

Derechos y deberes del paciente

En este artículo se desarrollarán, tanto los deberes como los derechos de los pacientes, con la finalidad de determinar posibles responsabilidades cuando estos se irrespeten.

A- Derechos y deberes del paciente

Las leyes constitucionales de la gran mayoría de países, garantizan a sus habitantes el derecho a la vida, la libertad, el trabajo y la educación; y establecen que el Estado procurará el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes.

Estos derechos constitucionales se manifiestan y reconocen a partir de la promulgación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, por parte de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. En el artículo dos de este instrumento internacional, se señala que el paciente potencial tiene derecho a recibir cuidados de su salud, sin distinción de etnia, color, sexo.

En este sentido, los derechos del paciente son parte de los derechos humanos en general y no solamente una extensión de estos.

El paciente, miembro de una sociedad, goza de los mismos derechos fundamentales y constitucionales que un ciudadano común; pero para efectos de este trabajo, corresponde analizar la responsabilidad médica, por lo que es importante tener presentes algunos de esos derechos de manera especial. Tal es el caso del derecho a la vida, la salud, la integridad física, la intimidad, cautelados constitucionalmente y en la generalidad de los tratados modernos.

Respecto de los derechos fundamentales relacionados con la salud, Valencia señala: “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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; reza así el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.”¹

¹Valencia, **op cit**, p.45

En lo que al paciente se refiere, Lorenzetti afirma que el paternalismo médico ha sido sustituido por el principio de la autonomía. Gracias a esto el paciente se liberó de las cadenas que durante veinticinco siglos le impidieron sentirse dueño de su cuerpo y de su enfermedad. Esta realidad todavía no ha sido comprendida por muchos profesionales médicos, lo que los lleva a vulnerar, permanentemente, los derechos de los pacientes. El paciente tiene derecho a recibir información sobre los servicios sanitarios que están a su alcance y sobre los requisitos necesarios para su uso. De la misma forma, tiene derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su caso. Además, le corresponde el derecho de ser advertido acerca de los procedimientos de diagnóstico, pronóstico y terapéuticos que pueden aplicársele para fines de investigación. También, posee el derecho a que se le dé información completa, continuada, verbal y escrita, sobre su proceso. Para aplicar cualquier tipo de tratamiento, ya sea quirúrgico o no, es preciso el consentimiento escrito del paciente, excepto en los siguientes casos: cuando la falta de intervención suponga un riesgo para la salud pública, cuando la persona no sea capaz de tomar decisiones por sí misma, cuando la urgencia del caso no permita demoras pues podrían ocasionarse lesiones irreversibles o cuando exista peligro de fallecimiento. Otro derecho que le asiste al paciente es el de negarse al tratamiento. No menos importante es el derecho a que se le dé un informe de alta calidad sobre su padecimiento.²

La Asociación Médica Mundial, en la 46^a Asamblea Mundial celebrada en Budapest en setiembre de 1994, señaló los siguientes derechos de los pacientes:

- Derecho a la atención médica de buena calidad.
- Derecho a la elección: el paciente tiene derecho de elegir libremente a su médico y hospital o servicio de salud, sin considerar si forman parte del sector público o privado.
- Derecho a la autodeterminación.
- Derecho a la información: el paciente tiene derecho de obtener información de documentos relacionados con su persona; no se debe entregar información sin la aprobación del paciente o cuando es obvio que esa información puede representar peligro para su vida o salud. La información debe entregarse de tal manera que el paciente pueda comprenderla. Se debe tomar en consideración,

² Lorenzetti, Ricardo Luis, **Responsabilidad civil de los médicos**, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, Editores, Tomo I, p.51.

de la misma manera, que la mayoría de los derechos descritos se encuentran en documentos internacionales desde hace varios años.

En Panamá, el derecho a la salud está expresamente establecido en la Constitución, en el artículo 105, a diferencia de Costa Rica, donde no está expresamente reconocido.³ Sin embargo, la *Constitución Política de la República de Costa Rica* sí contempla, en su numerario 21, el derecho a la vida, y de ahí se puede colegir el correlativo derecho a la salud, como un derecho derivado de aquel.

Por estar protegidos constitucionalmente los derechos fundamentales, el deterioro o menoscabo de ellos, trae como consecuencia la posibilidad de reclamo por parte del afectado: la jurisprudencia italiana, se ha pronunciado al respecto; la Corte de Casación, en Secciones Unidas había precisado que la salud está reconocida en el artículo 32 de la Constitución como derecho fundamental del individuo y que de su eventual lesión surge el derecho al resarcimiento del daño, puesto que el ordenamiento jurídico protege el derecho subjetivo de cada persona a la incolumidad de un bien primario, como la propia salud física, mediante un comportamiento doloso o culposo de otros.⁴

Si se asume la premisa de que los derechos de un individuo crean obligaciones en otros, se debe pensar, que el derecho a la vida y a la salud obligan, a los demás, a respetarlos, e incluso a resguardarlos como en el caso de los galenos. Sobre el médico recae la obligación legal, profesional y moral de prestar su servicio, de manera insoslayable, a todo paciente que lo requiera.

El profesional en ciencias de la salud es un protector de la salud y de la integridad física de los individuos. El respeto a la vida, a la integridad y a la colectividad, constituyen deberes ineludibles, para estos profesionales. Por eso, deben estar plenamente capacitados y mantenerse actualizados sobre el avance de la ciencia en sus áreas de especialidad. Su deber es preservar la vida humana, desde mucho antes del nacimiento, por lo que el numeral 31 del *Código Civil* consagra el derecho a la vida, trescientos días antes del nacimiento.

³ Valencia *op cit*, p.45.

⁴ *Ibid*, pp. 50-51

Lorenzetti también ha establecido que el paciente goza de los siguientes derechos:

- Derecho al respeto de la personalidad
- Derecho a la vida y a la salud
- Derecho a hacer prestaciones de salud
- Derecho a rechazar el tratamiento
- Derecho al tratamiento indiscriminatorio
- Derecho a la identidad sexual
- Derecho a la información
- Derecho a la confidencialidad
- Derecho a la información propia
- Derecho al goce real del derecho de la salud
- Derecho al acceso universal a la salud
- Derecho a la protección contractual.⁵

1- Derechos del paciente:

a- Información

El derecho a la información es uno de los más violados en cualquier relación humana donde se ofrezca un servicio; y la medicina no es la excepción. En ciertos casos, el médico omite información para no afectar más al paciente, pero esto puede ocasionar un daño irreparable en los enfermos, pues se ven imposibilitados de acudir donde otro especialista y obtener una segunda opinión acerca de sus padecimientos. Si se trata de un diagnóstico fatal, se le estaría limitando de la posibilidad de manifestar su última voluntad y sus deseos para después de la muerte, al menos respecto de sus bienes.

En la relación médico–paciente, se establece una distinción importante entre el que ofrece el servicio y su destinatario, ya que el primero es un profesional conocedor del arte de curar. De ahí que sea tan importante la información, porque el paciente es un ignorante técnico y nadie puede decidir sobre lo que desconoce.⁶

⁵Lorenzetti, **op cit**, T.I, pp. 54-56.

⁶ Valencia, **op cit**, pp. 63-64.

Si la comunicación es eficaz, la relación médico–paciente puede mejorarse y, consecuentemente, se disminuye la posibilidad de conflictos entre las partes. Este tipo de comunicación debe ser clara y acorde con los conocimientos que posea el paciente, de forma que los reciba eficazmente.

No existen fórmulas exactas sobre la forma en que debe suministrarse la información, por lo tanto, el médico debe evaluar las circunstancias correspondientes a cada caso concreto. Sin embargo, es posible establecer ciertas pautas, entre ellas las siguientes:

- Debe revelarse la naturaleza del procedimiento y sus objetivos, aclarar si la práctica es invasiva, la duración del tratamiento u operación y el lugar, así como las partes del cuerpo que afectará, y si el diagnóstico es incierto, debe mencionarse cuál es la causa y cuáles factores se están considerando.
- Deben manifestarse los riesgos del procedimiento, en cuanto a su naturaleza, magnitud y probabilidad de que se materialicen.
- Beneficios del tratamiento o intervención
- Alternativas y opciones.⁷

Con respecto al derecho de información, OSUNA manifiesta que la información brindada por el facultativo ha de ser útil y, por lo tanto, inteligible. Debe utilizarse un lenguaje claro y simple; explicar lo esencial y evitar detalles excesivos, para así facilitarle al lego en medicina, una mejor comprensión. Debe adaptarse a la capacidad de comprender y al estado psicológico del paciente o de la persona que recibe la información. No hay que olvidar que el enfermo suele desconocer los términos médicos, y de ahí la necesidad de expresar muy claramente y de forma objetiva, los datos que permitan al enfermo conocer su estado actual, el tratamiento por seguir y los riesgos y consecuencias del futuro tratamiento e intervenciones. Sin embargo, no se trata de impartir una lección de medicina, sino de transmitir información básica y pertinente, cuyo contenido debe ampliarse o reducirse en función de lo que el paciente o sus familiares, deseen o necesiten saber. La información debe proporcionarse de

⁷ Vázquez Smerilli, Gabriela (1995) “La responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión”, **De lo jurídico**, , N°9-10, p.20

forma tranquila y en el lugar adecuado y se debe preservar la intimidad del sujeto.⁸

El médico debe proporcionarle al paciente toda la información referente a su patología, es decir, debe abarcar la naturaleza de la enfermedad y especificar la gravedad de su carácter, las ventajas y los riesgos eventuales de los actos médicos propuestos, las intervenciones médicas alternativas y los posibles fallos. Este deber de informar no finaliza después del momento inicial de la relación médico–enfermo, sino que se mantiene mientras el enfermo esté bajo su cuidado.⁹

Cabe destacar que el médico debe informar sobre las consecuencias y riesgos que razonablemente se pueden prever, es decir, riesgos típicos, no es su responsabilidad señalar lo inesperado, ni las patologías que no se puedan predecir.

En la medida en que el médico informe debidamente al paciente de todos los pormenores relacionados con un posible tratamiento, su responsabilidad estará protegida.¹⁰

Cabe apuntar que el médico no solo tiene el deber de informar al paciente, sino que, además, debe verificar que este haya entendido lo manifestado: para respetar la autonomía del paciente debemos primero informarlo y luego tener la certeza de que comprendió, con total claridad esa información, para que otorgue su consentimiento, y libremente acepte o rechace la propuesta terapéutica. Esto es lo que compete al derecho a la información y al derecho del consentimiento informado.¹¹

Desde esta perspectiva, es necesario tener presente que el médico, como profesional, debe ser quien tome la iniciativa en la etapa de información, y debe consultarle expresamente al lego, cuál ha sido el grado de comprensión obtenido durante el diálogo.

⁸ Osuna Carrillo de Albornoz, Eduardo.(2000) “Calidad de la información sanitaria como requisito para el consentimiento informado”, **Revista Latinoamericana de Derecho médico y Medicina Legal**, Junio, p. 62

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ Valencia, **op cit**, p. 63

¹¹ Cumplido, Manuel José, “Derecho del paciente a rechazar el tratamiento propuesto”, **Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal**, p. 12.

El derecho a la información encuentra sustento en el derecho a la libre elección, debido a que, según lo manifestado, el enfermo tiene la posibilidad de elegir el tratamiento que considere conveniente.

De lo anterior se concluye que la información suministrada por el facultativo debe ser expresada en lenguaje cotidiano, personalmente por el médico y explicada al paciente de la mejor forma posible, ya que él es el portador de la enfermedad (titular del derecho de información) y posee todo el derecho de conocer, a ciencia cierta, cuál es su enfermedad, sus efectos y los posibles tratamientos con sus respectivas consecuencias. En este caso los derechos protegidos constitucionalmente son el de información, intimidad, expresión y libre elección.

El médico tiene el deber de mantener informados, sobre el estado de salud de su paciente, ya sea por escrito o por cualquier otro medio; tanto a la institución donde presta sus servicios como a los familiares del enfermo.¹²

Es de suma importancia que, dentro del expediente clínico, el médico deje constancia de cada acto realizado, puesto que la información le da al paciente la posibilidad de estar enterado de lo que padece, o bien, de acudir a otro especialista para obtener una segunda opinión.

b- Consentimiento informado o voluntad jurídica del paciente

Para que el consentimiento que brinda el paciente, al médico, sea relevante y adquiera efectos verdaderos entre las partes, debe ajustarse a una serie de pautas.

Es evidente que la voluntad jurídica del paciente, que será tratado o intervenido, debe provenir de una información previa, que explicará los riesgos, las medidas alternas, y de manera clara y sencilla, el procedimiento por realizar.

Como principio general, el paciente tiene la titularidad en el consentimiento, ya que es él, el que tiene la capacidad de decidir sobre su cuerpo, dentro del margen de la

¹² Valencia, Alexander. *op cit*, p. 62

ley.¹³ Solo se acepta que, en casos excepcionales, el consentimiento sea brindado por otras personas. Así ocurre con las personas que se encuentran en estado de interdicción.

Un acercamiento a la definición de consentimiento informado del paciente es ofrecida por Vásquez Smerilli, cuando señala: "... la declaración de voluntad del mismo (del paciente) por el cual luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse al tratamiento o intervención".¹⁴

En términos generales, este consentimiento es la base para que se produzca una intervención médica lícita y se establezca la relación médico-paciente; pues es el primer requisito para la actuación médica: es el acto justificante que le otorga validez.

Osuna afirma que el derecho a la información, como requisito previo al consentimiento, cristaliza en lo que se conoce como consentimiento informado.¹⁵

El consentimiento informado es aquella explicación que se le brinda a un paciente atento y mentalmente competente, sobre la naturaleza de su enfermedad, la relación entre los efectos, los riesgos y beneficios que conllevan los procedimientos terapéuticos recomendados. Posteriormente, debe solicitarse su criterio para definir si aprueba o desaprueba los procedimientos a los que deberá ser sometido.

En igual sentido, Vélez menciona que el consentimiento informado se produce cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica, luego de entender una información, considerar las alternativas más importantes y ser capaz de comunicar la decisión. Para hacerlo, el paciente debe tener una competencia mental y estar libre de cualquier coacción.¹⁶

De esta forma se concluye que, para que haya un verdadero consentimiento informado, se deben presentar dos condiciones: que la persona, a la que se le informa,

¹³Solano Porras, Julián José (1986) **Responsabilidad Civil en el ejercicio profesional de la medicina**, San José, Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 476.

¹⁴ Vásquez Smerelli, **op cit**, p.p. 19-20. Osuna Carrillo de Albornoz., **op cit**, p.61.

¹⁵ **Ibid.**, p.61

¹⁶ Vélez Correa, **op. cit.**, p. 91

conozca y posea libertad para consentir, y que el consentimiento se dé sin que medien presiones internas o externas.

Desde esta perspectiva, solo es relevante el consentimiento si ha sido precedido de una información al paciente o en su defecto, a sus familiares, sobre los riesgos y peligros que conlleva el acto médico.¹⁷

Como se indicó anteriormente, quien posee la titularidad para otorgar el consentimiento es el paciente. Legalmente, se considera que la capacidad de actuar – requerida para realizar cualquier tipo de negocio jurídico legalmente válido– se adquiere con la mayoría de edad. Sin embargo, la legislación especial, establece la posibilidad de que un menor pueda brindar consentimiento válidamente; esta protección la confiere el *Código de la niñez y la adolescencia*, en donde el interés superior del niño es asumido como uno de sus principios rectores.

Solano manifiesta que cuanto mayor sea la información brindada al paciente, mayor será su capacidad de decisión, y su aptitud para que se practique el tratamiento.¹⁸ En este sentido, se puede decir que, incluso un menor, con la capacidad de discernimiento suficiente, puede disponer de su cuerpo y rechazar o aceptar un tratamiento propuesto. Si fuese necesario, se puede recurrir a una instancia judicial para que un juez decida sobre la necesidad de la intervención.

Al respecto Osuna expresa: “El consentimiento informado, por tanto, no debemos entenderlo exclusivamente como un requisito legal que de alguna forma protege al profesional frente a una posible reclamación. El consentimiento informado es, sobre todo, una exigencia ética. Así pues entendemos la información previa al consentimiento como un elemento básico para otorgar un consentimiento válido y como un elemento terapéutico”.¹⁹

Después de brindar la información, el médico debe solicitar el consentimiento de su paciente y obtener el permiso, antes de efectuar el tratamiento. El paciente, dará su consentimiento y expresará, por sí mismo, su voluntad, pues el mantenimiento de la

¹⁷ Solano Porras, *op. cit.*, p.463.

¹⁸ *Ibid.*, p. 465.

¹⁹ Osuna Carrillo de Albornoz, *op. cit.*, p.61.

integridad física es un derecho personalísimo.²⁰

Modernamente, en doctrina extranjera, se menciona una tipología del consentimiento informado, que resulta un tanto singular, pues varía el tipo de consentimiento de acuerdo con el avance de la enfermedad. Así, el consentimiento del paciente se puede efectuar con base en diversos supuestos fácticos, dentro de los que se encuentran:

b.1 Consentimiento liso y llano, para la aplicación de una técnica recomendable y autorizada para tales eventos

El consentimiento debe obtenerse del propio paciente, cuando goce del ejercicio de las facultades habilitantes para el acto; en su defecto, tal asentimiento debe solicitarse a los parientes próximos y que la ley faculte para el acto, o que estén expresamente autorizados para la representación.

La conformidad del paciente, o del que deba prestarla, debe manifestarse de modo expreso, sin que pueda originarse una dualidad interpretativa²¹

Cuando se trate de menores, la autorización debe ser conferida por su padre, tutores o representantes legales.

En el caso de personas incapaces de decidir por sí mismas, será el curador quien consienta la intervención o tratamiento, y se dejará debida constancia de ello. Respecto de los sujetos especialmente vulnerables como los prisioneros, la intervención médica debe estar supeditada al consentimiento previo, a menos que se trate de epidemias, en cuyo caso debe anteponerse el interés social.

El consentimiento no dispensa al médico de responsabilidades, cuando sus actos son contrarios a las buenas costumbres o a la moral, o no haya guardado una fiel observancia de las reglas que señalan la ciencia y las técnicas respectivas.

Como se comentó anteriormente, la actuación médica debe ir encaminada a la curación de alguna enfermedad o patología, no así a actividades ilícitas o que supongan la extracción de órganos sanos o actos antimédicos (actuación médica que no se dirige a la curación de alguna enfermedad), pues son comportamientos reprochables y contra

²⁰ Vásquez Smerelli, **op. cit.**, p.20.

²¹ Sproviero, **op. cit.**, p.61.

los valores morales, verbigracia, la esterilización voluntaria.

En conclusión, a través del consentimiento informado se vinculan las partes entre sí en una relación de deberes y derechos.

b.2 Consentimiento del paciente ante la situación de riesgo, para el uso de técnicas especiales cuya adopción fue promulgada como exitosa

En estos casos, los pacientes deben considerar la conveniencia o inconveniencia que implica el uso de técnicas especiales, para expresar el consentimiento al facultativo, pues, en algunas oportunidades, los procedimientos convencionales de intervención quirúrgica o los tratamientos médicos, pueden ser resistidos por el mal que afecta al paciente, y su utilización no garantiza un resultado eficaz.

Es entonces, cuando surgen metodologías nuevas pero ya experimentadas con éxito. Su empleo no aparece como descabellado y se recurre a ellas por las posibilidades ciertas ofrecen.²²

Ahora bien, si se trata de una técnica nueva el médico podría aplicarla siempre que exista un consentimiento previo y esta se ejecute conforme a las reglas de la *lex artis*.

b.3 Consentimiento del paciente en situaciones límites para la intervención, en las que el profesional médico se vale de técnicas de avanzada pero cuya eficacia resultó hasta entonces dudosa, a pesar de contar, o no, con el respaldo de organizaciones o entidades médicas.

Cuando se trata de enfermedades terminales, Sproviero, señala que pueden aplicarse técnicas que no sean irreconciliables con los antecedentes reunidos, aún cuando el rendimiento no haya sido integral sino meramente parcial. Esto las ubica dentro del grupo de opciones que no han sido plenamente probadas y que, por lo tanto, conllevan dudas. De ser aceptado su empleo por el paciente, provocará una exención de responsabilidad al facultativo, siempre que la norma se ajuste a las exigencias y ortodoxia médicas y sean aceptables todas las posibilidades ciertas que brinda de curación o mejoramiento, por lo menos de la dolencia padecida.²³

En caso de que la técnica por utilizar sea de dudoso resultado, esta debe ser

²² Sproviero, **op. cit.**, p.63.

²³ Sproviero, **op cit**, p.65.

respaldada por alguna institución prestigiosa, para que su empleo exima de responsabilidad al médico, siempre y cuando realice su labor conforme a las reglas del saber y arte médicos y exista un consentimiento previo. El apoyo de asociaciones o entidades médicas a una técnica de avanzada, le confiere seriedad y promueve su uso.²⁴

b.4 Consentimiento tácito del paciente, deja librado al arbitrio médico el medio por utilizar en la intervención propuesta.

Como requisito “sine qua non” en toda intervención debe haber existido un consentimiento previo del paciente, por medio del cual se autorice al galeno a efectuar el acto curativo.

Al respecto, Sproviero manifiesta: “En síntesis y definitiva, para el ítem en examen queda descartada como exención o eximente de responsabilidad el consentimiento denominado tácito, pues resulta plausible –también de imposición universal– que aquel sea prestado de modo fehaciente donde no tenga cabida una interpretación dubitativa”.²⁵

De lo anterior se deriva que el consentimiento sobre el empleo de determinada técnica debe ser manifiesto, legítimo y concreto, esto ha sido explicado con anterioridad así como sus posibles consecuencias.

Por estas razones, se dice que la falta del consentimiento originará responsabilidad por parte del facultativo, con excepción de los casos de urgencia:

Para que la validez jurídica del consentimiento pueda oponerse sin cuestionamientos, deberá ser claro y ajustado a las exigencias de una premisa cuyo carácter irrenunciable es definitivo: la manifestación expresa de que la atención profesional se encauce, aún a riesgo de tratarse de intervenciones, cuyo fin aparece como irreversible, por las características y estado de la dolencia del paciente.²⁶

b.5 Consentimiento del paciente para el uso de una técnica determinada y empleo de otra por el médico, ante el peligro inmediato que pueda enfrentar el primero.

La autorización se confiere de acuerdo con el grado de confianza que inspira el

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ **Ibid**, p.68.

²⁶ Sproviero, **op.cit.**, pp.68-69

método propuesto. La aceptación es una consecuencia de la adhesión del paciente.²⁷

El enfermo consiente el empleo de una técnica determinada, que ha sido previamente explicada por el médico, en cuanto a sus riesgos y alternativas. Por eso, cualquier distanciamiento, que realice el médico con respecto a la técnica aceptada, será asumido por su propia cuenta y riesgo, y si le ocasiona un daño al paciente deberá responder, tanto civil como penalmente, si fuera el caso:

“Cualquier apartamiento del formalizado acuerdo debe quedar palmariamente acreditado, so riesgo de acriminar al médico por deficiente atención y cuidados. La mala praxis puede constituirse en efectiva demanda, por haberse alterado el convenio cuya suscripción aparecerá como obligatoria para posponer cualquier tentativa de demanda fundada en la causal en debate”.²⁸

Una vez esbozados los tipos de consentimiento existentes, cabe señalar que la necesidad del consentimiento del paciente, para la ejecución de tratamientos médico quirúrgicos ha sido admitida por una considerable parte de la doctrina. Este principio también se establece en el artículo 82 de la *Ley General de Salud*: “...ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de una persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de éste requisito las intervenciones de urgencia”.²⁹

La relevancia del consentimiento debe tener una consideración especial, pues su ausencia convierte las actividades médicas lícitas, en un acto antijurídico, en la medida en que atenta contra la libre determinación de la persona. Todo paciente tiene el derecho irrenunciable, a que se respete su voluntad con respecto a la intervención médica, lo que viene a manifestarse como el reconocimiento de la libertad individual que afirma la dignidad humana.³⁰

²⁷ *Ibid*, p. 69.

²⁸ *Ibid*, p.70.

²⁹ Ley General De Salud. Ley 5395 de 30 de Octubre de 1973, art. 82.

³⁰ Solano Porras, *op cit*, p.p.469-470.

La falta de consentimiento informado compromete la responsabilidad civil, penal y administrativa del médico, cuando se provoque un daño en el paciente, como resultado de su intervención. Sin consentimiento del paciente, el acto médico pierde legitimidad; sin embargo, esto no significa que el consentimiento exime de toda responsabilidad al médico. El consentimiento del paciente autoriza el tratamiento, y lo legitima, y justifica los riesgos propios que el acto médico signifique, pero no justifica la impericia, la imprudencia ni la negligencia.

En consecuencia, Solano Porras infiere que si el médico cuenta con el consentimiento del paciente para efectuar determinado tratamiento (llámese este cirugía, tratamiento externo, etc), pero actúa en contra de las reglas del arte médico, su conducta será también antijurídica, en la medida en que no ha cumplido los deberes impuestos por su profesión, que lo obligan a actuar diligentemente. De ahí que, en estas circunstancias, puede ser responsable, a pesar de mediar consentimiento.³¹ Lo anterior implica una responsabilidad directa del médico, pues si su actuación no se sujeta a las reglas de la *lex artis*, resultaría ilegítima e indigna de ser tutelada por el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, el facultativo debe poseer una buena formación, tanto académica como profesional y humanista.

Si no es posible obtener el consentimiento informado del paciente, o de un tercero que el médico considere habilitado para autorizar un tratamiento en representación del paciente, este debe guiarse por el principio básico de supervivencia del ser humano, según el cual, la mayoría de las personas desea vivir más que menos, y evitar el sufrimiento, siempre que sea posible y existan las condiciones para lograrlo.

Por otro lado, desde el punto de vista del paciente, el consentimiento puede verse interferido por las reacciones emocionales que la enfermedad produce en él, esto disminuye su capacidad de decisión, o al menos la vicia.

A medida que avanza la patología, la enfermedad deprime al paciente y lo hace

³¹ ***Ibid.***, p.471

más dependiente del galeno, hasta el punto de desear que éste tome las decisiones por él.

Entre el médico y el paciente pueden presentarse algunos problemas relativos al consentimiento, unos por parte del paciente, y otros por parte del médico. Este último podría manipular la información dada al paciente, con lo cual invalidaría su consentimiento. Podría exagerar los efectos secundarios de un procedimiento o droga, para que el paciente rehúse; o minimizarlos para lograr su aceptación.³²

Con respecto a la legitimación del consentimiento de los pacientes, cabe enfatizar que en materia médica, para que un acto médico goce de legitimación, se requiere el consentimiento del paciente después del deber de información del galeno. En su mayoría, los contratos de servicios médicos, en cualquiera de sus modalidades, se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes. En materia médica y de los servicios de salud, los contratos solemnes son excepcionales.³³ En razón de lo anterior, aún en la medicina estatal existe una relación contractual entre el facultativo y el paciente, contrato que se perfecciona con la aceptación del tratamiento.

Es importante destacar que la información que el médico brinde al paciente debe ser adecuada a sus condiciones físicas, psíquicas y culturales. No puede alegarse la falta de instrucción o diversidad de cultura para negar el derecho a un consentimiento informado.³⁴

El consentimiento debe entenderse como esa manifestación espontánea del paciente o de sus familiares, antes de cualquier intervención quirúrgica o tratamiento, ya que de él dependen las decisiones que el médico tomará en relación con su padecimiento. Se exceptúan los casos en que el médico no necesita consentimiento, para actuar en beneficio de la salud de su paciente, por ejemplo, cuando existe extrema urgencia, en donde ni siquiera concurre la posibilidad de que el médico obtenga consentimiento de los familiares. Además, el consentimiento del paciente solo otorga facultades para actuar en los límites y condiciones expuestos por quien lo hace, porque,

³² Vélez Correa, **op. cit.**, p. 93.

³³ Valencia, **op cit.**, p.73.

³⁴ Vélez Correa, **op cit.**, p.93.

de lo contrario, el médico estaría comprometiendo su responsabilidad.³⁵

Si el paciente autoriza determinada intervención, por ejemplo una operación de hernia, y ocurre que en el transcurso de la intervención quirúrgica el galeno determina otra patología y aprovecha la cirugía para intervenirla con un resultado exitoso, el paciente tiene la facultad de demandarlo legalmente por haber violado su consentimiento. Sin embargo, existen posiciones jurisprudenciales del derecho comparado, que señalan que cuando el enfermo autoriza, lo hace en el entendido de que el facultativo actuará como bien lo tenga en beneficio de su salud.

Sobre este tema, Cardona dice que existen varias posiciones: unos opinan que el médico debe tener plena libertad de acción, una vez iniciada la operación, o en presencia de la necesidad de otras intervenciones surgidas en el curso de ella, y otros son partidarios del estricto ceñimiento a la autorización del enfermo. El término intermedio, consciente en que el médico estará excepcionalmente dispensado de esta autorización, especialmente en los casos en que el enfermo está imposibilitado de tomar una decisión y cuando exista una urgencia.³⁶

Como se ha mencionado, la gama de problemas que se presentan en la etapa del consentimiento, puede ser numerosa. Podría ocurrir, por ejemplo, que el médico pretenda dar su opinión sobre algo que le corresponde concretamente al paciente, o que el médico presuponga una limitante económica en el paciente para costear un determinado tratamiento.

Otro aspecto importante, para una lograr una adecuada actuación del galeno, es la necesidad de que, junto al consentimiento, se dé un desempeño médico eficaz, pues, como señala Vásquez Ferreyra, el consentimiento del paciente, por sí solo, no exonera de responsabilidad al profesional, en la medida en que su acompañamiento no haya respondido a una conducta extremadamente diligente.³⁷ El consentimiento nunca puede considerarse como una cláusula de irresponsabilidad del médico.

³⁵ Valencia, **op cit**, p.74.

³⁶ Cardona Hernández, Alfredo.(1991-1992), **La Responsabilidad Médica ante la Ley**, Medellín, Editorial Copiyepes, 4ta. Edición, tomo I, p. 465, citado por Valencia, p. 76.

³⁷ Vásquez Ferreira, Roberto A.(1995), **Prueba de la culpa médica**, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, p.165.

Según Solano Porras, el consentimiento del paciente debe ser válido a efecto de justificar el acto mismo, y debe otorgarse previamente a la realización del tratamiento; pues, de lo contrario, se estaría en presencia de una ratificación.³⁸

Solo el consentimiento previo garantiza a médicos y pacientes la legitimidad de la actuación. Las actuaciones médicas requieren estar legitimadas por un consentimiento previamente informado del paciente, pues la ratificación de sus actos, no exime de responsabilidad a los médicos imprudentes.

En resumen, para que en una actuación médica, no se incurra en responsabilidad, deben estar presentes un consentimiento previo y una actuación diligente del profesional.

Situaciones en caso de incompetencia del paciente para otorgar su consentimiento

Como se ha señalado reiteradamente, para realizar algún tratamiento o terapia, el médico debe contar con el consentimiento del paciente. El paciente es quien debe consentir. Sin embargo, existen ocasiones en que este no puede brindar, por sí mismo, una opinión respecto de la posibilidad o no, de aceptar lo propuesto. En estos casos, puede recurrir a otras personas (terceros) para que emitan un criterio respecto del tratamiento. Modernamente se plantea la posibilidad de emitir directrices que suplan la voluntad en caso de incompetencia, lo mismo que de subrogar la facultad de decisión, previamente, en otra persona.

- Directrices en caso de incompetencia

En el caso de las directrices, el paciente consigna por escrito qué desea que se le haga, en caso de perder las capacidades de dar un consentimiento idóneo. Estas normas deben ser claras, de manera que no se susciten ambigüedades en el momento de su cumplimiento. También deben ser flexibles, debido a que el tratamiento de un proceso patológico es cambiante y difícil de predecir, por lo tanto, no pueden establecerse con anterioridad normas rígidas.

³⁸ Solano Porras, **op cit**, p. 472.

Estas directrices deben estar accesibles en todo momento, para que puedan tomarse en cuenta a la hora de tomar decisiones. Es preferible tenerlas a mano, pues si están en la historia clínica o en un archivo, muchas veces no pueden ser consultadas oportunamente. Es recomendable que tengan el valor legal de un documento, para que su autoridad sea la requerida.³⁹

Idealmente, la directriz debería emitirse en un momento de suficiente capacidad mental y psicológica del paciente y debe ser flexible para que se le pueda brindar la atención oportuna, sin necesidad de recurrir a nuevas consultas sobre su voluntad. Además, debe tener la validez legal de un documento (de un documento auténtico), para que no se comprometa la responsabilidad del médico en ese sentido. Por último, es aconsejable que sea manejada personal y constantemente por cada individuo, para que cumpla su función práctica.

En caso de muerte, Vélez apunta que el paciente establece la forma en que debe procederse, si no existen probabilidades de sobrevivir. Otra directriz es la orden escrita de no aceptar maniobras de resucitación si fueran necesarias.⁴⁰

- *Subrogación en caso de incompetencia*

Otra técnica utilizada para suplir la falta de competencia del paciente en el momento de otorgar el consentimiento informado, es la subrogación, entendida como aquella potestad que el paciente otorga, generalmente a un familiar o a una persona de su confianza, para que consienta o no en su lugar.

Vélez se refiere a esta posibilidad en los siguientes términos: "...en la subrogación el paciente nombra a una persona para que decida las acciones de salud, cuando no tenga competencia para dar un consentimiento informado (Steimbrook, 1984). Esta es una estrategia para solucionar los problemas éticos que surgen cuando el paciente es incapaz de una decisión. La subrogación debe hacerse por escrito, dándole carácter legal, y tenerla a mano para cuando se requiera. Tiene la ventaja sobre las directrices, que son más flexibles, pues la persona subrogante puede decidir situaciones no predecibles con anterioridad".⁴¹

³⁹ Vélez Correa, *op.cit.*, p.p. 96-97.

⁴⁰ Vélez Correa, *op.cit.* p.97

⁴¹ *Ibid*, p.p. 98-99

En consecuencia, respecto a la subrogación, resulta importante destacar los mismos elementos señalados para las directrices: la necesidad de que se otorgue por escrito con validez legal suficiente, que sea fácilmente localizable y que otorgue la facultad al “subrogante” para acudir al expediente clínico a conocer los antecedentes del paciente. Como lo indica el autor mencionado, el subrogado puede tener acceso a la historia clínica y a todos los documentos del paciente. Agrega además, que en opinión de algunas personas la subrogación no debe extenderse a procedimientos tales como el aborto, la esterilización, los electrochoques y las cirugías, que cambien las facultades mentales del paciente y su comportamiento.⁴²

Situaciones en que el médico puede actuar sin obtener el consentimiento informado del paciente ni de terceros (del subrogado ni de directrices para el caso de incompetencia)

La doctrina menciona situaciones límites en que el médico está facultado para actuar, incluso sin obtener previo consentimiento del paciente, y que lo relevan de la responsabilidad, al menos en el ámbito que corresponde al consentimiento informado.

La doctrina mayoritaria admite que el médico no está obligado a esperar el consentimiento del paciente, o el de sus familiares, en las situaciones apremiantes en las cuales no se admiten dilaciones por el estado en que se encuentra el paciente. Estas situaciones excepcionales han sido calificadas como de urgencia o emergencia.⁴³

Asimismo, el artículo 21 del *Código de Moral Médica* exime del consentimiento del paciente, cuando exista imposibilidad y urgencia.

Según el criterio de Solano Porras, por ser el consentimiento un requisito indispensable para tener la capacidad de actuar, conforme las reglas del derecho civil, si el paciente no está en pleno uso de sus facultades mentales, su consentimiento no es válido. Este principio lo consagra la *Ley General de Salud* cuando establece, en forma alternativa, el consentimiento del representante legal del paciente, si este estuviere

⁴² *Ibid.*, p.99.

⁴³ Solano Porras, *op cit.*, p.479.

impedido de otorgarlo.⁴⁴

En consecuencia, cuando se trata de un paciente incapacitado mentalmente, o bien, de un menor de edad, este no puede consentir el tratamiento médico y, por lo tanto, debe ser otorgado por los representantes legales (padres, tutores o curadores). No obstante, como se señaló antes, cabe la posibilidad de que un menor tenga la suficiente madurez para conferir un consentimiento válido u oponerse a él. Esta consideración tiene asidero en el interés superior del niño.

De lo expuesto anteriormente se infiere que el paciente debe ser una persona capaz y encontrarse en plenitud de sus facultades, o por lo menos tener suficiente juicio y discernimiento. Por esa razón, si a juicio del médico, el paciente tiene la necesaria resistencia anímica para recibir y asimilar la información, es posible obtener, directamente de él, el consentimiento requerido. Por otra parte, el médico debe obtener el consentimiento de otras personas, que exterioricen una decisión por el paciente, cuando no se requiera una intervención inmediata y cuando el enfermo no se encuentre en condiciones que imposibiliten moral, psicológica y físicamente la obtención de su voluntad, en forma directa.

Sin embargo, se presentan casos en que el médico no puede obtener el consentimiento del paciente ni de terceras personas, sobretodo cuando el estado de inconsciencia del paciente o su minoría de edad exigen una actuación médica inmediata, o cuando la urgencia demanda esa intervención inmediata, para salvarle la vida al paciente. Sobre este último caso, Valencia manifiesta que: "... la urgencia del caso no permite obtener el consentimiento necesario, el médico debe prestar la asistencia que corresponde, aun sin esa conformidad. La cuestión se presenta con bastante frecuencia cuando el cirujano descubre en el curso de una operación una lesión más grave de lo que había diagnosticado, o distinta."⁴⁵

Asimismo, si en una operación se presenten complicaciones, el médico debe emitir un juicio de valor y decidir sobre la conveniencia o no de suspenderla. En este caso, la búsqueda de un nuevo consentimiento no justifica una suspensión que pueda

⁴⁴ **Ibid.**, p.477.

⁴⁵ Valencia, **op cit.**, p. 83.

poner en peligro la vida o la salud del paciente.⁴⁶ Así, debe tenerse claro que no se puede ser omiso ante un estado de emergencia, por buscar el consentimiento del paciente, ya que se trata de un derecho derivado de aquel, que debe ceder ante una mayor jerarquía.

Si el médico opta por continuar la operación, debe explicar las razones que lo indujeron a tomar esa decisión, y comunicarlo a los familiares del paciente.⁴⁷ Al dejar en la historia clínica una constancia pormenorizada de su actuación, proporcionará un criterio más objetivo sobre la validez de su decisión.

Si el paciente está en estado de inconsciencia y, ante una emergencia no es posible obtener su consentimiento, y el médico actúa en una situación evidente de estado de necesidad, esta situación puede considerarse una causa de justificación para los efectos de responsabilidad penal y, en consecuencia, el hecho no es punible.⁴⁸ De conformidad con lo anterior, se debe promulgar la idea de que la actuación del galeno debe ser responsable y apegada a las reglas de la ciencia y el saber.

En cuanto a la minoría de edad, cuando se presenta una situación en la que, si no se hace nada el paciente morirá, y el médico tiene la capacidad y la posibilidad de efectuar un procedimiento quirúrgico para salvarle la vida, es su deber ético realizarlo, así como su deber legal de actuar. Se trata aquí, por supuesto, de situaciones límite en las cuales no existe la posibilidad de esperar a que se apersona el representante o encargado del infante.

Es importante mencionar que, cuando el paciente es menor de edad o incapaz, los padres, depositarios y demás representantes legales, no pueden negarse a dar el consentimiento, para someterlo a prácticas o tratamientos médicos, cuya omisión implique peligro inminente para su vida o algún impedimento definitivo. Esta regla está establecida en Costa Rica, a lo largo de todo el ordenamiento jurídico; el artículo 144 del *Código de Familia* y el artículo 27 de la *Ley General de Salud* dan prioridad al criterio del médico sobre la oportunidad de la intervención, aún en contra del criterio de los padres.

⁴⁶ Solano Porras, **op. cit.**, p. 484

⁴⁷ Solano Porras, **op.cit.** p.485.

⁴⁸ Valencia, **op. cit.**, p. 82

El *Código de Familia* indica que cuando sea necesaria e indispensable una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aún en contra del criterio de los padres.⁴⁹

Paralelamente, la *Ley General de Salud* expresa que los padres, depositarios y representantes legales de los menores e incapaces, no podrán negar su consentimiento para someter a sus representados a prácticas o tratamientos, cuya omisión implique peligro inminente para su vida o impedimento definitivo según dictamen de dos médicos.⁵⁰

El *Reglamento General de Hospitales* también se ha referido al particular en forma expresa: "... todo paciente en estado de lucidez mental deberá ser informado de cualquiera intervención quirúrgica, procedimiento o examen cruento que deba efectuarse, y deberá firmar debida autorización para que se realice tal tipo de tratamiento; en casos de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible".⁵¹

La hoja de exoneración de responsabilidad que se firma en los hospitales solo autoriza el acto médico y los riesgos propios de él. A pesar de que se llame hoja de exoneración, al firmar, el paciente no exime de responsabilidad al médico, ya que la salud es de orden público. En mi criterio, esta es una simple hoja de autorización para el tratamiento y no una exoneración de la responsabilidad del galeno; esto bajo ninguna circunstancia.

c- Derecho a rechazar tratamiento

Posiblemente, uno de los problemas que más afecta al médico durante su práctica diaria, es el desacuerdo de un paciente con el tratamiento por él propuesto.

El paciente merece que se le respete su derecho de aceptar o rechazar la

⁴⁹ Código de Familia, Ley número 5476 del 5 de Febrero de 1974, art. 144.

⁵⁰ Ley General De Salud, Ley 5395 de 30 de octubre de 1973, art. 24.

⁵¹ Reglamento General De Hospitales, número 1743- SSPS del 4 de Junio de 1971, art. 310

aplicación o no de un tratamiento, ya que cuenta con la autonomía para decidir su conveniencia o inconveniencia.

El derecho a la objeción de conciencia (derecho de elección y libre determinación) se estructura sobre el desarrollo de los derechos fundamentales de la persona. Este es un derecho vinculado con el principio constitucional de libertad de escogencia y concreta la libertad de conciencia.

Para gozar de legitimidad la actividad médica requiere no solo de la sujeción del médico a las reglas curativas, sino del consentimiento previo del paciente, que estará regido por la libertad de autodeterminarse y decidir lo que desea.

Como se ha expuesto, el médico no debe actuar de cualquier forma, sino de acuerdo con lo que exige el buen ejercicio de la medicina. El ejercicio profesional debe estar imbuido de la mayor diligencia, pericia, prudencia, de modo que el servicio debe ser óptimo.⁵²

El ejercicio de la libertad deviene en una regla de autonomía que implica la posibilidad de decidir, sin condicionamientos externos, de lo cual se deriva una regla general de libertad.

Al respecto Lorenzetti plantea: “El contenido generalmente ha sido concebido negativamente: es un derecho a impedir a que se intervenga en el ámbito de la libertad, de modo que no se obstaculicen las alternativas de acción. La intensidad de esta barrera se determina mediante una ponderación entre la esfera individual y el tipo de derecho contrapuesto. El reconocimiento de una regla general de libertad lleva a la conclusión de que toda limitación debe ser probada y justificada, debiéndose aplicar esta regla de la carga demostrativa”.⁵³

La necesidad del consentimiento radica en la libre determinación de la persona, para decidir, por su propia voluntad, su posible sometimiento a la intervención médica.

El problema se presenta cuando el médico se enfrenta a la negativa expresa del paciente o de sus familiares, a que se le practique el tratamiento. Ante esta situación, el facultativo no puede actuar, porque el consentimiento es el que le confiere legitimidad

⁵² Solano Porras) **op cit**, p p. 494-495.

⁵³ Lorenzatti, **op cit**, p.89.

al acto médico.

De acuerdo con el criterio de Solano, en relación con la negativa del propio paciente, han surgido tres posiciones:

1. Debe privar la voluntad del paciente.
2. Debe privar la decisión del médico, siempre que haya peligro de muerte.
3. Posición ecléctica: se concede preponderancia a la voluntad del paciente, siempre que se trate de realizar una intervención quirúrgica, cuando esté en plena lucidez. Si no existe peligro de muerte y la terapia es necesaria, y carece de riesgos y molestias para el paciente, debe privar la decisión del médico, pues de lo contrario, sería un suicidio indirecto.⁵⁴

Es importante tener presente que la vida humana y la salud son bienes cuya protección interesa al orden público. Por ello cuando una persona se niega a un tratamiento, se produce el conflicto entre la libertad individual y el valor colectivo: vida y salud.

Ante la posibilidad de rechazo de un tratamiento, deben considerarse los siguientes aspectos:

c.1 -Tratamientos que admiten terapias alternativas:

Con base en el derecho a obtener información previa sobre cualquier tratamiento, y en el del consentimiento informado, el paciente posee la libertad de escoger entre los métodos propuestos. Así, el enfermo tiene la posibilidad de seleccionar un tratamiento entre las opciones existentes, aunque no se trate de la mejor opción, siempre y cuando no ponga en riesgo su vida.

c.2- Tratamientos riesgosos

En estos los casos, no se tiene la seguridad de que el tratamiento propuesto asegure la solución a la patología que sufre el paciente.

c.3- Tratamientos de bajo riesgo y alto beneficio

⁵⁴ Lorenzetti, op cit, pp. 486-487.

Este conflicto surge cuando el paciente se niega a aceptar un tratamiento de bajo riesgo que podría salvar su vida. Esta negativa puede provocar tres situaciones:

c.3.1. Puede tener algún fundamento

Cuando existe alguna discrepancia con la medicina alopática o más comúnmente, con alguna creencia religiosa. En este sentido, Achaval señala:

“Podríamos expresar que el mejor camino sigue siendo en todos los casos señalados la buena relación de confianza médico–paciente, donde la información llega a vencer la incomprensión inicial y permite el consentimiento o la colaboración solicitada.

Sin embargo, podría tratarse de una persistencia de la negativa y en este caso el paciente podría argumentar por ejemplo: “que el éxito al final o buen resultado es difícil de asegurar” o que no cree en el éxito, probable o seguro, tal y como lo informa o que necesita tiempo para convencerse. El médico tiene la responsabilidad de la atención médica que ha comenzado, debe proteger esa responsabilidad ante la negativa y dejar constancia de que el paciente ha recibido la información y que, pese a estar satisfecho de ella, mantiene su negativa a la prosecución de la atención médica. Luego de ello, el médico debe optar por una alternativa sustitutiva si es que lo considera adecuado científicamente”.⁵⁵

De lo anterior se concluye cuando un paciente se niegue a tratarse, el médico tiene la obligación de ofrecerle medios alternos al tratamiento propuesto, ya que el conocimiento del médico es intelectual, mientras que el del paciente es profano.

Los casos más comunes son aquellos en que el paciente se opone a la intervención, y generalmente, obedecen a razones religiosas. Tal es el caso de los Testigos de Jehová, que se oponen a todo tipo de transfusión sanguínea por considerarlo contrario a sus creencias de pureza del cuerpo. Con este propósito portan una boleta donde se dice que son profesantes de dicha religión y que no consienten en que se les realice ningún tipo de transfusión que contenga sangre. Con un espíritu de cooperación, los Testigos de Jehová ofrecen la seguridad jurídica, de que un médico o un hospital, no incurrirían en responsabilidad civil, si suministran el tratamiento sin

⁵⁵ Achaval, Alfredo (1983) **Responsabilidad civil del médico**, Buenos Aires, Abeledo- Perrot Editores, p.195.

sangre que se les solicita. De acuerdo con la recomendación de los peritos médicos, llevan consigo una tarjeta que constituye un documento médico, firmada por el portador y por testigos que, con frecuencia, son sus parientes más cercanos. Esta tarjeta se renueva anualmente.⁵⁶

Los Testigos de Jehová se rehúsan a tales intervenciones debido a la creencia de que las transfusiones sanguíneas manchan la pureza humana, que es pecaminosa y que si las realizan les impiden alcanzar la gloria eterna. Comulgan con la idea de buscar otras alternativas para los tratamientos que requieren transfusión.⁵⁷ Admiten, como medidas alternas, la aplicación de soluciones salinas y plaquetas (que carecen de sangre). Estas medidas han sido consideradas idóneas, por la Medicina, como tratamiento alternativo.

Es necesario plantearse el problema, según se trate de intervenciones urgentes (vida o muerte), o en caso contrario, de aquellas en las que no hay urgencia alguna.

Cuando la necesidad de intervenir no es urgente y existe una adecuada relación médico-paciente el facultativo, como conoce de antemano la voluntad de su paciente, de no tratarse por medio de transfusiones de sangre, debe buscar medios alternos que permitan cumplir la voluntad del paciente y respetar sus concepciones religiosas. En Estados Unidos existe un centro de distribución de tratamientos carentes de sangre, los cuales deben ser solicitados por los interesados, y en un plazo corto, es posible contar con ellos. En estos casos, debe interponerse el respeto a la voluntad del paciente sobre cualquier otra consideración.

Una segunda situación se presenta cuando el caso es de urgencia y se requiere una transfusión sanguínea de inmediato, pues de lo contrario el individuo moriría. Si el médico desconoce que el paciente se niega a efectuarse una transfusión, podrá realizarla y, desde luego, está eximido de responsabilidad por desconocer esa situación (nadie está obligado a lo imposible).

En el supuesto de que el médico conozca la negativa del paciente a transfundirse

⁵⁶ Achaval, **op.cit.**, p. 87

⁵⁷ Valencia, **op. cit.**, p.p.84-85.

sangre y esté ante una emergencia, se enfrenta a un conflicto de valores muy fuerte: la vida de la persona y la libertad de “autodisposición”; la libre determinación de la persona y la tutela que el ordenamiento brinda a la vida.⁵⁸ Es por ello que, en mi criterio, los valores: libertad y vida le pertenecen al paciente y no al médico. Se ha manifestado que, en situaciones como las descritas, el médico no podría disponer a su libre arbitrio, pues, de antemano, el paciente ha manifestado su negativa de transfundirse sangre y ha solicitado respeto por su voluntad, aunque esto le cueste la vida. Sin embargo, este hecho, bajo ninguna circunstancia, se debe tolerar y es obligación del tratante intervenir al paciente.

Efectivamente el consentimiento del paciente es el que le confiere legitimidad y validez al acto médico, pero, en casos de urgencia, cuando el médico efectúa una transfusión sanguínea en contra de un profesante de determinada religión, no necesariamente el acto deviene en ilegítimo y no existe, ni siquiera, responsabilidad civil, pues no se ha producido el ilícito civil.

Es un deber del médico respetar las creencias religiosas y la voluntad del paciente, así como su libre determinación. Si él le indica al médico, o éste se da cuenta por la documentación que porta, que no acepta la transfusión de sangre, tiene la obligación de buscar una medida alterna, y en ausencia de ésta, de omitir cualquier tratamiento que implique transfundirlo, salvo en los casos de urgencia como ya se afirmó.

Debe recordarse que al médico lo asiste el deber, “ex officio”, de actuar cuando la vida peligre; aún contra la voluntad del paciente. En nuestro ordenamiento, no existe una disposición que admita el derecho al suicidio.⁵⁹

Una situación particular se presenta cuando el enfermo es un menor cuyos padres son testigos de Jehová, ya que su negativa a la transfusión de sangre podría ir en detrimento de su posible recuperación. Sin embargo, el ejercicio de la patria potestad constituye un deber inexcusable de los padres; y aunque en países como Costa Rica se acepte constitucionalmente la libertad de culto, no se pueden privilegiar las creencias religiosas en detrimento de la salud de un menor.

⁵⁸Solano Porras, **op. cit.**, p. 487

⁵⁹Valencia **op cit.** p.85

Cuando el choque con las creencias afecte la vida o la salud de los menores, el deber de los padres es hacer todo lo necesario para proteger su salud hasta que, al llegar a la edad adulta, puedan hacer uso, por sí mismos, de su libertad religiosa y asumir personalmente las consecuencias de su decisión. Negarse al tratamiento del hijo menor con base en las creencias religiosas, constituye un ejercicio abusivo de la patria potestad.

Por otra parte, Solano Porras considera que, cuando el paciente por razones de alienación mental o estado de inconsciencia, no pueda dar el consentimiento, los familiares deben autorizar el tratamiento, si está en peligro la vida o la salud del paciente, aún cuando se aduzcan motivos religiosos.⁶⁰

c.3.2.-Puede tener algún fundamento debatible

La decisión de vivir dignamente y no en condiciones artificiales constituye un derecho del paciente. En tal situación una persona puede negarse a recibir un tratamiento determinado siempre que no signifique su muerte instantánea, argumentando que él desea morir dignamente. Tal es el caso de los enfermos de cáncer, que podrían negarse a la aplicación de quimioterapia.

c.3.3.- Puede carecer de fundamento

En este supuesto, puede haber la sospecha de intento de suicidio.

c.4 Distinción del suicidio

Debe distinguirse entre la negativa a recibir un tratamiento y el suicidio, ya que en el primer caso, la voluntad del paciente se dirige al rechazo de un tratamiento cualquiera, mientras que, en el segundo, se busca la muerte. Lo anterior se fundamenta en el hecho de que la negativa a tratarse puede circunscribirse a una terapia específica, por lo que probablemente se aceptaría otra propuesta.

c.5 Tratamientos obligatorios

Una situación diferente surge cuando el paciente se opone al tratamiento, y su omisión implica peligro para la salud de terceras personas. En este caso el tratamiento

⁶⁰ Solano Porras, op cit, p. 491

debe imponerse en beneficio de la comunidad. Son ejemplos de ello: las vacunas obligatorias, la curación de enfermedades contagiosas. Otro tipo de tratamientos funcionan como una carga, ejemplo de eso son los exámenes solicitados para el ingreso a centros educativos o a laborar en ciertas actividades.

En consecuencia, cuando está comprometido el orden público, por afectar la salud de la población, el paciente no puede negarse al tratamiento, y este puede aplicarse aún contra su voluntad.⁶¹

De conformidad con lo expuesto, el ordenamiento jurídico impone, a los ciudadanos, deberes con respecto a la salud, que son de acatamiento obligatorio y en ellos el interés público y la salud pública, se anteponen a la voluntad individual. En Costa Rica, esta situación se amplía, pues el Estado tiene la obligación de velar por la salud de la población.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 45 del Código Civil, prohíbe que la persona disponga del propio cuerpo, cuando este acto supone una disminución permanente de la integridad física.

Si la vida y la salud comprometen el orden público y, por lo tanto, son “indisponibles”, de acuerdo con Solano Porras, esta indisponibilidad se anularía si se le permite al paciente morir o quedar mutilado ante la negativa de un tratamiento, en cuyo caso, indirectamente, se estaría autolesionando.⁶²

d- Derecho de confidencialidad

Este derecho se correlaciona con el deber del médico de guardar secreto profesional, y encuentra razón de ser en la necesidad de preservar todo aquello que el paciente le comunique con carácter confidencial.

Comúnmente se ha dicho que este secreto consiste en mantener oculta, ante los demás, una información que ha sido proporcionada con una finalidad concreta, como es

⁶¹ Solano Porras **op cit**, p. 490.

⁶² **Ibid** p.p. 488-489.

la de la asistencia sanitaria.⁶³

El derecho a la confidencialidad se desprende de la obligación del médico de guardar el secreto profesional, protegido desde el siglo V antes de Cristo, por el Juramento Hipocrático, que surgió, no por exigencia de los pacientes, sino por iniciativa de los facultativos, que deseaban un contenido ético para su profesión.

Por otro lado, la custodia y conservación de la información incluida en la historia clínica, debe asegurarse durante el tiempo que sea necesario, para cumplir el propósito que la justificó; y, en cualquier caso, la conservación debe orientarse a preservar la información clínica y no necesariamente el soporte original.⁶⁴

En relación con los derechos de los pacientes, deben protegerse, entre otros:

1. La personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que exista discriminación por etnia, clase social, género, moral ni por razones económicas, ideológicas, políticas, sindicales, etc.
2. La información sobre los servicios sanitarios, a los que puede acceder y los requisitos necesarios para su uso.
3. La confidencialidad, sobre toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas, que colaboren con el sistema público.
4. La advertencia sobre los procedimientos de diagnóstico, pronóstico y terapéuticos que se aplican, para indicar que pueden utilizarse en función de un proyecto docente o investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En estas circunstancias, debe contarse con la previa autorización, por escrito, del paciente y la aceptación, por parte del médico y de la Dirección del centro sanitario correspondiente.
5. Brindar al paciente, a sus familiares o allegados, en términos comprensibles para ellos, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.
6. El derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable

⁶³Luna Maldonado, Aurelio. “Problemas médico legales del manejo de la historia clínica”. **Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal**. p.39

⁶⁴Ibid. p.44.

médico de su caso. Para realizar cualquier intervención es preciso el previo consentimiento escrito del usuario, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la intervención suponga un riesgo para la salud pública;
 - b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas;
 - c) Cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionarse lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.
7. La designación de un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal en el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.
 8. La emisión de un certificado que acredite su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por disposición legal o reglamentaria.
 9. La negativa de someterse al tratamiento;
 10. La participación, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias.
 11. Constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del paciente en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona allegada recibirá un informe sobre todo el tratamiento que se le ha aplicado y la decisión de darlo de alta.
 12. La utilización de las diferentes vías para establecer reclamos y propuestas de sugerencias en los plazos previstos.
 13. La elección del médico y los demás profesionales sanitarios titulados, de acuerdo con las condiciones contempladas en la ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y las que regulen el trabajo sanitario en los centros de salud.
 14. La obtención de los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente los establezca la administración del Estado.

2- Deberes del paciente

Para el disfrute pleno de los derechos que le corresponden a cada persona, deben cumplirse correctamente los deberes u obligaciones. Así el paciente tiene obligaciones para con el médico, con la sociedad e incluso con él mismo, para el goce de salud. Entre los deberes principales del paciente se encuentran las siguientes:

- a- Informar adecuadamente sobre lo que padece*

Respecto al deber de información que recae sobre el paciente, Valencia dice: “Este es un tema que está ligado a un alto grado de reciprocidad, por lo que al establecerse la relación de experto frente a profano, el que busca ayuda a sus dolencias está obligado a suministrar todos los datos al médico para que de esta forma éste tenga un panorama en (sic) relación al paciente, en el caso de no ser posible, debe en todo caso buscarse el diálogo con los familiares”.⁶⁵

No solo se trata de indicar al médico los síntomas del padecimiento, sino que debe hacerse correctamente, tratando de pormenorizar lo que se expresa, y de no ser omiso respecto de situaciones que podrían ayudar a esclarecer el cuadro clínico del enfermo.

b- No autocalificar su padecimiento ni automedicarse

En numerosas ocasiones –quizá la mayoría– el paciente acude al médico para informarle que padece de tal o cual enfermedad (autocalificación), lo que constituye un grave error, que lleva al médico a prejuiciarse hacia lo que expresa el paciente. Lo correcto, en estas circunstancias, es que el individuo ingrese en el consultorio y especifique al galeno los síntomas que adolece, y que sea el profesional el que diagnostique la enfermedad.

Lo mismo ocurre en el caso de que el enfermo se automedique, porque no es él, sino el facultativo, el que está capacitado para determinar el tratamiento oportuno.

c- Pago de honorarios por el servicio realizado

Al brindar sus servicios, el galeno, lo hace con la intención de recibir el pago normal por el trabajo realizado, y el paciente que ha recibido el servicio, está obligado a efectuar ese pago, a menos que le corresponda al Estado, cuando se ha utilizado el servicio público de la medicina.

Al respecto Mosset indica: “... el enfermo, que ha recibido los cuidados, queda obligado al pago de la retribución o contraprestación de los honorarios. De lo contrario se estaría enriqueciendo sin causa justificada; se habría producido un desplazamiento

⁶⁵ Valencia, **op. cit.**, p. 62

de servicios, del médico al paciente, sin compensación, con un empobrecimiento y correlativo enriquecimiento”.⁶⁶ Sin embargo, Valencia, no comparte esta posición, pues argumenta que el paciente tiene el derecho a la salud, incluso si carece de los medios para pagar la consulta, y el facultativo está en la obligación de tutelar ese derecho.

La posición de Mosset es válida, en el tanto se trate de medicina privada, ya que, aunque se defienda a ultranza la exigencia del acceso a la salud y la necesidad de hacer públicos estos servicios, no debe negarse el derecho que tiene la persona que presta un servicio a otra, a que le recompensen su trabajo. De no ser así, efectivamente se estaría ante una situación de desigualdad entre lo dado, y lo no recibido por el galeno. No obstante lo anterior, si se trata de medicina institucionalizada, priva el derecho del enfermo al acceso a la salud, aun cuando carezca de los medios económicos para pagar ese servicio.

d- Cumplimiento de la prescripción médica

Es evidente que la persona que recurre a un facultativo lo hace con la finalidad de encontrar una solución a su padecimiento, por lo que debe apegarse a lo recetado por el galeno: el enfermo que utiliza el servicio médico lo hace con el propósito de aliviar un mal en su salud; bajo esa premisa entonces, la lógica jurídica indica que se debe seguir con el esquema terapéutico asignado por el facultativo, y que debe tenerse entera confianza en sus prescripciones médicas.⁶⁷

Si se acude ante el experto para solucionar un problema, se debe acatar dócilmente lo prescrito, pues el resultado exitoso depende, en gran medida, de que se cumpla, fielmente, lo prescrito por el facultativo, para la dolencia concreta que se pretende eliminar.

El tema del cumplimiento de la prescripción tiene, como fin último, deslindar responsabilidades pues, en el tanto en que se descuide o incumpla la prescripción, se exonerará de responsabilidad al médico, si el daño proviene del incumplimiento, y se le imputarán las complicaciones al enfermo.

⁶⁶ Valencia, **op. cit.**, p. 71

⁶⁷ Valencia, **op.cit.** p. 72