁰ Julio César GALÁN CORTÉS “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” op. cit. pág. 37.

²¹ Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”. Op. cit., pág. 141.

trascendencia a efectos probatorios, puesto que en él se refleja todo lo relativo a la enfermedad del paciente”.²²

Un verdadero especialista en estos temas como es el médico español Simón Lorda, nos da algunas recomendaciones respecto a la elaboración de formularios escritos de consentimiento informado.

En primer lugar, todo formulario debe asegurar 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.

"Para obviar y destruir en caso de contienda judicial la alegación de que la información suministrada por el médico a efectos del consentimiento ha sido pobre o incomprensible, se han editado en los EEUU unos folletos, profusamente ilustrados con viñetas en colores, a

²² Amelia SANCHEZ GÓMEZ “El contrato de servicios médicos y el contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 89.

semejanza de un cómic, donde, paso a paso y en lenguaje sencillo, ameno y claro, se explica al paciente la manipulación diagnóstica o de tratamiento que va a recibir, si consiente. La Asociación Americana de Médicos (A.M.A.) recomienda vivamente su utilización como medio de protección contra demandas infundadas".²³

La importancia que ha tomado el tema del consentimiento informado en España es manifiesta. Tan es así que el Gobierno de Navarra a través de su Departamento de Salud y Servicio de Asistencia Sanitaria, en el año 1997 editó una "Guía práctica sobre el Consentimiento Informado". Se trata de un folleto prolijamente editado en cuya presentación se dice "Tengo la satisfacción de presentar este documento, en el que se expone de forma clara, fácil y práctica el modo de hacer efectivos dos de los derechos de los usuarios de la asistencia sanitaria, que más han contribuido en los últimos años a un cambio en la concepción de la medicina y de la ética asistencial, el Derecho a la información y el Derecho a la participación, que en conjunto se ve reflejado en el Derecho al consentimiento informado".²⁴

Debe tenerse en cuenta que por más que se haya cumplido estrictamente con el proceso de consentimiento informado, ello no constituye una patente de corso para el profesional, en el sentido de que siempre será la actuación médica conforme la *lex artis* en cada caso la que sirva para juzgar su completa actuación.

²³ Antonio FRAGA MANDIÁN y Manuel María LAMAS MEILÁN "El consentimiento informado..." op. Cit. Pág. 95.

²⁴ Firma el prólogo de la obra Santiago CERVERA SOTO, Consejero de Salud del Gobierno de Navarra.