

# **TRABAJO FINAL DE GRADUACION**

## **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

RESPONSABILIDAD DEL MEDICO DERIVADA DEL  
INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACION



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

Carrera de Abogacía

Universidad Empresarial Siglo 21

**MARIA SILVIA GRAU**

2012

## **RESUMEN**

El Consentimiento Informado como requisito de la actuación médica se presenta como un tema complejo de aristas poco definidas y de reciente regulación legislativa.

Por ello, en pos de determinar las posibles implicancias jurídicas del mismo en relación a la responsabilidad del médico se examinan los distintos aspectos que integran el CI y su contenido jurídico a través del análisis del marco normativo argentino, doctrina y jurisprudencia más destacada de los últimos años.

Se analizan asimismo los distintos supuestos en los que la omisión de este deber podría originar responsabilidad profesional del médico a través del nexo de causalidad, para finalmente concluir que la inobservancia de este deber de información si bien implica una actuación incorrecta pues integra una de las obligaciones asumidas por el médico, no origina por si misma responsabilidad, es decir que para que esta surja, debe verificarse la necesaria relación de causalidad entre la conducta y el daño.

**PALABRAS CLAVE:** Consentimiento Informado, Responsabilidad médica, Información, Nexos de causalidad, Omisión, Daño.

## **ABSTRACT**

The Consent Informed as requirement of the medical action appears as a complex topic of slightly definite edges and of recent legislative regulation. For it, in pursuit of determining the possible juridical implications of the same one in relation to the responsibility of the doctor there are examined the different aspects that integrate the CI and his juridical content across the analysis of the normative Argentine frame, doctrine and jurisprudence most emphasized of last years. There are analyzed likewise the different suppositions in which the omission of this duty might originate professional responsibility of the doctor across the link of causality, finally conclude that the nonobservance of this duty of information though it implies an incorrect action since it integrates one of the obligations assumed by the doctor, does not originate for if the same responsibility, that is to say that in order that this one arises, must happen the necessary relation of causality between the conduct and the hurt.

**KEY WORDS:** Informed Consent, Medical Liability, Information, Link of causality, Omission, Hurt.

# **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

RESPONSABILIDAD DEL MEDICO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL  
DEBER DE INFORMACION

## **INDICE**

### **PRIMERA PARTE**

#### **§ CAPÍTULO PRIMERO**

- |                                             |         |
|---------------------------------------------|---------|
| 1. Introducción Preliminar al TFG           | pág. 05 |
| 2. Introducción al Consentimiento Informado | pág. 07 |
| a) Evolución Histórica                      | pág. 07 |
| b) Concepto General                         | pág. 10 |
| 3. Marco normativo                          | pág.11  |

### **SEGUNDA PARTE**

#### **§ CAPÍTULO SEGUNDO**

- |                                                     |         |
|-----------------------------------------------------|---------|
| 1. Principales elementos del C.I.                   | pág. 16 |
| 2. La instrumentación del consentimiento informado. | pág. 20 |
| 3. Excepciones al deber de información              | pág. 24 |
| 4. Información que debe revelarse al paciente       | pág. 26 |

## § CAPÍTULO TERCERO

1. Límites en la culpa. Obligaciones de medio y resultado. . . . . pág. 31
2. El daño y la falta en el deber del consentimiento informado . . . . . pág. 35
3. Nexos de causalidad. Falta de información y el resultado dañoso . . . . . pág. 36

## **TERCERA PARTE**

### § CAPÍTULO CUARTO

1. Directivas Médicas Anticipadas . . . . . pág. 47
2. Medicina defensiva. Crítica . . . . . pág. 50

### § CAPÍTULO QUINTO

1. CONCLUSION . . . . . pág. 53
2. BIBLIOGRAFIA GENERAL . . . . . pág. 57

El principio de autonomía de Stuart Mill.

*«Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano» (Stuart Mill, 1970, p. 4).*

## **PRIMERA PARTE**

### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **1. Introducción Preliminar al TFG**

El *Consentimiento Informado* es una expresión que se ha construido a través de profundas transformaciones de la Medicina y la Sociedad; teniendo como base a las relaciones Médico-Paciente, haciendo hincapié específicamente en la autonomía del paciente y a en su capacidad de decisión, constituyendo así una exigencia ética, y un derecho reconocido recientemente por la mayoría de las legislaciones de los países desarrollados.

En virtud de ello, si bien no es la intención de este trabajo final de grado convertirse en un manual teórico sobre los derechos de las relaciones médico-paciente, empero es conveniente y necesario realizar esta abreviada introducción con el propósito de desarrollar por vía de hipótesis, las implicancias jurídicas del consentimiento informado en lo que respecta a la responsabilidad *¿Qué exigencia se le atribuye al galeno en cada caso?* y en la ausencia del mismo, a los efectos de la omisión del cumplimiento del deber de informar: *¿Constituye su negligencia suficiente daño para originar la responsabilidad? ¿Qué límites en la culpa podemos imputar o reprochar? ¿Existen zonas grises que no son susceptibles de determinar?*

Se tratará de encuadrar la omisión del deber de información a través del nexo de causalidad, analizando o sirviéndonos para ello de la doctrina y jurisprudencia a nivel nacional y del derecho comparado, para tratar de diferenciar las distintas posturas y esclarecer en distintos casos la existencia o no de este nexo de causalidad.

Previamente no podemos dejar de analizar la instrumentación del consentimiento informado, sus excepciones, la importancia de la información que debe revelarse al paciente y las normativas vigentes del derecho nacional.

También el presente trabajo de investigación pretende enfocarse en diversos problemas que trae aparejado el consentimiento informado como nuevo modelo, no ya como un dispositivo normativo aislado atribuible al galeno sino que se pretende investigar las implicancias jurídicas que surgen del ordenamiento jurídico argentino, como efecto de la denominada medicina defensiva, de las directivas médicas anticipadas, etc. que conllevan expresas problemáticas actuales a nivel jurídico, social, ético y político.

Finalmente, ensayaremos distintos supuestos para analizar el nexo de causalidad, la falta de información en cada uno de los supuestos y el resultado dañoso.

## **2. Introducción al Consentimiento Informado**

### **a) Evolución Histórica.**

En la antigüedad, el galeno decidía en forma aislada el mejor tratamiento sin consultar con el paciente, exigía obediencia y confianza para quien se le depositaba el arte de curar.

El nuevo modelo propuesto es considerado de tipo horizontal en la relación médico-paciente, en contraposición del modelo verticalista, en el cual la conducta del primero sobre el segundo era la imposición de un tratamiento debido, justamente basado en una actitud proteccionista, paternalista y decisivo del profesional a la hora de diagnosticar o de realizar un tratamiento.

En otro sentido, se puede considerar que la profesión médica ha sido tradicionalmente paternalista, y que justamente la evolución de la misma hacia un modelo diferente, *“basado en la información, el consentimiento y, en última instancia la autonomía, va imponiéndose, aunque ello suponga conflictos en la práctica médica”* (Rojas, 2007, p. 283).

El paradigma actual se relaciona con la exigencia colectiva y democrática de ponderar los derechos del paciente y de las obligaciones del galeno, que tiene sustento en diversas fuentes doctrinales y jurisprudenciales desde comienzos del siglo XX.

Los primeros antecedentes los podemos encontrar en dos famosos y citados casos del principio del siglo XX, Pratt v. Davis (1905) y Schloendorff v. Society of New York

Hospitals (1914) de los tribunales norteamericanos. Si bien los dos casos no generaron derechos de los pacientes en una autodeterminación profunda, sí dejaron establecidos los principios básicos del consentimiento informado (Katz, 1984).

En el primero de ellos, caso Pratt v. Davis, un especialista médico realizó una histerectomía y ovariectomía, sin el previo consentimiento de la paciente. La corte interpretó que existió una violación no solo en el deber de informar los riesgos del procedimiento sino el de operar sin su consentimiento o conocimiento.

*"El primer y mayor derecho del ciudadano "[U]nder a free government at least, the free libre, que subyace a todos los otros, es el citizen's first and greatest right, which underlies all derecho a la inviolabilidad de su persona, que the others - the right to the inviolability of his es objeto de universal reconocimiento y este person, in other words, his right to himself - is the derecho prohíbe a un médico o cirujano, por subject of universal acquiescence, and this right hábil o eminente que sea... violar sin permiso necessarily forbids a physician or surgeon, however la integridad física de su paciente... y operar skillful or eminent... to violate without permission sobre él sin su consentimiento o conocimiento." the bodily integrity of his patient... and [to operate]*

1 *on him without his consent or knowledge."*

Asimismo, las resoluciones del tribunal de New York que generaron doctrina con la sentencia del caso Schloendorff v. Society of New York Hospitals, que incluyó un leading case con la frase que haría famoso el principal argumento ético-jurídico del CI, donde se sostuvo que *“todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué*

---

<sup>1</sup> Traducción propia: Pratt v. Davis, 79 N.E. 562 (Ill. 1906). KELLY JO PRATT # 522003, Petitioner, V. Susan Davis, Respondent. (1905)



*es lo que hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente”.*<sup>2</sup>

También en igual sentido en 1947 se fortalece la doctrina del CI, a raíz de los juicios celebrados por el Tribunal Militar de Núremberg, juicios a los que fueron sometidos un grupo de médicos acusados de realizar experimentos con seres humanos, sujetos y objetos de investigación, poniendo en evidencia parte de la barbarie que se cometía contra prisioneros de guerra en campos de concentración nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Estos experimentos realizados a los prisioneros se llevaban a cabo sin el debido respeto a los derechos fundamentales. Finalizada la guerra y años después, con la Asamblea Médica Mundial del año 1964, se recepta la *“Declaración de Helsinki, un conjunto de reglas que orientan a los médicos en investigación en seres humanos y que resaltan la importancia del consentimiento voluntario como elemento importante dentro de los protocolos de estudio”* (Dobler López, 2001, p. 3).

Podemos inferir con lo descrito anteriormente que el fundamento de la libertad en aceptar o no el acto médico, tuvo su auge a partir del siglo pasado con el advenimiento del liberalismo imperante, al cual no escapó a la relación jurídica médica, esto quiere decir, el quebrantamiento del modelo paternalista versus el crecimiento del modelo de la autonomía en la toma de decisiones del paciente. La posición autoritaria del médico basada en la "obligación de confianza" a cargo del enfermo comenzó a perder peso, y la balanza inició su declinación hasta el modelo actual.

---

<sup>2</sup> Schloendorff V. Society of New York Hospitals 211 N.Y. 125, 105 N.E.92-96 (1914)

## **b) Concepto General.-**

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos de 1984 define al consentimiento informado en estos términos: “El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, solicitándole a continuación su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente”

En la edición VII del Congreso Internacional de Derecho de Daños celebrada en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, sobre el Consentimiento Informado, se presentó el trabajo del Dr. Federico C. Tallone publicado en el diario La Ley del 28 de agosto de 2002, que aborda la noción de referencia que establece que:

*...dentro del marco de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud de la cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario bastante información, en términos comprensibles que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad... (Alonso y López Barrios, 2002, p. 1).*

Del mismo modo, el consentimiento informado comprende una declaración de voluntad suficiente, que debe ser efectuada por un paciente “... por lo cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o

*intervención que se le propone como médicamente aconsejable, este decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención...”* (Highton y Wierzba, 1993, p. 1).

Según explican Highton y Wierzba, se considera que el consentimiento informado involucra una declaración de voluntad suficiente hecha por un paciente *“por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”* (Highton y Wierzba, 1993, p.1). El consentimiento informado según estas autoras, importa una declaración de voluntad del paciente relativa a la práctica de una terapéutica sobre su cuerpo y requiere la previa información que el médico debe brindarle con relación a tal procedimiento, sin la cual el enfermo no podría tomar la decisión razonada e independiente de someterse o no al mismo.

### **3.- Marco Normativo**

En nuestro país, el marco normativo que regula el C.I. se encuentra conformado en principio, por la Ley 17.132 denominada Régimen legal del ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares de los mismos, sancionada en 1967, actualmente vigente y que establece la obligación por parte del médico, de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse, lo que implica consagrar la necesidad de solicitar el consentimiento informado del paciente en forma previa. No obstante, esta exigencia se establece en forma general, sin mencionar explícitamente el deber de información y sin regular los derechos y obligaciones que surgen de la relación médico-paciente.

Este vacío legislativo viene a ser cubierto por la Ley 26.529, De los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, sancionada en Octubre de 2009, que regula los derechos de los pacientes respecto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar la novísima Ley 26.742 sobre los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, sancionada en Mayo de 2012, que viene a modificar algunas disposiciones de la Ley 26.529, aplicables exclusivamente a la población de pacientes con una enfermedad irreversible o incurable, imponiendo respetar ante todo la autonomía de la voluntad del paciente, pero también estableciendo una protección al profesional médico, a través de una delimitación de su responsabilidad, ya que lo exime de la misma cuando obra de acuerdo a los preceptos de dicha Ley.

De la misma manera, otras leyes más específicas regulan también lo concerniente al consentimiento informado, como ser la Ley 26.657 de Protección de la Salud Mental y la Resolución 1480/2011 de la Guía para Investigaciones con seres humanos. Etc.

Debemos destacar asimismo la inclusión del Consentimiento Informado en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que consagra dicho requisito para actos médicos e investigaciones en salud en su art 59 siguiendo a la Ley 26.529 y estableciendo que nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Empero nada expresa sobre la instrumentación del C.I., se limita a reproducir los artículos 4 y 5 de la mentada ley, así como también regula pobremente sobre las directivas médicas anticipadas, por lo que la trascendencia de esta inclusión surgiría de estar este instituto contenido en un

Código, que constituye una herramienta importantísima para la seguridad jurídica y otorga permanencia institucional.

La ley 26.529 “*De los Derechos del paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*”, con las modificaciones introducidas por la llamada Ley de Muerte Digna, regula los derechos de los pacientes respecto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica. El capítulo III de la ley 26.529, “*Del consentimiento informado*”, regula lo concerniente al consentimiento informado del paciente, esto es, una vez notificado de su diagnóstico el paciente debe prestar conformidad a los estudios y procedimientos médicos que deberán llevarse a cabo para su cura.

En nuestra legislación se define el consentimiento informado conforme al art. 5 de la citada ley, como “*aquella expresión de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales luego de recibir por parte del profesional la información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

- a) su estado de salud;*
- b) el procedimiento propuesto con especificación de los objetivos perseguidos;*
- c) los beneficios esperados del procedimiento;*
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*

*f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;*

*g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;*

*h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.”*

En primer lugar y de acuerdo a lo que surge del artículo comentado, el acto de consentimiento informado no es solo un formalismo administrativo que debe impartirse por parte de los Médicos y/o de las prestadoras de servicios a través de formularios únicamente, sino que además la ley remarca que previamente se exige que el consentimiento provenga de información “*clara, precisa y adecuada.*” Podemos inferir que solamente existirá tal consentimiento cuando el galeno cumpla previamente con dicho requisito.

Asimismo, debemos destacar uno de los aspectos más relevantes de la Ley 26.742 sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, consagrado en los art. 1° y 2° que modifican los art. 2° y 5° respectivamente de la Ley 26.529.

Modificación que persigue sustancialmente, respetar ante todo la autonomía de la voluntad del paciente en cuanto al rechazo de tratamientos extraordinarios que no sirvan para curar sino que solo están destinados a prolongar en el tiempo un estadio terminal, irreversible o incurable.

Esencialmente implica el derecho de todo paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal; a manifestar su voluntad en el sentido de rechazar procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, como así también de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación, cuando persigan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal o irreversible y prolonguen la agonía.

Estos derechos asimismo, deben estar incluidos en la información que el medico provee en forma previa al paciente como lo establece el nuevo art 5°.

Asimismo, según el art 11° bis se garantiza la falta de responsabilidad del profesional médico ante la decisión del paciente ya que dicha ley establece que ningún profesional que haya obrado de acuerdo a sus disposiciones estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa derivada del cumplimiento de las mismas, brindando un marco legal que ampara a los médicos en la toma de decisiones.

## **SEGUNDA PARTE**

### **§ CAPÍTULO SEGUNDO**

En el presente capítulo se procederá a analizar el contenido de esta figura jurídica, es decir, sus principales elementos, la instrumentación del C.I., sus excepciones, y la importancia de la información que debe revelarse al paciente, como paso previo e imprescindible para delimitar sus implicancias jurídicas.

#### **1.- Principales elementos del C.I.**

En el año 2010, se sanciona la Ley 26.657 de Protección de la Salud Mental, en donde se aborda también el CI en su articulado, en congruencia con la Ley 26.529. En base al marco jurídico imperante en nuestro país y en forma complementaria con apoyatura de la Resolución 1480/2011 de la Guía para Investigaciones con Seres Humanos del Ministerio de Salud Pública, sistematizan e integran aspectos relevantes al CI.<sup>3</sup>

Este último, define el consentimiento informado como un acto: "...voluntario y libre cuando lo otorga una persona autónoma y competente que puede entender el propósito y la naturaleza de la investigación, los riesgos que deberá afrontar y los beneficios que podría recibir, y que conoce sus derechos como participante de una investigación. Una persona autónoma y competente es aquella capaz para tomar una decisión de manera voluntaria, únicamente en función de sus propios valores, intereses y preferencias, y siempre que cuente con la información necesaria para evaluar sus opciones. Como principio general, el

---

<sup>3</sup> Resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud Pública sancionada el 13/9/2011. Publicado en Boletín Oficial miércoles 21 de setiembre de 2011. <http://www.pharmabiz.net/wp-content/uploads/2011/09/boletin21sept.pdf>



consentimiento deberá obtenerse para toda investigación en la que participen seres humanos o se realicen con muestras biológicas o datos personales.”

En este proceso del consentimiento informado, además incluye los siguientes elementos: competencia para tomar decisiones del potencial participante o su representante legal, información clara y completa antes y durante la investigación, comprensión de la información, decisión voluntaria y libre, y documentación de todo el proceso. La comprensión de la información depende de la madurez, inteligencia y educación de los individuos, pero también de la capacidad y voluntad del investigador para transmitirla.

Hasta aquí hemos visto como han ido surgiendo los distintos elementos definitorios del Consentimiento Informado, esto es la información al paciente y el derecho del mismo a tomar parte en las decisiones que le afectan, *que son:*

***a) Declaración de voluntad:***

Para que se repute la existencia de voluntad, la declaración de voluntad, que constituye un verdadero acto jurídico, debe ser efectuada con discernimiento, intención y libertad (conforme art. 897 Cód. Civil):

*Discernimiento:* “Es la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”. (Cifuentes); *Intención:* es el propósito de llevar a cabo un acto siempre que exista adecuada correspondencia entre lo entendido y lo actuado. (Medina y Hooft, 2005) La falta de correspondencia se configura con la ignorancia, el error o el dolo; *Libertad:* Ella

consiste en la espontaneidad de la determinación del agente (Llambías). La falta de libertad se configura con la violencia e intimidación, el temor reverencial y el estado de necesidad.

***b) Manifestación del paciente:***

Como elemento indispensable debe de ser emitido por el enfermo implicado en la administración del tratamiento y no por terceras personas. Para que una tercera persona pudiera dar el consentimiento por el paciente se requiere que la misma sea su representante, facultado por ley o judicialmente. Conforme art. 5 de la Ley 26.529; Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso (...).

***c) Información clara, precisa y adecuada:***

Conforme art. 5 de la Ley 26.529 prosigue (...) emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada (...)

*Clara:* La información debe ser comprensible, ofrecérsele en lenguaje claro y sencillo de manera que el paciente pueda entender. Puede ocurrir que el enfermo presente dificultades para comprender acabadamente la información que se le brinda y para apreciar las implicancias de su decisión (Frías, López y Povilaitis, 2011). *Precisa:* La información debe corresponderse con la intervención que se va a implementar. Las implicancias del tratamiento deben guardar estricta vinculación con la información previamente brindada.

*Adecuada:* La adecuación debe corresponderse directamente con el tratamiento o procedimiento aplicado y también sobre las alternativas posibles.

***d) Información confidencial:***

La confidencialidad es garantizar la información brindada únicamente al paciente o a terceros que sólo él puede autorizar, conforme al art. 4 de la Ley 26.529. El segundo párrafo regula el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

***e) Administración del tratamiento o procedimiento:***

Entre los procedimientos también debemos incluir a los previos, como el diagnóstico, estudios, etc. y los procedimientos médicos o quirúrgicos invasivos. Los tratamientos psiquirúrgicos o tratamientos irreversibles, presentan además requisitos adicionales, (Frías, López y Povilaitis, 2011) como los establecidos por ley o la previa aprobación de

un organismo independiente como el caso de los tratamientos experimentales (conforme Resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud Pública inc. 2.1.1 B2).<sup>4</sup>

***f) Aspectos del tratamiento o procedimiento. Suficiencia:***

Los aspectos sobre los que deben versar los procedimientos o tratamientos son los establecidos precedentemente, conforme a los arts. 3 y 5 de la ley 26.529. Para que los elementos detallados sean válidos, el profesional debe brindar al paciente dicha información con suficiencia.

La suficiencia, de acuerdo a lo expresado, son aquellos elementos necesarios suministrados por el profesional, para que una persona razonablemente pueda tomar una determinación.

Por ejemplo, no sería suficiente y por lo tanto no sería válido el consentimiento que se presta en base al supuesto de que el galeno brinde información clara, sencilla y precisa, si se refiere a objetivos no perseguidos por el tratamiento o riesgos no informados, etc.

**2.- La instrumentación del consentimiento informado.**

De acuerdo a la legislación argentina el art. 6° de la ley 26.529, impone la obligatoriedad del consentimiento informado en forma previa a toda intervención profesional médica y conforme al art. 8° se establece la obligatoriedad incluso para los supuestos de exposiciones con fines académicos. A su vez, el art. 7° establece como

---

<sup>4</sup> De acuerdo al art. 2 inc. e de la ley 26.529 un proyecto de investigación en salud humana debe someterse a la evaluación, guía y aprobación de un Comité de Ética en Investigación (CEI) independiente del investigador y del patrocinador, antes de su inicio y durante su desarrollo.

principio la instrumentación del consentimiento informado en forma verbal con la excepción, que será por escrito en el caso de internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; y revocación.

Así también, se establece como excepción el supuesto en el que un paciente con una enfermedad terminal o irreversible manifieste rechazo a procedimientos quirúrgicos etc., de dicha decisión deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

La constancia del otorgamiento del consentimiento informado por escrito para los casos determinados por la norma, constituye un registro documental del proceso que no puede ser confundido con la historia clínica (conforme art. 12).<sup>5</sup>

Quizás la decisión normativa de establecer la forma verbal como regla general, es poco afortunada y genera en materia probatoria grandes consecuencias a la hora de analizar las acciones u omisiones de las responsabilidades médicas. En este punto, proponemos invertir el principio de la forma verbal como regla general; de acuerdo al famoso proverbio romano, *verba volant scripta manent* (las palabras vuelan los escritos quedan) y afirmamos acertada una decisión tomada por escrito, para evitar deficiencias comunicacionales o diferencias de criterio a la hora de probar los hechos. De esta manera aseguramos fluidez en la

---

<sup>5</sup> El capítulo IV regula lo concerniente a la confección, contenido y observancia de la historia clínica y que define como "el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud"

información brindada al paciente y se evitaría dispensarse del deber de información aunque fuera una intervención de menor riesgo.<sup>6</sup>

En sentido negativo, también generaría algunas dudas. Así como lo expresa Luis Blanco, la noción genérica de consentimiento informado implica la hipótesis de la “negativa informada” que involucra el derecho a la disidencia terapéutica y el derecho a rechazar el tratamiento o procedimiento médico (Blanco, 1997).

Dicho esto, con mayor razón, no se podrá determinar con precisión el CI para los casos no contemplados y más aún, si pretendemos en materia probatoria demostrar el rechazo en tal actitud.

También consideramos que es poco acertada la expresión de revocabilidad de la voluntad cuando el art. 10 expresa que, “La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos

---

<sup>6</sup> Cfr. En los autos “Quihillalt, Laura c/ Mires, Carlos Alfredo s/ Daños y Perjuicios” en Cámara Nacional en lo Civil Sala I consideraron que: *La extracción de una pieza dentaria sometida a un tratamiento conservador, ante el fracaso de éste o la imposibilidad de llevarlo a cabo, advertida durante su transcurso, en modo alguno resulta asimilable al caso de una mutilación como las contempladas por el legislador al formular la exigencia del consentimiento informado en los términos de la ley 21.541 de transplantes de órganos. Aunque el deber de información al que está obligado el profesional médico puede dispensarse cuando se trata de intervenciones de menor trascendencia o cuando no se pone en riesgo la vida del paciente, ni puede acontecerle un daño grave. Ello ocurre frente a un supuesto en el cual no mediaba otro riesgo para la salud que la imposibilidad de practicar con éxito el tratamiento conservador de una pieza dentaria, lo que conduciría, en todo caso, a su pérdida.*” (QUIHILLALT, Laura c/ MIRESES, Carlos Alfredo s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. CNAC, Sala I, 18/07/02, L.115914, “Sumario N°14929 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 23/2002”. El resaltado en negrita nos pertenece.)

previsibles que la misma implica. Las personas mencionadas en el art 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.”

Estas constancias “...a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad” deberían interpretarse como el otorgamiento del consentimiento informado o su rechazo instrumentándose la forma escrita independientemente de inscribirse en la historia clínica.

Conforme a ello un paciente puede rechazar un tratamiento, aclarando la ley que incluso puede hacerlo sin expresión de causa, por lo cual deberíamos preguntarnos si realmente es acertado el criterio dispuesto por el legislador en establecer el principio de la forma verbal como regla general. Consideramos que la historia clínica debe de ser entendida como aquel antecedente previo al consentimiento informado, inscripto y foliado de acuerdo a lo que manda la ley, mientras que la expresión de revocabilidad es independiente, a modo que el médico se vea en la necesidad de acreditarlo fehacientemente por otros medios.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. En los autos “ECHENIQUE, Silva Beatriz c/ PARDAL, Carlos y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala k consideraron que: “1- No obstante que no conste en la historia clínica cabe presumir el consentimiento informado de un paciente con una hemorragia subaracnoidea por rotura aneurismática cerebral -de altísima mortalidad-, cuando frente a esa situación extrema el profesional médico realiza la única técnica quirúrgica válida y para la práctica se requirió a los familiares la provisión de un tipo de clips, además que la paciente estaba lúcida al momento de la operación. 2- En esta situación no se requiere un consentimiento que se exprese en términos rigurosos y la información exhaustiva sobre los riesgos posibles del acto médico puede no ser conveniente por lo turbadora para el enfermo y porque se debe evaluar -ante la gravedad y urgencia del cuadro y del

Antes de la sanción de la ley que comentamos y como antecedente legislativo, ya existía la ley 17.132, sancionada en el año 1967, actualmente vigente; y que dispone la conformidad por escrito del enfermo en las operaciones mutilantes. De tal manera el Artículo 19 de la ley 17.132 establece que *“Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: inc. 3 “Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz.”*

### **3.- Excepciones al deber de información**

En ocasiones puede ocurrir que el derecho a la información de los pacientes pueda verse limitado en casos excepcionales. En este sentido, el artículo 9 de la ley 26.529 establece que el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: cuando mediare grave peligro para la salud pública; y 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.

---

tratamiento- que el consentimiento se habría dado. (ECHENIQUE, Silva Beatriz c/ PARDAL, Carlos y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. 24/09/10. K037715. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. Sala K. Sumario N°20151 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).



Deberán ser interpretadas las excepciones con carácter restrictivo, y acreditadas de conformidad a lo que establezca la reglamentación de acuerdo al último párrafo del referido articulado.

Entonces como excepción al principio, ante una situación de urgencia un médico puede proceder al tratamiento sin autorización del paciente, considerándose que el consentimiento está implícito. La noción de urgencia no está del todo delimitada, aunque se debe considerar algún criterio de cierto sentido común, que permita esclarecer el significado de urgencia dentro del contexto médico.

Partiendo de que el CI queda sin efecto ante la urgencia cabe considerar que el peligro para el paciente debe ser inmediato y el procedimiento no debe poderse posponer y se presenta tal situación cuando el tiempo que demandaría efectuar la revelación y obtener el consentimiento se volvería en contra de los intereses del propio paciente.

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

De acuerdo a la ley 26.529, al expresar las excepciones al deber de solicitar el consentimiento informado no menciona el caso de tentativa de suicidio, que en cambio se lee en la ley 17.132 del art. 19 que dispone la obligación de los profesionales que ejerzan la medicina a: inc.3 [...] Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o

internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio [...].

Una interpretación estricta del art. 9º llevaría a concluir que, por ejemplo en caso de que llegue al médico una persona que ha sufrido una copiosa hemorragia como consecuencia de haberse cortado una vena, o que ha ingerido un veneno para quitarse la vida, el médico debe preguntarle si quiere que lo asista para salvarlo, y que si ella le dice que no quiere esa intervención, el médico debe abstenerse de actuar y dejar que se consume la muerte (Tale, 2011).

En este sentido en la XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en San Miguel de Tucumán, 2011, en la comisión sobre los derechos de los pacientes, Tale (2011) expuso que la ley debiera corregirse en este punto; o al menos debe introducirse la excepción mencionada en la reglamentación que se haga de la ley. De todos modos, mientras eso no se haga, hay que interpretar que generalmente el paciente que se halla en tal supuesto no es competente para dar su consentimiento y corre grave peligro para su vida o salud, con lo cual el caso se incluye en una de las excepciones al consentimiento informado que admite la ley (art. 9º inc. b).

#### **4.- Información que debe revelarse al paciente.-**

El objetivo de informar es principio fundamental para que el paciente, una vez que obtenga acceso total a la información relativa al estado de salud, en razón de su derecho sobre su propia persona, pueda otorgar un consentimiento válido y adecuado dado los requerimientos éticos y legales. Empero ¿Qué información debe ser entendida como relevante para el paciente?

El art 5° de la Ley 26.529 enumera en ocho incisos, ya mencionados precedentemente el contenido de la información que se debe revelar al paciente; sobre el estado de salud, el procedimiento propuesto con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados, como así también el derecho que le asiste al paciente que presenta una enfermedad terminal o irreversible de rechazar determinados procedimientos quirúrgicos y el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad.

De acuerdo con la jurisprudencia nacional en materia de consentimiento informado, existen varios fallos que constituyeron verdaderos leading cases sobre la relevancia de la información.

En el fallo de “Favilla Humberto c/ Peñeyro, José y otro”<sup>8</sup>, la Cámara en lo Civil sostuvo que en una primera etapa, previamente, antes de decidir la realización de un tratamiento o una intervención se deberán efectuar todos los estudios e investigaciones necesarias para llegar a un diagnóstico cierto. Deben tenerse en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos. Hay que tener presente que su consentimiento es indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, por ejemplo, una mutilación, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico (Vázquez Ferreyra, 2004).

---

<sup>8</sup> CNCiv., Sala I, “Favilla Humberto c/ Peñeyro, José y otro”, L.L, t 1991-D 114 y ss. (1991).

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

También en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Dezeo, José c/Guido, Oscar y otros"<sup>9</sup>, mencionado anteriormente; establece qué tipo de información debe revelarse al paciente, a fin de que estos puedan tomar una decisión de su cuadro completo y no en forma parcial de la misma.

A raíz de un accidente en la vía pública, el Sr. José Dezeo sufrió una fractura expuesta en su pierna. Fue trasladado a un sanatorio cercano a efectos de su atención. La clínica privada en cuestión, no tenía convenio con la obra social a la que pertenecía el actor, quien era un albañil jubilado.

Los médicos intervinientes informaron al actor que éste no contaba con cobertura médico asistencial en ese establecimiento, motivo por el cual si decidía atenderse en la institución, debía sufragar los gastos que su atención demandara.

---

<sup>9</sup> SCBA, “Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros”, L.L. 1993 B, 249 (1992).

Presentándose así la plataforma fáctica, el actor decidió trasladarse a un hospital público. Pero, desafortunadamente, a consecuencia de la dilación en el tratamiento debido, la herida ya presentaba signos de infección que no habían sido tratadas oportunamente. Finalmente todo concluyó con la amputación de la pierna del actor.

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

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

Concluyó el Tribunal de Segunda Instancia que en las expresadas condiciones, la excusa basada en la falta de consentimiento del paciente no puede ser acogida, en tanto no constituyó la expresión de la libre voluntad del sujeto y que por lo tanto el actor sólo fue puesto al tanto respecto del tema económico, mas no del riesgo que su pierna presentaba la necesidad de una urgente e inminente toilette quirúrgica.

La Suprema Corte de Buenos Aires entendió que la excusa dada por la clínica respecto a la negativa del paciente a ser atendido en sus instalaciones resultaba inatendible y juzgó que la única opción que se presentó al herido, fue la de ser atendido con la correspondiente premura pero sin el amparo de su obra social, o elegir ser trasladado al establecimiento mas cercano, oficial y gratuito. Por el contrario, se encontró probado que el paciente no se lo anoticio del riesgo de infección, ni de la extrema urgencia de atender la lesión.

Asimismo cabe preguntarse ¿Cuánta información debe el galeno suministrar al paciente? Justamente se necesita un cúmulo de información para poder tomar decisiones fundadas, entendidas como un estándar, de las cuales todos los pacientes sin importar su clase social, cultural ni educación, puedan acceder. Son los elementos necesarios suministrados por el profesional, para que una persona razonablemente pueda tomar una determinación. Ella debe ser *“suficiente, veraz, actualizada, pertinente y adecuada, de acuerdo con las condiciones físicas, cognitivas, psicológicas, morales y culturales de cada paciente”* (Herazo Acuña, 2002, p.6).

Como conclusión de este capítulo podemos afirmar que el C.I. se encuentra impuesto en forma obligatoria y previa a la intervención médica salvo ante una situación de urgencia en la que se lo considera implícito, así también se destacan dos grandes aspectos de este instituto como ser la información previa que se provee al paciente y la declaración de voluntad suficiente efectuada por el mismo. Así también se ha establecido como regla general para su instrumentación la forma oral.

## § CAPÍTULO TERCERO

Hasta aquí hemos visto los distintos elementos definitorios del C. I., procederemos ahora a desarrollar las hipótesis de conflicto que guían el presente trabajo, analizando ya en este punto los elementos de la responsabilidad civil y tratando de encuadrar la omisión del deber de información a través del nexo de causalidad, analizando para ello las distintas posturas existentes en la doctrina y jurisprudencia para esclarecer la existencia o no de este nexo de causalidad.

### **1.- Límites en la culpa: Negligencia e imprudencia. Obligaciones de medio y resultado.-**

La diligencia profesional es una carga ínsita en toda actividad médica, que radica principalmente en la exigencia legal del profesional de extremar la aplicación de la ciencia en cuestión, obrar con cuidado y previsión; máxime cuando lo que está en juego es la salud del ser humano. Es por ello que el derecho exige un máximo de diligencia en el ejercicio de la actividad que le es propia, razón por la cual la falta de ella o el cumplimiento deficiente genera “culpa” haciéndolo responsable de los daños ocasionados. Empero, ¿qué límites en la culpa podemos imputar o reprochar?

En principio debemos señalar que la responsabilidad civil del médico, no difiere sustancialmente de la responsabilidad en general; cualquiera fuere su especialidad, en cuanto al origen y a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil y es necesario que estén presentes, los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: daño,

relación causal, antijuridicidad y factor de atribución; y que dichos elementos estén probados en una causa judicial. Aunque tiene sus matices y es dable distinguir entre la responsabilidad civil de los médicos (transgresión de las reglas de orden científico trazadas por el arte médico) de la culpa común, los principios generales relativos a la individualización de la culpa (art. 512 del CC) son aplicables in integrum a la actividad profesional de la medicina (Bueres, 1992).

Sin lugar a dudas, con relación al campo de la responsabilidad civil de los médicos, los temas centrales radican en los referidos a la culpa, en sus obligaciones como actividades de medios o de resultados.

Como lo expresa Vázquez Ferreyra, "...el hecho de considerar que la obligación asumida por los médicos es de medios implica necesariamente la presencia de un factor de atribución subjetivo (culpabilidad) para que quede comprometida su responsabilidad civil. Sin culpa (comprensiva de la culpa latu sensu y del dolo) no hay responsabilidad civil médica." (Vázquez Ferreyra, 2004, p. 25).

En nuestro país la jurisprudencia es constante en sostener que en el caso de los profesionales del arte de curar, la prestación comprometida es de medios.

*“Que, en la situación narrada el galeno asume una obligación de medio, por la cual pone a disposición del paciente toda su técnica para aliviar la enfermedad, siendo esta su obligación final. Que, los hechos descriptos por sí sólo permiten apreciar la existencia de negligencia del facultativo y generan la presunción de su responsabilidad y*



*libera a la parte de la carga de demostrar los hechos en los cuales se funda la responsabilidad apuntada.”*<sup>10</sup>

En algunas especialidades se ha puesto en duda la naturaleza de la prestación que asume el profesional. Así por ejemplo en materia de cirugía plástica se sostiene que los cirujanos asumen obligaciones de resultado pues de lo contrario el paciente no asumiría el riesgo de la intervención.

Si sostuviéramos que existen especialidades médicas cuya obligación es de “resultado”, como un sector minoritario de la doctrina lo hace respecto a determinadas ramas de la medicina, su autor solo podrá eximirse de responsabilidad probando el caso fortuito o la fuerza mayor, o el hecho de un tercero por el que no debe responder. La culpa, o falta de ella, no tendrá relevancia en este supuesto. Es decir que sería irrelevante que el galeno pruebe que actuó con diligencia, probidad, y de acuerdo a lo que la “lex artis” indica (González Zund, 2005).

El profesional que comprometió un resultado específico ante su paciente, y no lo obtuvo –por ej. Embellecimiento facial, etc. -, solo habrá de eximirse probando el caso fortuito o el hecho del tercero por el cual no debe responder; reitero- si adhiriéramos a esta posición.

En consecuencia, tratándose –para esta corriente-, la responsabilidad civil del médico, de una “obligación de resultado”, su incumplimiento genera responsabilidad objetiva. Empero como habíamos anticipado, si se tiene en cuenta que en la medicina no existe

---

<sup>10</sup> Juzgado Civil y Comercial n° 7 - Biscay, Pedro severo c/Sanatorio Frangioli de salud 2000 s.r.l. y/o Juarez, Hipólito Miguel Juan y/o quien resulte responsable s/daños y perjuicios y daño moral", Expte. N°4058/01

procedimiento que no asuma cierto grado de riesgo para el paciente, este debe de ser asumido al momento de prestar conformidad.

Por tal motivo adherimos a la corriente de pensamiento de la doctrina que establece a la obligación del médico como una obligación de medios, y no de resultados.

En referencia a la carga probatoria en la culpa médica, es determinante a los fines resolutorios el valor que el magistrado atribuye a las presunciones de cada caso (Mosset Iturraspe, 1973).

Por su parte, ¿Cómo puede el paciente damnificado, o sus deudos, probar lo que el galeno hizo en el acto quirúrgico, o la medicación que le fue suministrada estando inconsciente, etc.?; de allí la denominada por algunos como la: “prueba diabólica”.

Por estas consideraciones, y otras tantas que podríamos continuar enumerando, cobró vigencia en nuestros tribunales la teoría de la “carga dinámica” en materia probatoria, asignándose relevante importancia a las “presunciones legales” a los fines resolutorios de la causa.

La teoría de la carga dinámica de la prueba, se funda en el deber de colaboración, y solidaridad que deben tener las partes, sobre las espaldas de quién mejor puede hacerlo; por ejemplo en este caso, el profesional médico.

Cada parte debe demostrar la existencia de las circunstancias que afirma, y los presupuestos de la norma que invoca, adoptándose entonces una carga probatoria dinámica y concurrente (Lorenzetti, 1991).

## **2.- El daño y la falta en el deber del consentimiento informado.**

Por lo tanto, una vez establecida la obligación legal de obtener el consentimiento informado en forma previa a la realización de cualquier práctica médica amparada por la norma, deberíamos detenernos a considerar algunas cuestiones. Justamente como ya habíamos anticipado, se pretende investigar acerca de las implicancias jurídicas del consentimiento informado en lo que respecta a la responsabilidad que surge en caso de ausencia del mismo, es decir ante la falta de información por parte del profesional médico, si la omisión en el cumplimiento del deber de informar por parte del médico constituye negligencia y daño suficientes para originar responsabilidad.

Desde un primer enfoque práctico, en principio pareciera que el objetivo de la ley es de establecer mecanismos para que el consentimiento informado en forma previa sea exigible y con ello su violación debería surtir efectos en la órbita civil en cuanto a la obligación de resarcir, independientemente de la existencia de una responsabilidad específica surgida del posible obrar culposo. En general esta postura no es unánime en nuestra jurisprudencia.<sup>11</sup> Empero ¿Qué sentido tendría la norma sino se aplicara en ese sentido? Un derecho nominal o sin posibilidades reales de ser cumplido no es un verdadero derecho, de lo contrario serían semejantes a "sables de papel", conforme a una feliz expresión de nuestro maestro Llambías (Llambías, 2005).

---

<sup>11</sup> "ECHENIQUE, Silva Beatriz c/ PARDAL, Carlos y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. 24/09/10. K037715. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. Sala K."

Seguidamente desarrollaremos distintos supuestos donde podremos evaluar y analizar por vía de hipótesis los resultados propuestos con apoyatura de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Con esto deberíamos preguntarnos: ¿Constituye por sí la negligencia o imprudencia de no informar, suficiente daño para originar la responsabilidad? En este caso, ¿Cuál es el daño que el médico deberá indemnizar? ¿Deberá reparar todo el daño (daño sobreviniente) o sólo el perjuicio derivado de la falta de obtención del consentimiento informado?

Por otro lado, se tratará de determinar si es posible realizar una imputación causal del resultado dañoso a dicha falta de información. En estos temas de responsabilidad médica que interesan al propósito del presente trabajo, resulta necesario establecer anticipadamente algunas consideraciones sobre el nexo de causalidad en el incumplimiento del deber de información y del resultado dañoso.

### **3.- Nexos de causalidad. Falta de información y el resultado dañoso.**

Consecuentemente, luego de establecer los límites de la responsabilidad civil de los médicos, ahora enfocaremos las discusiones determinantes en torno a la posibilidad de establecer un vínculo de causalidad entre la falta de consentimiento informado y los daños que se derivan para el paciente de una actuación médica conforme o no a la “lex artis”.

Corresponde de manera general, establecer el alcance del deber de información a cargo del médico, en diferentes hipótesis que pueden surgir en la responsabilidad médica. Tratando de resolver los interrogantes esgrimidos anteriormente, podemos ensayar los supuestos que se presentarían y establecer así las siguientes variables:

- a) Que exista cumplimiento en el deber de informar, e incumplimiento en la praxis médica;
- b) Que exista cumplimiento del deber de informar y cumplimiento en la praxis médica según las exigencias y expectativas en la lex artis;
- c) Que exista incumplimiento en el deber de informar e incumplimiento en la praxis médica;
- d) Que exista incumplimiento del deber de informar y cumplimiento en la praxis médica según las exigencias y expectativas en la lex artis;

***Supuestos a) y b):***

De las variantes presentadas, los supuestos a) y b) no representan mayores problemas para analizar. En el supuesto de a) estaríamos frente un típico caso de mala praxis donde el actor deberá reclamar el daño causado; y en el supuesto de b) no presentaría problemas complejos en absoluto dado que el médico cumplió con todos los deberes.

***Supuesto c):***

Podemos observar que en el supuesto c) el médico incumple con el deber de información y realiza una actuación médica que es llevada a cabo con inobservancia de la lex artis. En éste supuesto, conceptualmente resulta sencillo establecer el nexo causal entre la inobservancia de la lex artis y el daño derivado de la actuación médica. Resulta complejo vincular la falta de consentimiento informado al daño causado por la defectuosa ejecución de la prestación médica; después de todo, "...el problema no surge del hecho de someterse a una operación médica (sin el deber de información), sino del hecho de que dicha operación fue defectuosamente ejecutada" (De La Maza Gazmuri, 2002, p. 130).

En este caso la inobservancia del deber de información pasa desapercibida o, “*cuando menos, no alcanza autonomía suficiente para justificar por sí sola una reclamación de daños que encuentra, en general, su fundamentación en la violación de la lex artis*” (García Rubio, 2007, p. 814).

Se sostiene que la falta de información supone una actuación culposa del médico, por cuanto al prescindir de la facultad decisoria del paciente, debe entenderse que es el propio facultativo quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la operación. Así, en estos casos lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad, entendida como la sustracción al paciente de la posibilidad de elegir un tratamiento alternativo o incluso de negarse a la intervención médica; en el sentido de que de haber sabido los riesgos relacionados con el procedimiento y de habersele proporcionado la oportunidad de rechazarlo, lo hubiera hecho.

No obstante ello, al establecerse la cuantía indemnizatoria, no se tiene en cuenta que se está tan sólo ante la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional médico hubiera sido el autor directo del perjuicio final –muerte o enfermedad-. Algo así como que el médico “puso la enfermedad” en el paciente o es el causante de la enfermedad (Vázquez Ferreyra, 2004).

En nuestra jurisprudencia, en igual sentido en el fallo "Falzetta, Pedro Enrique y otro c/ Sanguinetti, Omar y otros s/ Daños y perjuicios" advierte que “La responsabilidad médica constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que esta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, *siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave*

negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento"

En el mismo sentido, el Dr. Bueres ha señalado que “la relación causal no existe sólo cuando medió un acto positivo del médico, sino también cuando hubo una omisión de su parte; o una falta de aplicación del tratamiento adecuado que priva al enfermo de la posibilidad de curación a la cual razonablemente podía aspirar” (Bueres, 1992).

“Cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de la prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia falta a su obligación y se coloca en la posición del deudor culpable.”<sup>12</sup>

Lo mismo ocurre en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Dezeo, José c/Guido, Oscar y otros",<sup>13</sup> establece un antecedente del alcance de la información que deben revelar los médicos a sus pacientes. En este último fallo brevemente recordemos que el Sr. Dezeo sufrió un accidente callejero, con fractura expuesta en su pierna y que el tribunal hizo caso omiso de la defensa de la clínica privada ante la negativa del paciente a ser atendido en ella. Ante dicha excusa considero que el actor no fue informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la "toilette quirúrgica", que sólo le advirtieron en cambio, la inexistencia de cobertura en el establecimiento, de su obra social, y que fue la imposibilidad de afrontar el alto costo de dicha intervención, lo que motivó su pedido de traslado.

---

<sup>12</sup> Art. 512 del C. Civil y SCBA; Falzetta, Pedro Enrique y otro c/ Sanguinetti, Omar y otros s/ Daños y perjuicios.

<sup>13</sup> SCBA, “Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros”, L.L. 1993 B, 249 (1992).

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

El Alto Tribunal consideró que la excusa dada por la clínica respecto a la negativa del paciente a ser atendido en sus instalaciones resultaba inatendible.

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

A nuestro modo de ver, tanto en este caso como en el anterior, no se cumplió con el deber de información ni con las exigencias de una buena práctica médica, porque consideramos que la falta de información fueron causas directas que generaron el daño, la efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado, porque esta claro que obedece al resultado dañoso final.

***Supuesto d):***

Finalmente, en este supuesto - y a nuestro entender donde las opiniones están divididas - lo que interesa investigar aquí es en torno al supuesto o posibilidad de establecer una relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado y en el cumplimiento de la lex artis. El supuesto d) tiene lugar cada vez que existe incumplimiento del deber de informar, con el cumplimiento de las exigencias de la lex artis. A diferencia del supuesto



anterior, éste no sólo posee interés teórico, sino, además, un innegable interés práctico por su frecuencia (García Rubio, 2007).

En general, la doctrina más autorizada niega que exista causalidad en las omisiones puras, sino únicamente corresponde hablar de imputación objetiva. En sede penal, que es donde la idea ha recibido mayor acogida considera que “...realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión” (De La Maza Gazmuri, 2002).

No se puede confundir relación causal con culpabilidad; ambos son presupuestos distintos del deber de responder. En materia de responsabilidad civil médica, muchas veces se incurre en esta confusión. Ello tal vez obedece al hecho de que ambos presupuestos generalmente van estrechamente unidos (Vázquez Ferreyra, 2004).

En este sentido, Vázquez Ferreyra toma el ejemplo del Tribunal Supremo Español que considera, “no faltan ocasiones en que la constatación del nexo causal y de la culpa van tan estrechamente engarzadas que su delimitación se convierte en una labor muy complicada. Precisamente como consecuencia de esta dificultad, el Tribunal Supremo ha confundido la relación de causalidad con la culpa, llegando a fundamentar sus fallos en una falta de negligencia cuando en realidad lo que ocurría es que no se daba el nexo causal entre el acto médico y el daño. Tal vez esto suceda porque como bien señala González Morán, la jurisprudencia pone más énfasis en el descubrimiento de la conducta culposa del agente que en establecer el nexo de causalidad”

No compartimos como consecuencia, que por más que se parta de la base de que no existe culpa técnica, toda responsabilidad del médico deba ser descartada. Vale decir, que deberá estarse a la teoría de la causalidad adecuada y corresponderá también evaluar cual hubiera sido la decisión del paciente de haber sido correctamente informado y teniendo por supuesto en cuenta las particularidades del caso. No se trata de determinar qué es lo que sucedió, sino qué es lo que hubiera sucedido de haberse observado el comportamiento ordenado al médico.

Así, debemos entender que cuando el paciente es sometido a un tratamiento o intervención quirúrgica, de cuyo resultado se deriva un perjuicio para su salud del cual aquel no había sido informado, o lo había sido incorrectamente, dicho perjuicio debe ser adjudicado al médico que infringió su deber de información; y ello aun a pesar de que en el desarrollo de el tratamiento instaurado o la intervención realizada se haya empleado un correcto uso de la *lex artis*, ya que el objeto de protección aquí, no es otro sino el derecho del paciente a conocer cuales son los riesgos, ya no sólo los más probables del tratamiento o intervención a la que va a ser sometido, sino incluso, los riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia (Palomares Bayo y López y García de la Serrana, 2002).

En este mismo sentido, el fallo "P.R.H. c/Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/responsabilidad médica" el Tribunal reconoció la plena autonomía del paciente y de la importancia del consentimiento informado, cobrando singular valor este precedente judicial en el que si bien se juzgó que no existió culpa en el accionar de los profesionales, igualmente se condenó a la institución sanitaria por no tener organizado un

sistema que asegure la obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a cualquier intervención médica (Vázquez Ferreyra, 2004).

Frente al cuadro que presentaba el paciente era necesario a criterio de los cardiólogos tratantes, la realización de una arteriografía cerebral. La arteriografía fue practicada en el servicio de hemodinamia del mismo hospital.

El tribunal afirmó que el paciente no fue informado sobre los riesgos del procedimiento, existiendo un mínimo riesgo del 5 por mil (0,5%) que eventualmente se efectivizaron y como consecuencia de ello, el paciente sufrió lesiones que lo incapacitaron en forma total.

Del voto del Dr. Farrell dijo: "No hubo entonces, estrictamente, mala praxis en los profesionales de la demandada. Pese a ello, creo que la acción contra el hospital debe prosperar. El motivo consiste en el riesgo del procedimiento, del cual el paciente no fue advertido..."

En definitiva, si bien se rechazó la demanda contra los médicos, porque no se pudo individualizar en cabeza de quien recaía tal responsabilidad, el hospital fue condenado por no asegurar la obtención del consentimiento informado de todo paciente que va a ser sometido a una práctica médica.

Por otro lado, todavía queda en duda si, de no existir culpa técnica ni perjuicio en la salud ¿Se indemniza la simple omisión del deber de información? y ¿Cuál sería el daño en tal caso?

Debemos diferenciar este caso de los anteriores propuestos, frente a un incumplimiento del deber de información y con todas las diligencias del *lex artis*, descartando la mala praxis *per se*, ¿es igualmente indemnizable la omisión?

El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización, sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual (Rodríguez Fernández, 2008).

Para cierta jurisprudencia la omisión de información contra el derecho de autodeterminación del paciente; supone una verdadera lesión de su autonomía personal. Garantía que protege nuestra carta magna en los bienes como la libertad o la dignidad de la persona que encuentra fundamento de tal tesitura. Esta tesis tiene el inconveniente que si se analiza el nexo causal del pretendido daño moral ningún daño es causado por la falta de información (hecho negativo en sí mismo improductivo, incapaz de generar efectos). Cuestión distinta es que el nexo causal no deba ser tenido en cuenta como requisito autónomo en este campo de la responsabilidad patrimonial o que no deba ser aplicado con excesiva rigurosidad. Por otra parte, el daño moral indemnizable en tal caso sería autónomo e independiente de las específicas lesiones producidas al paciente: se trataría de indemnizar el sólo hecho de no haber sido informado. En semejante hipótesis, el quantum indemnizatorio quedaría al margen de la existencia de una efectiva lesión corporal.

Sin pretender detenernos en el supuesto específico de los pacientes terminales o con una enfermedad irreversible, ya que abarcan solo una parte de la problemática general

referida al Consentimiento Informado, debemos mencionar la incidencia de la nueva Ley 26.742 en la responsabilidad médica.

Dicha normativa, consagra el derecho de todo paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal; a manifestar su voluntad en el sentido de rechazar procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, como así también de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación, cuando persigan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal o irreversible y prolonguen la agonía.

Estos derechos asimismo, deben estar incluidos en la información que el médico provee en forma previa al paciente como lo establece el nuevo art 5°.

Asimismo, según el art 11° bis se garantiza la falta de responsabilidad del profesional médico ante la decisión del paciente ya que dicha ley establece que ningún profesional que haya obrado de acuerdo a sus disposiciones estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa derivada del cumplimiento de las mismas, brindando un marco legal que ampara a los médicos en la toma de decisiones.

Concretamente, en lo que hace a la responsabilidad del médico, al eximirlo de la misma en los supuestos mencionados, esta nueva ley evita el encarnizamiento terapéutico por temor a juicios de mala praxis.

En conclusión podemos afirmar que el punto clave, en la responsabilidad de indemnizar un daño ocasionado con motivo u ocasión de una intervención médica, en el supuesto de actuación diligente --conforme a la *lex artis* pero con ausencia de consentimiento informado--, radica en la relación de causalidad. Es decir, debemos hacernos un juicio hipotético para dilucidar si el paciente, de haber conocido por la información previa y antes de la actuación médica el riesgo que sufría, hubiera prestado o no el consentimiento y, por tanto, si se hubiese realizado la intervención y, en tal caso, si no se hubiese generado el daño.

## **TERCERA PARTE**

### **§ CAPÍTULO CUARTO**

El presente capítulo se enfocará en diversos problemas que trae aparejado en forma conexas el Consentimiento Informado, como nuevo modelo, como ser, las Directivas Médicas Anticipadas y la Medicina Defensiva, que conllevan expresas problemáticas actuales a nivel jurídico, social, ético y político.

#### **1.- Directivas Médicas Anticipadas**

Uno de los aspectos quizás más controvertidos y más relevantes, es la consagración legislativa a nivel nacional de las Directivas Médicas Anticipadas, que hasta la sanción de la ley 26.529 solo se encontraban reguladas aisladamente y a nivel local.

Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó. (Conforme el nuevo art. 11 de la ley 26.529).

Es importante aclarar que la Directiva Médica Anticipada no debería confundirse con las llamadas prácticas eutanásicas, el último supuesto contemplado en la norma, se refiere

al caso en el que mediante una directiva se intente disimular un acto eutanásico, supuesto en el cual la ley correría el velo de la apariencia para atacar con la nulidad, la práctica eutanásica encubierta.

Lamentablemente, existe una confusa redacción de la norma y que puede frustrar el fin propio que el legislador tuvo en miras al sancionarla, y así cuestiones interpretativas o reglamentarias restringir la aplicación del instituto o bien terminar judicializando nuevamente la salud.

Consideramos que se trata del ejercicio de actos de autoprotección, con base en el derecho de autonomía de la voluntad, que permiten manifestar con anticipación conductas autorreferentes, acordes a los deseos y convicciones de cada individuo, dejando expresa constancia de sus indicaciones, las que deberán ser respetadas en el momento en que no se encuentre en condiciones de expresarlas (Aizenberg, 2011).

En igual sentido el Comité Ad Hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, sostiene que "...las directivas anticipadas constituye un instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida, y a la preservación de la salud como un proceso integral biológico, psicológico, social e histórico, socio-individual", destacando además que en el caso, "existe un consenso familiar respecto de la voluntad de la paciente". Finalmente, se concluye que -a juicio del Comité- debiera hacerse lugar al amparo interpuesto, "priorizando la autonomía de la paciente, y la no maleficencia, que de otro modo la llevaría a modificar su actual calidad de



vida, rodeada de entorno afectivo que le permite aceptar el proceso de enfermedad con dignidad”.<sup>14</sup>

Es una guía orientadora para la determinación de las pautas a seguir en el tratamiento del paciente, importante en momentos como los actuales, donde se judicializan temas que como los que se han detallado, resultan ajenos al ámbito jurisdiccional. Una directiva entendemos, puede influir positivamente en el ejercicio de la actividad profesional, atenuando la sensación de temor frente a una posible situación de litigiosidad.

En este orden de ideas se ha manifestado la jurisprudencia expresando que “...se trata, precisamente del respeto por la vida humana, pero en su íntegra dimensión, no sólo circunscripta a las funciones fisiológicas elementales. El hombre no sólo vive porque respira y porque su corazón late. El hombre vive porque piensa, porque siente, porque se comunica, porque se relaciona. Esto último es, precisamente, lo que a cada uno de nosotros nos interesa de nuestras vidas; es lo que tenemos miedo de perder si perdemos la vida (...) Si eso es lo que verdaderamente nos importa ¿qué es lo que el derecho debe proteger? ¿El derecho a respirar? ¿O el derecho al desarrollo de nuestras dimensiones psíquica y social? Naturalmente, se impone la respuesta negativa a la primera pregunta y positiva a la última...”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> SCJBA, "S., M. d. C.", 9/02/2005, LLBA 2005 (marzo), 171 - LA LEY 2005-B, 267

<sup>15</sup> “S. M. E. y otros” , Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 9a Nominación de Rosario, 15/08/2008.

## **2.- Medicina defensiva. Crítica.**

Si bien a lo largo de las últimas décadas han surgido, tanto a nivel internacional como nacional, suficiente material para reconocer los derechos del paciente en la prestación del consentimiento informado, también ha dado lugar a ciertos problemas y quejas en el ejercicio de la práctica profesional.

El consentimiento informado, de acuerdo a lo analizado precedentemente y tal como lo presentamos en este Trabajo Final de Graduación, debe ser un proceso bilateral con especial énfasis en la comunicación, no debe ser un acto formal de carácter meramente documental y/o unilateral. Si bien las exigencias jurídicas están predeterminadas, y específicamente en la práctica médica, existen algunas reminiscencias del antiguo régimen paternalista, el consentimiento informado es un proceso gradual, que ha evolucionado y obliga a los profesionales de la salud a respetar. Por esta razón, más allá del formulismo legal, en ciertas circunstancias puede ocurrir, como expresa Quintana Trías y muchos profesionales en la medicina, que incluso esto afecta, congelando o inhibiendo la confianza requerida para que la relación médico-paciente sea exitosa.

Siguiendo este razonamiento, de acuerdo a las documentaciones presentadas a los pacientes, en su redacción y contenido (lenguaje médico-jurídico), tal acto incluso puede colocar a los profesionales de la salud en una actitud que se ha denominado de Medicina defensiva, la cual es contraria a los propósitos de la norma, de los intereses del paciente e incluso de la sociedad. El peligro de la medicina defensiva se entiende que es percibida por el paciente como una actuación tendiente a proteger la irresponsabilidad del mismo profesional.

Por otro lado en EEUU, Tancredi es quien en 1978 utiliza por primera vez el término de medicina defensiva, definiéndola como el empleo de procedimientos diagnóstico-terapéuticos con el propósito explícito de evitar demandas por mala praxis (Tancredi, 1978).

La crítica cobra mayor importancia si tomamos como ejemplo el justificativo norteamericano de las últimas décadas, donde las demandas por mala praxis fueron en aumento, mientras que irónicamente la *medicina defensiva* comienza a estar orientada a grandes gastos en estudios de laboratorio, interconsultas, mayor tiempo de estancia hospitalaria, procedimientos quirúrgicos, etc., y no con el propósito de beneficiar al enfermo sino con la creencia de que ante la posibilidad de litigio o reclamación por parte del paciente o sus familiares, podrá justificar ante el juez que se cumplieron y se rebasaron las obligaciones de medios, de diagnóstico y de seguimiento en el proceso de atención médica del paciente (Guzmán Mejía, 2011).

Contrariamente a lo expresado, en Argentina al igual que en el resto de Latinoamérica; consideramos que existen grandes diferencias entre las percepciones defensivas, dadas por la medicina pública y la privada, originadas en las fuertes desigualdades entre los pacientes muy bien informados en la salud privada y con una muy baja educación sanitaria en la salud pública. Justamente con el propósito de cumplir de modo fehaciente con las previsiones legales, se ha convertido en una práctica de medicina defensiva, que socava uno de los fundamentos de la correcta relación médico-paciente: la confianza.

En este sentido vemos que obligatoriamente la documentación del proceso del consentimiento informado proporciona la mejor defensa contra los futuros reclamos de los

pacientes, quienes fueron adecuadamente informados acerca del tratamiento propuesto y de los riesgos que conlleva dicho tratamiento o intervención. Y solamente podría considerarse exitosa la relación médico-paciente cuando este último comprenda la información brindada, porque de lo contrario, el consentimiento informado implicaría por negativa un consentimiento desinformado.

Para ello, el profesional deberá tratar de crear un ambiente de honestidad y confidencialidad en el que el cliente pueda plantear las preguntas, expresar sus valores y solventar las inquietudes surgidas sobre la información recibida.

Entonces decimos que la responsabilidad del médico es dar toda la información posible y en términos comprensibles, para generar un ambiente de mutua confianza y confidencialidad, de tal manera que *“el paciente puede solicitar aclaraciones, tiempos para decidir, respuestas a sus preguntas o temores y, finalmente, tras conocer los pormenores de la intervención, los beneficios que se esperan de la misma y de sus consecuencias, puede aceptar o no dicha intervención.”* (Quintana Trías, 1996, Pág. 161).

Por lo tanto, debemos entender que el consentimiento informado no sólo es el reconocimiento de los derechos del paciente, para tomar las decisiones relativas a los cuidados y tratamientos que se le ofrezcan, sino que cumple un doble juego de valores y principios en salvaguarda de los intereses de la sociedad. Para no caer en la denominada Medicina Defensiva, la atención a la salud debe estar a cargo de profesionales de la ciencia y en conjunto con el paciente, aplicando como único fin, el de atender y servir mejor al individuo, a la familia y a la comunidad.

## § CAPÍTULO QUINTO

Para finalizar, en este capítulo expondremos nuestras conclusiones, obtenidas a la luz del estudio de distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, tratando de dar respuesta así al problema de investigación planteado al inicio de este trabajo.

### **1.- CONCLUSION**

A modo de finalización, podemos afirmar que la relación médico-paciente, basada en otros tiempos en el sistema paternalista, ha sufrido un cambio de paradigma pasando a un nuevo modelo que se construye en base al principio de autonomía de la voluntad y la autodeterminación personal, principios consagrados legislativamente a través de uno de los instrumentos que sirve para delimitar derechos y deberes de médico y paciente, como es el Consentimiento Informado, cuya regulación se encuentra en las leyes 26.529 y 26.742, como así también ha sido previsto en el anteproyecto del Código Civil y cuya importancia ha sido demostrada en este trabajo.

En base a dicha regulación legal podemos concluir que el C.I. se encuentra impuesto obligatoriamente en forma previa a toda intervención médica, salvo ante una situación de urgencia en la que un médico puede proceder al tratamiento sin autorización del paciente, considerándose que el consentimiento está implícito. Como así también que implica dos grandes aspectos como son; la información previa que se debe proveer al paciente, y que debe reunir ciertos requisitos enumerados por la ley y la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente. Así también, se ha establecido su forma oral con las excepciones

de los casos en los que se trate de internación, intervención quirúrgica etc. De estos aspectos relativos a los elementos del C.I., los requisitos para su instrumentación etc. podemos inferir que el objetivo de informar es principio fundamental para que el paciente, una vez que obtenga acceso total a la información relativa a su estado de salud, pueda otorgar un consentimiento válido y adecuado.

Este instrumento constituye un derecho del paciente y una obligación a cargo del profesional médico cuya violación origina responsabilidad civil para el mismo.

Si bien no se discute la existencia de este deber habrá que determinar en cada caso en particular si la falta de información constituye o no causa del daño, utilizando la teoría de la causalidad adecuada para verificar la presencia del nexo causal.

Respondiendo a nuestra pregunta de investigación planteada al inicio del presente trabajo, podemos concluir que, a nuestro criterio, es dable sostener que la omisión del deber de información por parte del profesional médico no origina por sí misma responsabilidad civil por mala praxis. Para que esta responsabilidad surja debe verificarse la necesaria relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Para nuestra opinión la omisión de información atenta contra el derecho de autodeterminación del paciente; supone una verdadera lesión de su autonomía personal, garantía reconocida y protegida por nuestra carta magna en bienes como la libertad o la dignidad de la persona, pero también podemos afirmar que el punto clave en la responsabilidad de indemnizar un daño ocasionado con motivo de una intervención médica radica en la relación de causalidad.

Asimismo, debemos tener en cuenta que en el caso de tratarse de pacientes terminales la Ley de muerte digna exime de responsabilidad a los profesionales, ya que les confiere un marco legal que los ampara en la toma de decisiones cuando el enfermo se ha pronunciado rechazando ciertos procedimientos y se han cumplido acabadamente todos los requisitos enumerados por dicha ley.

Por otra parte, todavía existen algunos aspectos negativos relativos al desconocimiento de la pacífica doctrina y jurisprudencia aplicada a institutos que regulan el derecho de la salud, también respecto a la instrumentación del consentimiento informado, a la confección de la Historia Clínica y la omisión de legislar los deberes del paciente y los derechos del personal que integra el equipo de salud, tratándose de una relación eminentemente bilateral basada en un contrato de prestación de servicios asistenciales.

Coincidimos con el pensamiento del Dr. Vázquez Ferreyra (2003), que pese a la abundante bibliografía y a varios pronunciamientos judiciales existentes sobre el tema, los contornos del llamado consentimiento informado aún no han sido bien dibujados. Quizás como todos los principios y valores bioéticos, el "consentimiento informado" no es un fundamento absoluto y como tal, y dentro de los fundamentos jurídico-filosófico de cada instituto, que sobrepasan al ámbito de este trabajo, no podemos dejar de reconocer el gran avance en materia de los derechos humanos.

Sobre la base de todo lo expuesto podemos concluir que el autoritarismo médico quedaría relegado al pasado puesto que los pacientes hoy tienen derecho a ser informados adecuadamente, en términos claros y sencillos sobre su diagnóstico y tratamiento, a las consecuencias (beneficios y riesgos) de sus enfermedades y dolencias. Toda esta

información debe de ser proporcionada por lo médicos que lo atiendan, pertenezcan o no a una institución hospitalaria pública o privada.



## 2.- BIBLIOGRAFIA GENERAL

Aizenberg, M. (2011). *Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529*. Artículo recuperado de URL [http://www.cedi.org.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=324:derechos-de-los-pacientes-ley-26529&catid=44:novedades&Itemid=28](http://www.cedi.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=324:derechos-de-los-pacientes-ley-26529&catid=44:novedades&Itemid=28)

Alonso, E.D. y López Barrios, R.P. (2002, Octubre). *Consentimiento Informado*. Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Buenos Aires, Argentina.

Blanco, L. G. (1997). *Muerte digna. Consideraciones bioéticas-jurídicas*. Buenos Aires: Ad- Hoc.

Bueres, A.J. (1992). *Responsabilidad civil de los médicos* (2° Ed. Actualizada). Vol. 1 Buenos Aires: Hammurabi.

De La Maza Gazmuri, I. (2002). *Consentimiento informado y relación de causalidad, Cuadernos de análisis Jurídico*. Santiago, Chile: Ediciones UDP.

Dobler López, I. F. (2001). Aspectos legales y éticos del Consentimiento Informado en la atención médica en México. *Revista Mexicana de Patología Clínica*, 48 (1), 3-6.

Frías, J., López, M. y Povilaitis, A. (2011). *El consentimiento informado y la atención en salud mental*. Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. Ministerio de Salud de la Nación.

García Rubio, M.P. (2006). Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad médica. En La Ley (Ed.) *Estudios de Derecho de Obligaciones*. (pp. 801-827). Madrid: La Ley.

González Zund, R. (2005). *La prueba de la culpa médica: carga probatoria. Distintas posiciones. Reseñas jurisprudenciales*. Ponencia no publicada. II Jornadas Interprovinciales de Responsabilidad Civil del Médico. Homenaje al Dr. Luis O. Andorno.-

Guzmán Mejía, J. y Shalkow Klincovstein, J. (2011). *¿Medicina defensiva o medicina asertiva?* Volumen 33, Supl. 2 – Recuperado en: <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>

Herazo Acuña, B. (2002). *Consentimiento informado. Para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud*. Bogotá: ECOE Ediciones.

Highton, E. y Wierzba, S. M. (2003). *La relación médico-paciente: El Consentimiento Informado*. (2° ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Katz, J. (1984). *The Silent Word of Doctor and Patient*. New material 2002 The Johns Hopkins University Press, USA.

Llambías, J. J. (2001) *Tratado de derecho civil, obligaciones*. (4 ° ed. Actualizado) Buenos Aires: Abeledo Perrot. T.I.

Lorenzetti, R. (1991). *Responsabilidad Civil del Médico y Establecimientos Asistenciales Derechos de Daños*. Buenos Aires: La Rocca.

Medina, G. y Hooft, I. (2005). *Código Civil Comentado. Hechos y Actos Jurídicos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Mosset Iturraspe, J. (1973) *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Tomo I Reimpresión. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Palomares Bayo, M. y López y García de la Serrana, J. (2002). *El Consentimiento Informado en la Práctica Médica y el Testamento Vital*. Granada, España: Comares.

Perez Fuentes, G. y Cantoral Dominguez, K. (2006). El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho Mexicano. *Revista de Derecho Privado, nueva época, año V*, (15), 59-87.

Quintana Trías, O. (1996). *Bioética y Consentimiento Informado. Materiales de Bioética y Derecho*. Barcelona: Cedecs.

Rodríguez Fernández, R. (2008). *El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios*. XV Congreso de Derecho Sanitario, Madrid, España.

Rojas, R. A. (2007). Honorable Legislatura de la Provincia del Neuquén, Diario de sesiones. Fundamentos al Proyecto de ley Nro. 5675, Neuquén.

Stuart Mill J. (1970) *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Tale, C. (2011, Septiembre). *Derecho a la asistencia médica, requisitos del consentimiento informado, excepciones al consentimiento informado y al deber de confidencialidad y prohibición de la eutanasia*. Ponencia presentada en XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. San Miguel de Tucumán, Argentina.

Tancredi, L.R. and Barondess, J.A. (1978). The problem of defensive medicine. *Science* 26, 200 (4344).

Vázquez Ferreyra, R. A. (2003). *La Responsabilidad civil de los Médicos*. Recuperado de [http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed\\_rvf.pdf](http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf)

## **JURISPRUDENCIA:**

- CNCiv., Sala I, “Favilla Humberto c/ Peñeyro, José y otro”, L.L, t 1991-D 114 y ss. (1991).
- SCBA, “Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros”, L.L. 1993 B, 249 (1992).
- CNCiv y ComFed, Sala I, “P., R.H. c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino”, E.D. W5779 (1993).
- CNCiv., Sala K. “Echenique, Silva Beatriz c/ Pardal, Carlos y otros s/ Daños y Perjuicios.” 24/09/10. K037715. Sumario N°20151.
- CNAC, Sala I. “Quihillalt, Laura c/ Mires, Carlos Alfredo s/ Daños y Perjuicios”. 18/07/02, L.115914, “Sumario N°14929 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 23/2002

- Schloendorff V. Society of New York Hospitals 211 N.Y. 125, 105 N.E.92-96 (1914)
- Pratt v. Davis, 79 N.E. 562 (Ill. 1906). Kelly Jo Pratt # 522003, Petitioner, V. Susan Davis, Respondent. (1905)

## Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>GRAU MARIA SILVIA</b>
E-mail:	<b>silviagrau@arnet.com.ar</b>
Título de grado que obtiene:	<b>ABOGADO</b>

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	<b>El Consentimiento Informado. Responsabilidad del Médico derivada del incumplimiento del deber de información.</b>
Título del TFG en inglés	<b>The Informed Consent. Medical liability arising from breach of the duty of information.</b>
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	<b>PIA</b>
Integrantes de la CAE	<b>María Cecilia Caro-María Alejandra Quintanilla</b>
Fecha de último coloquio con la CAE	<b>20/10/2012</b>
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	<b>PDF</b>

### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

**Autorización de Publicación electrónica:**

**Si, inmediatamente**

\_\_\_\_\_  
Firma del alumno

