

Consentimiento informado y derecho a la autonomía personal

por ANAHÍ ELIZABETH PROPATTO⁽¹⁾

I | Introducción

Toda persona física, además de la posibilidad de adquirir derechos de toda especie durante toda su vida, lleva consigo desde el origen, e inseparablemente, algunos derechos que, precisamente por ello, se denominan "esenciales" o "derechos de la personalidad"; derechos que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona, pudiendo mencionar aquellos como el derecho a la vida, a la integridad física, a disponer de su propio cuerpo, dignidad, libertad, etc.

Partiendo de la definición del doctrinario Santos Cifuentes, "el derecho al cuerpo o sobre el cuerpo no es algo exterior, separable mecánica o materialmente, distinto o independiente del hombre. No es cosa, no es res, no es una realidad per se. Es la condición que imprime corporeidad a la vida humana. El hombre es corpóreo porque fundamentalmente es desde y por su cuerpo".⁽²⁾ Existe un vínculo entre este derecho y el de la

(1) Abogada (UBA). Coordinadora Administrativa del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA). Docente de Grado con cargo designado de Ayudante de 2º en la materia Derecho de la Salud del Ciclo Profesional Orientado (UBA). Actualmente, cursando el postgrado UBA "Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud, Gestión y Legislación Sanitaria".

(2) CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2008.

vida: "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica se presenta como el primero de los derechos de la personalidad, esencial entre los esenciales".⁽³⁾

Quedan así expresadas dos ideas fundamentales: al cuerpo no se lo puede confundir con los objetos exteriores, materiales y valorables, y el hombre cuenta con un cúmulo de facultades sobre su propio cuerpo. Con la expansión de los derechos personalísimos, se ha puesto de relieve la necesidad de contar con la voluntad del paciente, el cual no hace otra cosa que ejercer facultades que nacen de la integridad física, el derecho a la salud y al cuerpo.

En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente, enseña Bueres, quien encuentra fundamento de esa premisa en dos derechos existenciales, los que protegen la libertad personal y el propio cuerpo.

Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido, surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁽⁴⁾ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁽⁵⁾ y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).⁽⁶⁾ Hoy en día, esa dignidad y libertad resultan indiscutibles, son fundamento en todo ordenamiento y su reconocimiento está expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado es la expresión de la libre autodeterminación de todo ciudadano y lleva im-

(3) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *El valor de la vida humana*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

(4) Art. 25, inc. 1º: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

(5) Art. 1º: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona"; y art. 11: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

(6) Art. 5º, inc. 1º: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y art. 11, inc. 1º: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

plícito dos funciones: promover la autonomía de los individuos y fomentar la racionalidad en la toma de decisiones médicas.

En este camino, nos encontramos frente a un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, en tanto se quebranta el modelo “paternalista” —por el cual jamás se solicitaba al médico explicación alguna de su proceder y, al mismo tiempo, este tampoco estaba obligado a darla— y va en ascenso el modelo “autonomista”. Se comienza a considerar que el paciente es un individuo autónomo, capaz y, al mismo tiempo, comienza a ser destinatario de toda la información necesaria, así como de ser absolutamente libre para tomar todo tipo de decisiones sobre su propia salud. Esta nueva forma de entender la relación médico-paciente ha surgido como consecuencia de profundas transformaciones en la medicina y en la sociedad. El modelo antiguo exigía al enfermo obediencia y confianza en el médico, y el médico, por su parte, debía mantener una autoridad fuerte para cumplir con su deber de buscar el máximo beneficio objetivo del paciente.⁽⁷⁾

La bioética, por su parte, no tardó en influir en el derecho, repercutiendo sobre la relación médico-paciente y acentuando el respeto a la dignidad de este último. Uno de sus principios fundamentales, el de la **autonomía**, proclama el respeto por la persona, la no interferencia y el deber de no coartar sus decisiones individuales. Lleva a la consideración del paciente como agente responsable de la atención de su salud, capaz de saber y decidir, al mismo tiempo que supone el reconocimiento del actuar autorresponsable. Frente a lo expuesto, puede entrar en conflicto otro principio de la bioética, el de **beneficencia**, propio de la ética médica tradicional y de los principios clásicos hipocráticos, que implica no perjudicar al paciente ni ocasionarle mal, obligando al galeno a poner el máximo empeño en atender al paciente y hacer cuanto pueda para mejorar su salud en la forma que considere más adecuada.⁽⁸⁾ Para armonizar ambos principios, se recurre al tercero, el de la **justicia**, que es el reparto equitativo de cargas y beneficios en el ámbito del bienestar vital y configura el consenso ético para abordar los conflictos. Este principio impone límites al de autonomía, ya que pretende que cada

(7) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, “El consentimiento informado: un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar decisiones”, *Cuadernos del Programa Regional de Bioética* N° 2, abril de 1996, Organización Panamericana de la Salud.

(8) RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *Derecho Civil parte general*, 2ª. reimp., Bs. As., Astrea, 2003.

individuo no atente contra la vida, la libertad y los derechos básicos de otras personas.⁽⁹⁾

En los últimos años, esta relación experimentó una transformación radical y ahora el paciente espera que se respeten sus derechos, su autonomía para decidir y su proyecto autorreferencial de vida.

1.1 | Evolución histórica

Hacia el año 1931, el Ministerio de Sanidad del Reich alemán dictó una regulación concerniente a las nuevas terapias médicas y experimentales con sujetos humanos, en la cual se reconocía el derecho del paciente a otorgar su "claro e indubitable" consentimiento para participar en ensayos clínicos y experimentos programados. Sin embargo, esta normativa de avanzada no fue aplicada en el territorio alemán durante la Segunda Guerra Mundial en los campos de concentración y exterminio. Ello colaboró para que el Tribunal de Núremberg, una vez finalizada la guerra, se esforzara por establecer principios básicos a fin de resguardar los aspectos morales, éticos y legales involucrados con las investigaciones en seres humanos. Motivo por el cual, en el año 1947 se dicta el Código de Núremberg que, en su punto uno, determina que el consentimiento voluntario del sujeto humano potencial de una investigación es absolutamente esencial y que la persona involucrada debe tener capacidad legal de dar el consentimiento, debiendo estar en condiciones que le permitan el libre ejercicio del poder de elección sin la intervención de ningún elemento de presión, fraude, engaño coacción o compulsión y debe tener además, conocimiento y comprensión suficiente de los elementos en juego de la investigación que le permitan tomar una decisión lúcida y con conocimiento de causa. Esta persona ha de conocer la naturaleza, duración y propósito de la misma, el método a utilizarse y los medios que se pondrán en práctica.

Posteriormente, y continuando con esta línea de protección, se dictaron las Declaraciones de Helsinki. La primera fue adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial y se llevó a cabo en esa ciudad (Helsinki, Finlandia) en junio de 1964. Esta Declaración de Helsinki I dio a conocer una recomendación para guiar el curso de las investigaciones con seres humanos, especialmente preparadas para esclarecer la conciencia de los médicos del mundo entero.

.....

(9) КВИТКО, LUIS A., *La peritación médico-legal en la praxis médica*, Bs. As., La Rocca, 2008.

Transcurrida la 29ª Asamblea Médica Mundial que tuvo lugar en la ciudad de Tokio en el año 1975, se dicta la Declaración de Helsinki II que amplió la primera e introdujo la **investigación biomédica en sujetos humanos**; asimismo, determinó que los protocolos deberán contener mención de las consideraciones éticas del caso y que se deberá contar con el consentimiento informado.

En este mismo eje temático, se dicta en 1973 la Carta de los Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales que en su articulado (2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º) prioriza el derecho a obtener de su médico la información completa disponible para otorgar el consentimiento informado antes del inicio de cualquier prueba y/o terapia. También le brinda el derecho al paciente de rechazar el tratamiento una vez informado de las consecuencias que implica tal acción.

Para concluir con este derecho a brindar un consentimiento informado libre previo a someterse a una investigación clínica, podemos mencionar la Guía de Ética Médica Europea del 06/01/1987, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina que tuvo lugar en Oviedo en abril de 1997 y la Declaración de Bioética de Gijón del año 2000.

En función de lo hasta aquí expuesto, y en concordancia con el Dr. Rabinovich-Berkman,⁽¹⁰⁾ concluyo que con la aparición de la bioética se empezó a "moralizar" la medicina y "medicalizar" la moral.

A partir de entonces, el cuerpo médico, antes de ensayar procedimientos invasivos o riesgosos, debía revelar pormenorizadamente a su paciente cuál era la naturaleza y el propósito que dicho procedimiento perseguía, como también sus riesgos y beneficios potenciales, además de las alternativas de tratamientos disponibles alternativos al recomendado. Todo esto para que fuera él mismo el que finalmente acordara o rechazara la oferta de los profesionales. Recién en esa época se sistematizaron las preocupaciones en torno a la consideración del enfermo como persona plena, titular de obligaciones y derechos, pero también dueño de una autodeterminación que le permitía, en forma racional y libre, ejercer su dominio sobre sí, y por lo tanto, participar en las decisiones terapéuticas, diagnósticas o de investigación.

.....

(10) RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *op. cit.*

1.2 | Antecedentes jurisprudenciales

El primer gran antecedente que diera origen a la obtención del consentimiento informado data del año 1914 y fue dictado en la causa “Schoendorff vs. Society of New York Hospital”. En dicho precedente judicial la mujer padecía de un fibroma y ante la operación quirúrgica que le practicaron se sostuvo que “todo ser humano adulto y sano mentalmente tiene derecho a determinar qué es lo que él hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente...”. El segundo antecedente se desarrolla en el año 1957⁽¹¹⁾ y tuvo como hecho el juzgamiento de las responsabilidades de una paraplejía producida por una aortografía translumbar (técnica radiológica que permite descubrir posibles alteraciones en la morfología de las aortas —examen vascular—), cuyos riesgos no habían sido advertidos previamente al paciente. El juez estadounidense de la causa dijo: “Un médico viola su deber hacia su paciente y es sujeto de responsabilidades si no proporciona cualquier dato que sea necesario para fundamentar un consentimiento inteligente al tratamiento propuesto...”.

Vistos los antecedentes hasta aquí descriptos y su evolución, nos enfocaremos en la legislación vigente existente en nuestro país.

2 | Legislación Sanitaria. Concepto. Deber de informar

Remontándonos al año 1967, se dicta en nuestro país la ley 17.132 de “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas” que, en su art. 19, inc. 3, determina que los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a respetar la voluntad del paciente (primer signo de la autonomía de la voluntad receptada en una norma) en cuanto sea su negativa a tratarse o internarse salvo en los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. Continúa diciendo el artículo: “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”; esto es así en cuanto se debe

(11) “Salgo vs. Leland Stanford Jr. University-Broad of Trustees”, California, EEUU, 1957.

requerir consentimiento en forma escrita a los pacientes que sufrirán ese tipo de intervención. Prosiguiendo con el marco legal, cito la Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionada en el año 1999, introduciendo el concepto de “consentimiento informado” en el art. 4° inc. d) como un derecho de los pacientes. Años más tarde, en noviembre de 2009 se dicta la ley nacional 26.529 de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, modificada luego de tres años tan esperados, bajo el número 26.742 y reglamentada por decreto 1089/2012.

La primera parte del art. 5° de la citada Ley de Derechos del Paciente expresa lo siguiente: “Declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, luego de recibir por parte del profesional tratante, información clara, precisa y adecuada...”. En otras palabras, esto significa que para que el paciente pueda materializar esa declaración de voluntad, y llegue así a tomar una decisión sobre su estado de salud, procedimiento a seguir y plan de diagnóstico —terapéutico, quirúrgico o de investigación científica o paliativa—, este debe ser informado por el médico, y esa transmisión de la información que se realiza de “experto a profano” (en palabras del recordado y querido Atilio Alterini) debe ser clara, precisa y adecuada; y, agregamos, adaptados al nivel cultural de cada persona aquellos conocimientos necesarios que permitan al usuario de servicios de salud decidir qué resulta apropiado para su cuerpo y su conciencia.

Debe partirse de la base de la ignorancia del paciente, de ahí que el médico no debe esperar a ser interrogado, sino que la información debe fluir de él ya que se encuentra en una posición de superioridad que viene dada por sus conocimientos.⁽¹²⁾

Claro está que para asumir este consentimiento, el paciente debe reunir ciertas condiciones tales como disponer de una información suficiente, comprender la información adecuadamente, encontrarse libre para decidir de acuerdo a sus propios principios y ser competente para tomar la decisión en cuestión. El consentimiento informado solo se logra como resultado de un proceso de diálogo y colaboración en el que se intenta tener en cuenta la voluntad y los valores del paciente.⁽¹³⁾

.....

(12) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “El Consentimiento Informado en la práctica médica”, en *La Ley* JA 2001-III-1085, 2011.

(13) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL A., *op. cit.*

A su vez, la reglamentación traída por el decreto 1089 impone la obligación al médico de informar, aun cuando esa información presente dificultades para ser comprendida o el paciente, ejerciendo su derecho de la autonomía de la voluntad, no acepte recibir dicha información. En consecuencia, podemos mencionar los siguientes casos: **incapacidad** del paciente, el profesional debe adecuarla a sus posibilidades de comprensión y competencia y, además, cumplir también con informar a su representante legal; cuando se encuentre en **riesgo la salud pública**, aún contra la voluntad del paciente, el galeno debe ponerlo en conocimiento; y por último, frente al caso de "estado de necesidad terapéutica" cuando el profesional entienda que comunicando una situación al paciente, este pueda sufrir riesgo o perjudicar su salud de manera grave. Debe dejar asentado en la historia clínica a qué familiar le comunicará tal situación.⁽¹⁴⁾

Especial hincapié hace la ley reconociendo los derechos de los niños, es decir que cuando estos puedan comprender los alcances de la información que le brinda su médico, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarle la información a las personas legalmente habilitadas. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender a favor del paciente, respetando su dignidad y promoviendo su participación en la toma de decisiones, según su competencia y discernimiento. Este es un derecho consagrado bajo la protección de la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional en nuestro país. El art. 13 inc. 1 de la citada Convención menciona: "El niño tendrá derecho a la libertad de expresión, ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de todo tipo, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño".

A medida que el menor se va haciendo mayor y sus aptitudes aumentan, se lo debe incluir de manera más plena en la toma de decisiones. En tal sentido, el art. 12, inc. 1° de la referida Convención preceptúa que la opinión del niño, libremente expresada, deberá ser tenida en cuenta

(14) Honorable Congreso de la Nación Argentina, ley 26.742, 09/05/2012, BO 32.404, del 24/05/2012, p. 1. Decreto 1089/2012 PEN: apruébase la reglamentación de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, 05/07/2014, BO 06/07/2012.

debidamente "en función de la edad y madurez...".⁽¹⁵⁾ A su vez, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci⁽¹⁶⁾ señala, con respecto a ello, que no ha de olvidarse que tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, en tanto "una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación". Tratándose de menores de edad para la legislación civil, la participación de estos en la toma de decisiones atinentes a su propia salud se torna necesaria dentro de los parámetros descriptos.

Hemos mencionado en el presente punto el tema de los representantes legales. En cuanto a estos, ha sido regulado por la ley 26.742 y su decreto reglamentario denominado "consentimiento por representación" y se aplicará en los casos que el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del equipo de salud tratante, o cuando su estado físico o psíquico no se lo permita y no haya designado persona alguna. En estos casos, entra en juego el art. 21 de la ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos mencionando el siguiente orden de prelación: cónyuge supérstite o conviviente que acredite tres años de convivencia, hijos mayores a 18 años, padres en forma indistinta, hermanos mayores de 18 años, abuelos, parientes consanguíneos hasta el 4° grado, parientes por afinidad hasta el 2° grado y, por último, representantes legales, tutores o curadores.

En cuanto a la segunda parte del art. 5°, esta expresa que el profesional de la salud debe informar al paciente: su estado de salud, descripción del procedimiento propuesto, tanto de sus objetivos como la manera en que se llevarán a cabo, los riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, beneficios del procedimiento a corto, mediano y largo plazo, posibles procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios o perjuicios de la implementación del mismo; para que con ello, el paciente, ejerciendo su autonomía de la voluntad, pueda aceptar o rechazar, sin expresión de causa, determinados procedimiento o terapias indicadas.

(15) LAVALLE, OLGA O., "Consentimiento informado en adolescentes", en *La Ley*, JA 2000-IV-1067, 2000.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "El derecho del menor sobre su propio cuerpo", conferencia dictada en las *Jornadas de Bioética y Derecho*, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000.

3 | Obligatoriedad

Los arts. 6° y 8° imponen como obligatoria la obtención del consentimiento informado en forma previa a toda intervención profesional médica para todos los subsectores de salud, incluso para los supuestos de exposiciones con fines académicos. Para ello, se requiere brindar adecuada información, pero no en términos de un acto administrativo que implique la suscripción de un formulario, sino como parte del proceso de atención en la que el paciente debe tener una activa participación.

Es entonces que parece aconsejable y prudente que este proceso acontezca en el marco de la relación médico-paciente. En tal sentido, entendemos que, a partir de la entrada en vigencia de esta ley, ya no habrá dudas respecto de que el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado, más allá de las sanciones que la misma norma prevé, generará un daño autónomo por la sola ausencia de este deber de información.

Ello es así por cuanto, establecida la obligación legal de obtener el consentimiento informado en forma previa a la realización de cualquier práctica médica amparada por la norma, su violación aparejará en la órbita civil la obligación de resarcir, independientemente de la existencia de una responsabilidad específica surgida del posible obrar culposo del equipo de salud.

4 | Instrumentación

En principio, salvo casos excepcionales, se establece como regla general para la instrumentación del consentimiento informado la forma verbal (art. 7°), debiéndose dejar constancia de tal situación en la historia clínica del paciente. No obstante ello, ante la eventual necesidad de acreditar el consentimiento, si llegara a ocurrir una controversia, se hace aconsejable que se realice por escrito.

Ahora bien, la instrumentación del consentimiento informado, como se ha dicho más arriba, no puede pasar por esos formularios absurdos que generalmente hacen firmar a todo paciente en el mismo momento que ingresa a un establecimiento asistencial y transformarse en un mero acto administrativo. Un punto clave a destacarse es que valen mucho más las anotaciones 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 no puede comprender por tratarse de dialecto "técnico".⁽¹⁷⁾

Se regulan como excepciones para las cuales se requerirá la fórmula escrita: los supuestos de internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; procedimientos que implican riesgos según lo indique la reglamentación de la ley; y, por último, para la revocación del acto.

La constancia del otorgamiento del consentimiento informado constituye el registro documental del proceso que no puede ser confundido con este. Resaltamos en este punto que la experiencia ha demostrado la existencia de importantes fallas comunicacionales en el proceso de obtención del consentimiento informado. Por ello, se hace necesario dotar a los profesionales del equipo de salud de la experticia necesaria a los efectos de posibilitar el desarrollo de habilidades en el suministro de la información adecuada al paciente, de acuerdo a sus necesidades de comprensión y teniendo en cuenta variables tales como edad, nivel de estudios, nivel económico, idioma, religión, entre otros, con miras a que —lejos de ser tenidos en cuenta en forma discriminatoria— se torne posible el proceso de implementación del consentimiento informado en su cabal dimensión. Se requiere, entonces, de un sistema de capacitación adecuado y continuo en el ámbito sanitario y en la propia comunidad que permita conocer el fundamento de este instituto y evite, tangencialmente, transformarlo en una mera práctica más de la medicina defensiva.

5 | Excepciones

El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: primero, cuando mediare grave peligro para la salud pública; a su vez, explica la reglamentación que ese grave peligro deberá ser declarado por la autoridad sanitaria correspondiente. Ante tal situación, la negativa a un tratamiento o diagnóstico puede dar lugar a la pérdida de beneficios o derechos o a la imposición de algunos tratamientos o diagnósticos **coactivamente**, conforme a las legislacio-

(17) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *op. cit.*

nes vigentes. Y segundo, cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Explica la ley 26.742 y su decreto que esa situación de emergencia deberá ser justificada en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe y/o subjefe del equipo médico.

A tal efecto, continua diciendo la ley citada:

Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo.

Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.⁽¹⁸⁾

Empero lo expuesto, se obviaron las situaciones que se viven a diario en los establecimientos sanitarios, como lo que ocurre con los tratamientos médicos impuestos (vacunación o examen prenupcial) que no requieren consentimiento explícito.

6 | Revocación

Ejerciendo el derecho a la autonomía de la voluntad, el paciente puede, en cualquier momento, revocar su consentimiento informado y el profesional deberá respetar la decisión adoptada debiendo dejar expresa constancia de ello en la historia clínica con la firma del paciente, su representante legal o persona autorizada.

Señala el decreto reglamentario de la ley 26.742 que si el consentimiento ha sido **escrito** deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica con intervención del profesional tratante.

.....

(18) Ver nota 14.

Para los casos de una autorización **verbal**, su revocación deberá consignarse por escrito en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente.

Expresa, también, que en el supuesto de revocación escrita o verbal, si al paciente le fuera imposible firmar, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica junto con la firma del profesional y dos testigos que den cuenta de tal situación.

El profesional deberá respetar la decisión revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que aquella implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente o su representante legal o persona autorizada. Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento.⁽¹⁹⁾

7 | La voz de los tribunales

La Cámara Civil de la Sala I⁽²⁰⁾ sostuvo, en una primera etapa, que 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

(19) Decreto 1089/2012 PEN: Apruébase la reglamentación de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 de Derechos del paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, 05/07/2014, BO 06/07/2012.

(20) CNAC. APEL. CIV., Sala I, "Favilla, Humberto c/ Piñeyro, José y otro", 25/10/1990.

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 este. 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....

En otro caso que llegó a la Corte Bonaerense, el Tribunal dijo "que el actor no fue informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la 'toilette quirúrgica'; y agregó que se encontró probado que al paciente no se lo anotició del riesgo de infección ni de la extrema urgencia de atender su lesión".⁽²¹⁾

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 asegurara la obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a cualquier intervención médica.⁽²²⁾ El Tribunal concluyó, 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

(21) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *op. cit.*

(22) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, "P., R. H. c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ responsabilidad médica)", 28/12/1993.

riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital” y también 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 sé con precisión cuál de ellos— eligieron por el paciente.

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 asegurara la obtención del consentimiento informado de todo paciente que va a ser sometido a una práctica médica.

Por último, este fallo de la Cámara Civil, Sala F⁽²³⁾ pronunció:

Que el consentimiento informado comprende reglas jurídicas que determinan conductas para los médicos en interacción con los pacientes; y reglas éticas que tienen sus raíces en la autonomía de la voluntad que asegura al paciente el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica al respecto. Más bien, incluye un complejo proceso de relaciones interpersonales por medio del cual los médicos —y otros profesionales de la salud— interactúan con los pacientes para seleccionar el camino y para lograr el más adecuado cuidado y tratamiento del enfermo.

8 | Conclusión

Toda persona lleva consigo el derecho personalísimo a la vida y a la integridad física, y de ellos se desprende el derecho a disponer de su propio cuerpo, determinar su destino vital y personal con el respeto de sus propias valoraciones y visión del mundo.

Como ha sido explicado en todo este proceso, prevalece la autonomía de la voluntad, esto es el poder de decisión que adopta un paciente priorizando

.....
(23) CNAC. APEL. CIV., Sala F, “M. A. N. c/ F. E. S. s/ daños y perjuicios”, 05/02/1998.

sus creencias, su proyecto de vida, su autodeterminación para consentir o no una práctica médica.

Luego del dictado de la Reglamentación de la Ley de Derechos del Paciente, nos encontramos frente a un gran cambio. Este nuevo camino ofrecido por la norma legal amplía nuevos horizontes donde el paciente debe ser considerado persona humana en base a su dignidad y libertad y no un "cliente" usuario de los servicios de salud.

El consentimiento informado se ha constituido, de esta forma, como un nuevo ideal de la autonomía, racionalidad y libertad.

Entendimos que la información que se brinda al paciente debe ser clara, precisa, adecuada y adaptada al nivel cultural de este, pues solo con esas herramientas podrá comprender los alcances, los riesgos, las molestias, los efectos secundarios, las alternativas, y demás, que implica someterse a un procedimiento médico.

La relación médico-paciente se debe conformar bajo el diálogo y la confianza al galeno, solo así se podrá llegar a una decisión correcta y al entendimiento de la explicación que brinda el médico.

Una atención especial se pondrá en los niños, niñas y adolescentes que siempre tienen el derecho a ser oídos.

La suscripción de un mero formulario no implica desempeñar el derecho plasmado en la ley 26.529 (art. 5º) y su respectiva modificación (ley 26.742 y decreto 1089/2012) de ejercer el derecho a otorgar y firmar el consentimiento informado.

Largo es el recorrido para la efectivización de los derechos pero no imposible, en cuanto cada paciente pueda conocer a través de la información y la comunicación cuáles son sus derechos y como podrá ejercitarlos en la medida de profesar su plan de vida.
