

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



Trabajo Final de Grado

Deber de información y consentimiento informado

Responsabilidad civil de los médicos ante su omisión

María Julia Ferreyra

Abogacía - 2016

AGRADECIMIENTOS:

A mi familia por haberme brindado una buena educación.

A mi madre, amor del bueno, ejemplo de lucha y superación, la persona que me dio la vida y me enseñó las mejores lecciones.

A mi padre, por enseñarme que con sacrificio, trabajo y constancia todo se consigue en la vida.

A mi hermana, por estar siempre a mi lado incondicionalmente.

A mis amigas, por reír conmigo en mis momentos de felicidad y acompañarme en momentos difíciles.

A mí ahijado Bastian, porque su vida transformó la mía.

A la Cooperativa de Electricidad y Anexos Limitada de Vicuña y su equipo de T.A.P

A mi tutores Tomas José Obligado y Paula Luciana Altamirano por guiarme en este Trabajo Final de Graduación.

A la Universidad Siglo 21, por permitirme terminar una carrera de grado a distancia.

A todos, muchas gracias.

RESUMEN

Son deberes de los profesionales médicos brindar información suficiente y veraz a sus pacientes acerca de sus diagnósticos y opciones clínicas como así también es su deber obtener el consentimiento del paciente para someterlos a tales prácticas o intervenciones

El presente Trabajo Final de Graduación tiene por objeto describir y analizar las instituciones de deber de información sanitaria y consentimiento informado del paciente, como así también determinar en qué presupuestos y bajo qué circunstancias el médico responde ante la omisión de los mismos cuya consecuencia no es más que la reparación de los daños que dicha omisión genera.

ABSTRACT

They are duties of the medical professionals to offer sufficient and veracious information to his patients it brings over of his diagnoses and clinical as like that options also is his duty to obtain the consent of the patient to submit them to such practices or interventions.

The present Final Work of Graduation has for object describe and analyze the institutions of duty of sanitary information and informed consent about the patient, since this way also determine in what budgets and under what circumstances the doctor answers before the omission of the same ones whose consequence is not any more than the repair than the hurts that the above mentioned omission generates.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: DEBER DE INFORMACION	
1. Antecedentes del Deber de Información.....	13
2. Conceptualización y caracterización del deber información.....	17
3. Sujetos que intervienen en el proceso de brindar información.....	19
4. Contenido del Deber de Información.....	19
5.- Fundamento del Deber de Información	22
CAPITULO II: CONSENTIMIENTO INFORMADO	
1. Antecedentes del consentimiento informado.....	25
2. Concepto de Consentimiento Informado	27
3. Contenido del Consentimiento Informado	31
4. Fundamentos y Naturaleza Jurídica del Consentimiento Informado	33
CAPITULO III: REGULACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO	
1. Breve análisis de fuentes internacionales y nacionales que receptan el Deber de Información y el Consentimiento Informado.....	36
Legislación Internacional.....	36
A) Informe Belmont.....	36
B) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	38
C) Código de Núremberg.....	39
D) Ley básica de España 41/2002: Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.....	40
Legislación Argentina.....	40
A) Constitución de la Nación Argentina.....	41
B) Ley 17.132: Reglas para Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración.....	42
C) Ley 24.193: Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos.....	42
D) Ley 26.529: Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.....	43

E) Ley 26.742: Ley sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado. Modificación de la Ley 26.529	47
F) Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la República Argentina.	52

CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDICOS ANTE LA OMISION DE LOS DEBERES PROFESIONALES DE INFORMACION SANITARIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

1.Obligaciones de medios y de resultados	56
2. Concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.....	57
2.1 El hecho antijurídico	58
2.2 Factor de atribución de la responsabilidad: La culpa.....	59
2.3 El daño	61
2.4 Relación de causalidad entre el daño y el comportamiento antijurídico.....	63
Conclusión.....	68

LISTADO DE BIBLIOGRAFIA

Doctrina.....	71
Legislación.....	75
Jurisprudencia.....	76

INTRODUCCIÓN

Se ha señalado durante décadas la falta de bilateralidad en la relación médico paciente. Antes del siglo XX predominaba el modelo paternalista, el cual se caracterizaba por ser el médico quien tomaba las decisiones sin contar con la voluntad del paciente. Esto ocurría debido a que el facultativo médico era considerado un sabio, un ser que poseía conocimiento científico y por lo tanto era el único capacitado para volcar ese conocimiento en la cura o tratamiento de enfermedades. En el modelo paternalista el contenido de la información brindada por el médico era acotado, ya que él tomaba las decisiones y por lo tanto no era menester explicar o consultar al paciente respecto al procedimiento a seguir.

Luego del siglo XX, la manifestación de información clara y precisa por parte del médico y de la institución sanitaria fue considerada un deber, dejando de lado el modelo paternalista para adoptar un modelo autonomista, en el cual el paciente recibía información adecuada para que pueda decidir sobre su salud, considerándose a la autonomía personal del paciente como un valor incuestionable.

La medicina ha ido evolucionando durante el siglo XX, más precisamente desde la década del 70 en adelante, tanto en su aspecto científico como jurídico. Desde el aspecto jurídico, la evolución se vislumbra mediante la incorporación de ciertos deberes médicos a múltiples legislaciones, así en 1979 tiene lugar en Estados Unidos el Informe Belmont el cual establece principios o guías que protegen a las personas que se sometan a investigaciones biomédicas. Uno de estos principios consiste en brindar información suficiente, clara y veraz a todos aquellos sujetos.

En Argentina en la década del 90 comenzaban a sancionarse leyes que contenían normas aisladas que receptaban el deber de información. En 1993 la Ley 24.193 en su artículo 13° establece que los profesionales médicos deben informar a donantes, receptores o representantes legales, en el caso que aquellos sean incapaces, acerca de los riesgos de la ablación o implante, secuelas, evolución y limitaciones de manera clara, suficiente y adaptada a su nivel cultural. Otro antecedente histórico de carácter legislativo fue la Reforma Constitucional de 1994, siendo los constituyentes quienes receptorían el

deber de información, consagrando a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el derecho a obtener información adecuada y veraz en las relaciones de consumo. Sin embargo fue la ley 26.529 del 2009 la primera ley de carácter general que versará sobre los derechos del paciente en su relación con los facultativos médicos y la instituciones sanitarias.

Ahora bien, éste deber de informar es corolario de otro derecho del paciente: El consentimiento informado. Se define al Consentimiento Informado como aquella declaración de voluntad suficientemente efectuada por el paciente, o en su caso por los representantes legales del mismo, emitida luego de recibir información clara, precisa o adecuada. Por lo tanto, una vez que el galeno ha brindado a su paciente toda información relativa a su estado de salud, procedimiento propuesto, objetivos perseguidos, beneficios, riesgos, efectos adversos y consecuencia previsible de llevar o no adelante un procedimiento propuesto, necesita obtener el asentimiento del paciente para llevar a cabo a esa práctica médica. El consentimiento informado permite decidir al paciente con total libertad y discernimiento, cuál será la práctica médica a seguir, ejerciendo el paciente sus derechos de autonomía y autodeterminación.

El consentimiento informado también encuentra su fuente en el Informe Belmont como así también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por Argentina mediante Ley 23.313 de 1986. La ley 17.132 en su artículo 19 inciso 3° receptó la necesidad de obtener el consentimiento valido del paciente en el caso de operaciones mutilantes.

En 2009 se sancionó la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con Profesionales e Instituciones de la Salud. Dicha ley, no sólo receptó el derecho a brindar con total libertad por parte del paciente su consentimiento, sino que también consagró otros derechos como el derecho de asistencia, de trato digno y respetuoso, confidencialidad, intimidad entre otros, en toda relación médico-institución-paciente. En el año 2012, dicha ley fue modificada por la ley 26.742, cuya norma más relevante fue la incorporación del instituto de "consentimiento por representación" posibilitando que otra persona, representante del paciente incapaz legalmente, pueda tomar decisiones.

La omisión del deber de información como así también la de obtener el consentimiento válido del paciente es fuente de responsabilidad civil por infringir un

deber u obligación profesional. El médico y en su caso la institución de la salud, están obligados a resarcir el daño que su omisión provoque al paciente, respondiendo a título de culpa. El art 512 del Código Civil asevera que la culpa del deudor en el incumplimiento de la obligación se configura al omitir las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación. El mencionado artículo se complementa con el 902 del Código Civil el cual establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con diligencia y prudencia, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias de lo sucedido.

La finalidad del presente trabajo es describir los institutos de Deber de Información y Consentimiento Informado para determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones los profesionales médicos deben responder civilmente frente a su omisión, como así también cuáles son los supuestos que la ley consagra como eximentes de responsabilidad civil. El paciente o representantes legales en su caso, tienen derecho a ser informado suficientemente sobre su estado de salud para luego manifestar su decisión válida de someterse a un determinado procedimiento o práctica médica, haciéndolo con total autonomía y autodeterminación, permitiendo de esta manera que el médico invada su zona de reserva personal.

El médico ya no decide por el paciente, se deja atrás esa relación médico-paciente desequilibrada y profana para avanzar a una etapa de intercambio de conocimiento y consentimiento recíproco. De esta manera partiendo de la realidad que los derechos del paciente constituyen una obligación legal para el médico, su incumplimiento importa la provocación de un daño que deberá ser acreditado por el paciente que alega la existencia de tal daño. Probado el daño, no procede más que el deber del médico de resarcir el perjuicio ocasionado al paciente.

La importancia de esta temática radica en el respeto a los principios de autodeterminación, autonomía, no discriminación, dignidad e integridad psíquica y física de las personas en toda relación médico-paciente. El paciente tiene derecho a recibir información adecuada para poder decidir libremente, sin intimidación ni influencia indebida, si someterse o no a una práctica o tratamiento ofrecido. Esta declaración de voluntad puede consistir en una manifestación positiva o negativa, pero siempre es un deber legal para el médico e instituciones de la salud la obtención del consentimiento del paciente, luego de haber brindado la información pertinente.

El desarrollo de este TFG comprenderá tres partes. La primera de ellas abarca los capítulos I y II. El capítulo I tiene una finalidad completamente introductoria, haciéndose referencia a la conceptualización de la figura de Deber de Información, como así también a su contenido, aspectos principales, naturaleza y fundamentos jurídicos. En el Capítulo II se hará referencia a la conceptualización, elementos, aspectos principales y fundamentos jurídicos del instituto de Consentimiento Informado.

La segunda parte de este trabajo comprenderá el Capítulo III en el cual se analizará la recepción legislativa del deber de información y del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico argentino y sus fuente internacionales, destacando su evolución normativa y regulación en la leyes nacionales.

La tercera parte abarcará el Capítulo IV. Dicho capítulo consistirá en determinar el tipo de responsabilidad civil ante la omisión del deber de información y el consentimiento informado por parte del profesional médico, haciéndose referencia a la configuración de responsabilidad contractual que emana de la relación médico -paciente. También se procederá a analizar, la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil ante el incumplimiento de dichas obligaciones legales como así también se analizará la aplicación de la Teoría de la Causalidad Adecuada para la configuración del daño. Con la finalidad de adecuar lo analizado a la realidad jurisprudencial también se procederá a analizar fallos judiciales a fin de conocer los fundamentos en los que se basan los jueces para determinar la configuración del daño y la concurrencia de los demás presupuestos de responsabilidad civil.

Teniendo en cuenta todo lo desarrollado a lo largo de estos cuatro capítulos, también se elaborará las conclusiones finales que abarcarán consideraciones acerca de la omisión del deber de información y la responsabilidad que la misma configura, resarcando el perjuicio ocasionado al paciente cuyos derechos han sido vulnerados.

Capítulo I

DEBER DE INFORMACIÓN

El Deber de Información a cargo del profesional de la salud no siempre fue considerado un derecho del paciente. En el presente capítulo se analizará los antecedentes históricos del deber de información, su evolución a través del tiempo acompañada de cambios científicos, sociales y culturales que influyeron en el cambio de paradigma de relación médico- paciente. Se dejó atrás el modelo paternalista para adoptar un modelo autónomo que se basa en el respeto y participación del paciente.

Además en dicho capítulo se analizará el concepto del instituto de deber de información, sus caracteres que permiten identificar cuando la información es brindada correctamente, como así también su contenido y fundamentos que avalan el nacimiento de dicho instituto.

1. Antecedentes del Deber de Información.

Desde épocas pasadas el deber informativo se materializaba como un diálogo que comprendía aquellos aspectos importantes de conocer respecto al estado de salud del paciente. Pero el contenido de ese diálogo, la relación médico- paciente y la medicina como ciencia, fueron evolucionando a través del tiempo según la influencia de factores sociales y culturales.

En las antiguas civilizaciones la enfermedad y la salud eran consideradas un fenómeno sobrenatural. La enfermedad era interpretada como un castigo de los dioses y demonios, en cambio quien gozaba de buena salud se encontraba beneficiado con un don por parte de los dioses. Los médicos que asistían los malos estados de salud eran denominados magos, brujos o sacerdotes, quienes ofrecían como tratamientos curativos una especie de rito mágico, muerte o abandono ante los dioses, no considerando éstos últimos, los deseos o acciones de los pacientes. (Roger Garzón, 2011)

En la antigua Grecia comienza el desarrollo de la medicina científica, dejando atrás el modelo de la medicina mágica. En este periodo cobra especial relevancia la tarea del excelentísimo y gran médico Hipócrates, quien practicó una medicina basada en la metodología científica, considerando de vital importancia, identificar los síntomas que

manifestaba la persona enferma para formular un diagnóstico, lo cual implicaba la observación, la formulación de hipótesis y la experimentación con el paciente¹.

De esta manera se comenzó a vislumbrar una explicación racional de la afección o enfermedad. Para Hipócrates la relación médico- paciente era caracterizada como una amistad, con la cual se lograba la confianza del paciente en el médico y en la medicina como disciplina, a través de la palabra médica. El médico era considerado un sabio, una persona con conocimientos suficientes para sanar una enfermedad, por lo tanto su palabra y su actuación eran inquebrantables y legítima. (Roger Garzón, 2011)

En la época medieval la medicina era caracterizada por un fanatismo cristiano. El médico medieval era movido por su consciencia cristiana, atendiendo al paciente enfermo bajo la influencia de deberes religiosos, concibiendo a la enfermedad como un castigo de Dios. Se crean los primeros hospitales cristianos a cargo de los monasterios ofreciendo asistencia gratuita a los pacientes sin recursos económicos y enfermos moribundos. La comunicación entre el médico y el paciente consistía en un acto religioso o moral, traduciéndose en un diálogo a fin de alentar y consolar al enfermo. (Roger Garzón, 2011)

Siglos más tarde, precisamente en el siglo XVII, los médicos comienzan a formular otros interrogantes, a plantearse nuevos temas acerca de cómo suceden las cosas, empleando para ello un método nuevo denominado hipotético- deductivo, mediante el cual se investiga la naturaleza con los propios sentidos traduciendo éstas observaciones científicas en un lenguaje de base matemática. (Roger Garzón, 2011)

El siglo XVIII se desarrolló sin presentar grandes progresos en la medicina, las currículas universitarias eran más teóricas que prácticas y la disciplina médica trascendió sin sorprender hasta el siglo XIX. Pero es precisamente en éste siglo en el que se desarrolla nuevamente la medicina científica, la cual se encaminó a la búsqueda de los orígenes o causas de las enfermedades para realizar una mejor descripción de ellas, de sus síntomas y consecuencias utilizando al enfermo como un objeto cognoscible.²

¹ Fuente: Pagina Web de Universidad de Jaén de España. Recuperado el 10/09/2015 de: http://www.ujaen.es/investiga/cts380/historia/epoca_medieval.htm

² Fuente: Pagina Web de Universidad de Jaén de España. Recuperado el 10/09/2015 de: http://www.ujaen.es/investiga/cts380/historia/epoca_medieval.htm

Señala Roger Garzón (2011) que durante el siglo XIX, la medicina progresaba en tecnificación y especialización: se produce el descubrimiento de rayos X, el advenimiento de la traumatología y ortopedia y la superabundancia de productos farmacéuticos, entre otros. Sin embargo la relación médico- paciente ya no era de carácter subjetivista, el enfermo ya no era amigo del médico, no existía una relación de confianza entre ellos debido a que el médico no otorgaba información necesaria para la toma de decisiones ni tenía en cuenta los intereses del paciente, considerándose una relación muy insatisfactoria.

En el siglo XX el surgimiento de una medicina masificada permite el advenimiento de un cambio muy importante en la relación médico paciente: el modelo humanizado. En este nuevo modelo el paciente enfermo juega un papel fundamental al introducirlo en la medicina. El paciente es escuchado por el médico, se permite al paciente manifestar su estado anímico, intercambiar opiniones, formularle preguntas a fin de resolver sus inquietudes. La relación médico- paciente se vincula por un diálogo a través de la palabra entre el paciente y el galeno, generando un cambio de paradigma en la relación- medico paciente, lo que permite considerar al siglo XX como el siglo de la información. (Roger Garzón, 2001)

Siguiendo el trabajo de Ezekiel y Linda Emanuel (1999) la relación médico-paciente ha desarrollado cambios significativos. Estos cambios los reflejan en 4 modelos de relación médico- paciente.

En primer lugar se encuentra el Modelo Paternalista en el cual el médico informaba de forma autoritaria, seleccionando la información a brindar y el paciente consentía la intervención que el médico consideraba como sobresaliente basándose en criterios puramente objetivos. En este modelo el profesional médico colocaba como valor primordial la salud del paciente, considerándolo como un ser débil, carente de conocimiento, vulnerando su autonomía para tomar decisiones. El paciente no participa con su opinión en dicha relación, actuando el médico como su guardián.

Un segundo modelo que tuvo lugar con el paso de los años, fue el denominado Informativo o Del Consumidor. En dicho modelo, el médico facilitaba al paciente toda información relativa a su estado de salud, pudiendo elegir el paciente la intervención que

deseo. Por lo tanto, el paciente determinaba la práctica médica a llevarse a cabo, teniendo en cuenta para elegir, aquella que mejor se ajuste a sus valores, sin contar con la apreciación del médico, actuando este último como un técnico experto para no interferir en la toma de decisiones del paciente. (Emanuel y Emanuel, 1999)

De la mano de Ezekiel y Linda Emanuel (1999, p.115) cito un ejemplo para comprender mejor este modelo medico: “En el modelo Informativo el médico diría: Ante un cáncer de mamas con ganglios linfáticos negativos existen los siguientes tratamientos: la mastectomía o la linfadenectomía con o sin radioterapia.” El médico continúa explicando que basándose en numerosos estudios la mastectomía y la linfadenectomía con radioterapia arroja resultados idénticos con un 80% de supervivencia a los 10 años. En cambio, la linfadenectomía sin radioterapia tiene de un 30% a un 40 % de recidivas locales, es decir que el tumor puede aparecer nuevamente una vez terminado el tratamiento (Emanuel y Emanuel, 1999)

Puedo interpretar de este Modelo Informativo que una vez manifestada la información por parte del galeno, el paciente puede elegir libremente la opción de la linfadenectomía sin radioterapia, es decir la opción menos conveniente y que no garantiza su completa sanación, y que aún así, el médico no interferirá en su decisión porque prevalecerá la practica elegida por el paciente por ser la que mejor se ajusta a valores.

El Modelo Interpretativo es similar al Modelo Informativo. El médico desarrolla un rol consultivo “ayudando al paciente a aclarar y articular sus valores y a determinar qué intervención médica los desarrolla mejor, ayudándole a interpretar sus propios valores” (Emanuel E y Emanuel L, 1999, p. 111). En este modelo los valores del paciente entran en conflicto siendo necesario que el médico una vez que haya informado al paciente respecto al diagnóstico, ventajas y desventajas de la intervención lo ayude a interpretar sus valores sin juzgarlo en su decisión ni persuadirlo a optar por otra opción. (Emanuel y Emanuel, 1999)

Luego surge el Modelo Deliberativo o Autonomista en el cual el médico da a conocer al paciente el diagnóstico y práctica médica a llevar a cabo. Es más, no sólo expresa todos los conocimientos relativos al diagnóstico, sino también ayuda al paciente a

determinar y elegir la práctica a desarrollarse: Médico y paciente deliberan los pros y los contras de las distintas prácticas. (Emanuel y Emanuel, 1999)

En conclusión se deja de lado el modelo paternalista en el cual el paciente se encontraba en una posición de inferioridad respecto del galeno, quien decidía lo mejor para el paciente para adoptar el modelo autonomista en el cual el médico debe informar al paciente todo lo relativo a su estado de salud, orientándolo a tomar la decisión más adecuada respecto al tratamiento a implementar. En la vida cotidiana, cuando un paciente recurre a un médico para someterse a un tratamiento o para obtener un diagnóstico sobre su dolencia, el profesional notifica al paciente toda información relativa a su salud, el tratamiento más adecuado a aplicar, las ventajas y desventajas del mismo, como así también las consecuencias de no llevar adelante ningún tipo de tratamiento, permitiendo que el paciente decida con propia autonomía el tratamiento a implementar a raíz de lo informado. De ésta manera, el médico además de prestarle asistencia médica, cumple con otro de sus deberes profesionales: El deber de informar.

2. Conceptualización y caracterización del Deber de Información

Siguiendo a Marcelo López Mesa (2007) informar es enterar, prevenir o anunciar de una cosa o circunstancia, de manera relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión.

El médico se encuentra en una situación de preeminencia informativa, técnica y científica que conlleva la obligación de informar de modo suficiente sobre el tratamiento, riesgos, costos, beneficios, etc. Por lo tanto el deudor de la prestación y emisor de la información comunica a su acreedor aspectos relevantes de su salud, suministrada en forma simple, comprensible, libre de jergas o terminologías eruditas, la cual habilita al paciente o acreedor a tomar una decisión pertinente y beneficiosa. La información suministrada debe ser veraz, no debe alentar falsas expectativas ni disminuir los riesgos, y será mayor, cuanto mayor sean los riesgos que el tratamiento conlleve. (Alterini, López Cabana, 1989; Weingerten, 1997; Medina, Famá y Resvin, 2003)

El derecho a la información se encuentra receptado en nuestra Carta Magna estableciendo que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.”³ Si bien es verdad que la relación médico- paciente no se rige como una relación de consumo, la recepción del deber de información en la Ley Fundamental sirve como principios de todas aquellas relaciones contractuales.

Trigo Represas y López Mesa (2004) aclaran las cuestión del deber de información considerando que el fin de tal deber es iluminar y esclarecer cualquier inquietud, para que el paciente pueda decidir con libertad las opciones que la ciencia médica ofrece, siendo el usuario el único legitimado para decidir de manera consciente y responsable qué riesgos asume y a qué bienes renuncia.

En cuanto a los caracteres de la información a brindar, López Mesa (2007) establece que dicha información debe ser:

- **Objetiva y veraz:** Es decir que dicha información no debe ser falsa ni basarse en suposiciones. Los profesionales médicos deben poner en conocimiento del paciente todos los datos certeros que resulten relevantes a fin de que el paciente pueda conocer su diagnóstico y tratamiento.
- **Detallada:** Este carácter no consiste en informar todo de modo que el paciente reciba tanta información que termine confundándose o no le encuentre sentido. El galeno debe informar aquello que resulte útil y sustancial al paciente.
- **Asertiva:** Consiste en informar al paciente aquello que “puede llegar a ser, evitando a su vez infinitos potenciales y la realización de numerosas salvedades” (López Mesa, 2007 N°2, p. 227)
- **Comprensible:** El médico debe evitar un lenguaje excesivamente técnico y científico a fin de evitar la incomprensión del paciente. Por lo tanto en el acto informativo, el profesional deberá utilizar términos que se adecuen a la capacidad de comprensión del paciente.

³ Artículo 42. Constitución de la Nación Argentina. Reforma de 1994.

- Especifica: Significa que la información brindada debe ser precisa y de calidad, sin utilizar términos vagos ni genéricos.

Todos estos caracteres nos permiten concebir al deber de información como un presupuesto necesario en toda relación médico- paciente que debe cumplirse de modo suficiente, ya que a raíz de la información brindada por el profesional, el paciente prestará su consentimiento adoptando las decisiones que crea más oportunas para sus intereses. (López Mesa, 2007).

3. Sujetos que intervienen en el proceso de brindar información.

La obligación de informar pesa tanto sobre el profesional médico a quien se recurre para consultar sobre la dolencia o enfermedad que se manifiesta, sobre los demás profesionales que intervienen en la relación médico paciente, como por ejemplo aquellos que profesionales que realizan un cierto estudio a fin de determinar un diagnóstico. (Tallone, 2005)

El art 13 de la Ley 17.132⁴ indica que “se autorizan a ejercer la medicina a médicos, médicos cirujanos, o doctores en medicina que tengan título valido otorgado por Universidad Pública o Privada y habilitada por el Estado”, entre otros requisitos.

4. Contenido del Deber de Información

La información es un derecho del paciente y un deber del profesional, quien al momento de suministrarla podrá efectuar opiniones dominantes respecto del diagnóstico a comunicar, también podrá analizar las consecuencias del tratamiento a seguir siempre teniendo como objetivo superar el desequilibrio cognoscitivo que existe entre ellos, ya que será el paciente quien en definitiva tome la decisión más adecuada a sus intereses. (Gasparotti, 2007)

⁴ Artículo 13. Ley 17.132 del 24 de marzo de 1967.Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas.

Es decir que el médico no puede suministrar la información debida al paciente y abandonarlo en su decisión, sino que deberá hacerle saber al paciente el tratamiento terapéutico más adecuado a la mejoría de su estado de salud, sin persuadirlo, simplemente debe asesorarlo. (Gasparotti, 2007)

Respecto al contenido de la información a brindar por parte de los profesionales médicos, en el ordenamiento jurídico argentino no existían normas generales que regularan el derecho del paciente a recibir información relativa a su salud como así tampoco existía una normativa que determinase el contenido de esa información, siendo en la mayoría de los casos los jueces quienes indicaban en sus fallos el contenido de la información que debía brindarse.(Mesa, 2007) De tal modo se ha reconocido jurisprudencialmente que “Los profesionales médicos tienen la obligación de respetar el derecho del paciente a ser adecuado y suficientemente informado sobre la naturaleza, alcance, necesidad, utilidad o beneficio y los riesgos del tratamiento o práctica médica a efectuarle, de modo que el incumplimiento de tal información generará responsabilidad civil por el daño que pueda sobrevenir.”⁵

El fallo citado *ut supra* demuestra que a pesar de la inexistencia de una legislación general que regulara el deber de información como derecho del paciente, los jueces se valían de la aplicación análoga del artículo 13° de la Ley 24.193 a otro tipo de cirugías que no sea la ablación o donación de órganos. Del citado fallo, también se desprende que los jueces determinaron el contenido del deber de información ya que en dicho caso judicial los magistrados consideraron que el concepto de mala praxis no sólo implica la torpeza o negligencia por parte del médico, sino también, llevar a cabo una intervención quirúrgica sin haber emitido la suficiente información para que el paciente pudiera prestar su consentimiento informado.

Si bien existían normas aisladas respecto del deber de información, fue recién en 2009 cuando el Honorable Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.529⁶ que versa sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales de la salud, la cual

⁵ Sala D. “G de A M c/ Policlínico Central de la Unión Metalúrgica s/ Daños y Perjuicios” 02/06/2004 R.C. X-44

⁶ Artículo 5 Ley 26.529 Honorable Congreso de la Nación Argentina.

regula normativamente el deber de información sanitaria y su contenido. Dicha ley establece que el paciente emitirá su voluntad de adecuarse a una determinada práctica médica luego de recibir información suficiente sobre su estado de salud, procedimientos propuestos y objetivos del mismo, beneficios, riesgos, efectos adversos, información acerca de procedimiento propuesto.

A partir del año 2009 los jueces se basarán al resolver sus fallos en una normativa específica que consolida los criterios a tener en cuenta al momento de informar, dejando a tras la aplicación casuística de sus criterios.

Un inconveniente al que puede enfrentarse el médico al momento de comunicar es respecto a la cantidad de información a revelar. Dicha información no puede ser sesgada ni deficiente pero tampoco puede informar absolutamente todo, ya que en este caso, podría darse el supuesto de que el paciente se atemorice ante tanta información y se niegue a realizar un tratamiento propuesto. (Llugdar, 2004)

Siguiendo a Llugdar (2004) una adecuada información debe revelar:

- Nombre del facultativo que coordine el tratamiento y, de quién o quiénes realicen determinadas prácticas médicas.
- Diagnóstico (características de la enfermedad y evolución)
- Tratamiento (objetivos, duración, beneficios, posibilidades de curación o mejoría, entre otros.)
- Riesgos estadísticos objetivos, riesgos graves o previsibles, contraindicaciones, cuidados especiales, efectos secundarios, otros deterioros)
- Alternativas terapéuticas (posibilidades de éxitos, riesgos y beneficios)
- Pronósticos de resultados posibles con o sin tratamientos como así también secuelas y consecuencias de la no aceptación de un tratamiento propuesto.

Siguiendo a Medina, Famá y Resvin (2003) la relación médico- paciente no culmina con la obligación de brindar información sanitaria, sino que además se requiere

que el paciente tenga una función participativa a fin de obtener su consentimiento para llevar a cabo una determinada práctica informada.

Esa declaración de voluntad que nos permite asentir y aceptar una determinada práctica, tratamiento o intervención y que nos permite elegir y decidir respecto a nuestra propia salud y propio cuerpo se denomina: Consentimiento Informado.

5.- Fundamento del Deber de Información

El fundamento del deber de informar reside en la desigualdad que caracteriza a este tipo de contrataciones entre médicos y pacientes. El galeno se encuentra en una posición privilegiada ya que este último posee un saber técnico- científico que justamente el paciente no posee y lo requiere del profesional. (Medina, Famá y Resvin, 2003) La información que poseen los profesionales de la salud se convierte en un instrumento de transcendencia para morigerar ese desequilibrio y colocar en manos del paciente una herramienta de control para limitar el poder cultural desequilibrante de los profesionales. (Gherzi, 1997)

Esta desigualdad puede vislumbrarse desde dos puntos de vista: El primero de ellos se denomina intelectual, en el cual el paciente intuye o se siente enfermo, razón por la cual acude al profesional médico, ya que desconoce todo lo relativo a la enfermedad que padece. El segundo punto de vista denominado físico, tiene en cuenta la condición psíquica y física del paciente la cual se encuentra deteriorada al igual que su salud. (Velazco Ramos, 2013)

De esta manera el paciente recibe información a fin de equiparar el desequilibrio cognoscitivo que existe entre las partes de la relación médico- paciente, y una vez que es instruido con esa información, se encuentra en una posición equilibrada lo que le permite tomar decisiones respecto a su salud. (Gasparotti, 2007)

También la obligación de informar del profesional de la salud encuentra su fundamento en el principio de buena fe, el paciente confía en la actividad y conocimiento del profesional ya que ignora legítimamente lo que acontece con su salud y concurre al

médico con el interés de saber y conocer. Por lo tanto la falta de información suficiente o la deficiencia de ella quiebran esa confianza y fidelidad que el paciente manifiesta hacia el profesional médico. Esta relación jurídica entre el médico y el paciente es considerada de naturaleza contractual, y como toda obligación de dicha naturaleza es regida y encuentra su fundamento en el principio de buena fe. (Gasparotti, 2007)

A modo de conclusión, queda en evidencia que el derecho a ser informado era desconocido por el paciente precisamente por no existir una normativa tuitiva que lo proteja en su relación con el médico. La mayoría de las veces los pacientes, por inexperiencia o ignorancia, sólo se quedan con la información proporcionada por el profesional, sin participar activamente en el proceso de información, por el solo hecho de que el profesional es un ser con conocimientos superiores y especializados.

El profesional, casi de manera anárquica, solo informaba las cuestiones que creía relevantes y el paciente se adecuaba a ello sin poder distinguir entre informar y convencer, ya que desconocía a su vez el contenido de la información que debía brindarse.

Justamente, de ésta desigualdad cognoscitiva tiene su génesis el derecho a ser informado. El paciente comienza a conocer y a reclamar sus derechos, ya no dejan librada una decisión al criterio médico, sino que se mueve en un mundo globalizado donde la información es accesible y por ello buscan información, formulan preguntas y consultan lo que creen factible para lograr su propio proyecto de vida.

En este sentido, adhiero a la posición de López Mesa y concluyo que siempre que el médico brinde una información veraz, objetiva, detallada y comprensible el paciente podrá tomar la decisión más adecuada a sus intereses, con discernimiento y libertad, ya sea aceptando el tratamiento o rechazándolo, porque siempre una información sesgada por parte del médico implicara la obtención de un consentimiento desinformado.

Capítulo II

CONSENTIMIENTO INFORMADO

En los últimos años la relación médico- paciente fue experimentando grandes transformaciones. Se deja de lado un modelo moral único para adoptar un modelo pluralista en el cual el médico reconoce la autonomía del enfermo sobre su propia persona y valores.

Dicha autonomía permite al paciente actuar con total libertad en el proceso de toma de decisiones luego de haber recibido información suficiente sobre su salud, asumiendo las consecuencias de su actuar. Esa declaración de voluntad emitida por el paciente se denomina Consentimiento Informado.

En el presente capítulo se desarrollará una breve descripción de la evolución histórica del Consentimiento Informado, su conceptualización, contenido y fundamentos jurídicos que dieron origen a este instituto.

1. Antecedentes del Consentimiento Informado

De acuerdo a lo señalado en el capítulo anterior, durante siglos la relación médico-paciente fue de carácter paternalista. El médico era semejante a un buen padre de familia, quien con finalidad benevolente decidía de forma unívoca el tratamiento a seguir aduciendo que era la mejor solución para los problemas del paciente. Este último era considerado un ser débil para la toma de decisiones en razón de la dolencia que padecía. (Velazco Ramos, 2013; Obligio 2010)

Siguiendo a Tallone (2007) la información y el consentimiento que presta el paciente luego de recibirla, son ramas de un mismo tronco: la autonomía de la persona. Se considera a la autonomía o autodeterminación personal un principio rector de las ciencias modernas. Dicho principio implica en la relación médico paciente que los galenos tienen a su cargo el deber de informar, a través del cual el paciente ejerce sus facultades inherentes a su libertad y a su integridad física y psíquica. (Medina, Fama, Resvin, 2003)

La crisis del modelo paternalista, la universalización de los servicios sanitarios, el acceso a nuevas tecnologías, los avances en reproducción humana asistida, entre otros factores de transición, permitieron el desarrollo de un nuevo concepto: La Bioética.

La Enciclopedia de Bioética define a esta disciplina como “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud examinadas a la luz de los valores y los principios morales” (Reich, 1978. Pág. 19). El nacimiento de la Bioética nos permite vislumbrar la necesidad de distinguir entre el conocimiento científico y ético de la ética y los valores del ser humano en esa área de la ciencia. De ésta manera, se deja de lado esa concepción de atribuir realidades sólidas y autoritarias como verdades inquebrantables provenientes del mundo de los hechos científicos y médicos para dar lugar al mundo de los valores de la persona humana a través de su conducta. (Mesa y Leguiza, 2012)

La Bioética nos da a conocer 4 principios:

- Principio de Beneficencia
- Principio de No Maleficencia
- Principio de Justicia
- Principio de Autonomía

- **Principio de Beneficencia**

Implica el deber del profesional de la salud de asistir a las personas que lo necesitan, brindando un servicio de calidad y una atención respetuosa. Es uno de los principios hipocráticos que significa “hacer el bien”, induciendo a científicos y médicos a ayudar a los demás, especialmente a los desprovistos de bienestar, salud y cultura con el propósito de beneficiarlos, teniendo en cuenta los intereses de estos últimos, omitiendo realizar actos que pudieran ocasionar un daño o perjuicio. (Mesa y Leguiza, 2012; Ferro, Molina Rodríguez, Rodríguez, 2008)

- **Principio de No Maleficencia**

Es la formulación negativa del principio de beneficencia, obligando al facultativo médico a no hacer daño al paciente, respetando la integridad física y psicológica del ser humano. Su objetivo consiste en no ocasionar un perjuicio, en prevenirlo, y en el caso de ocasionarlo, el facultativo debe removerlo a fin de hacer y de promover el bien del paciente. (Ferro et al. 2008)

- **Principio de Justicia**

Se enrolla bajo el principio romano de “dar a cada uno lo suyo” lo que implica la disposición y distribución de los recursos indispensables para garantizar una adecuada asistencia médica, evitando la discriminación en el acceso de servicios y de recursos sanitarios. (Mesa y Leguiza, 2012)

- **Principio de Autonomía**

Implica un derecho de no interferencia en las acciones de las personas. Es la obligación de respetar los valores del ser humano en las decisiones de la salud. (Mesa y Leguiza, 2012) Siguiendo a Tallone (2007) el principio de autonomía permite el reconocimiento de la persona como ser individual, como ser racional y libre, lo que lo convierte en un ser moral, para dirigirlo a su propio perfeccionamiento. Tal reconocimiento significó aceptar la dignidad del propio ser humano en relación a sí mismo, sin importar la posición del ser humano en la organización social, permitiendo concebirlo como un ser dotado de raciocinio, de libertad, de voluntad, un ser capaz de elegir las decisiones que considere más favorable para su persona en toda relación médico- enfermo, siendo de vital importancia que su estado psicofísico se lo permita. (Tallone, 2007)

2. Concepto de Consentimiento Informado

El consentimiento informado es definido como “la declaración de voluntad del paciente luego de habersele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como medicamento aconsejable”. (López Mesa y Trigo Represas, 2005, p.234)

De éste concepto se puede deducir que el consentimiento es una manifestación de voluntad positiva o negativa de adecuarse o no a una determinada práctica médica. Dicha declaración reposa sobre una información comprensible que ha sido previa a la toma de decisión del paciente. Es por eso que se conceptualiza como “informado” porque se

considera que el paciente ha recibido toda información comprensible, veraz y suficiente. (Tallone, 2005)

Para el doctor Sánchez González (1996 p.4) el consentimiento informado es “la aceptación de una intervención médica por un paciente, en forma libre, voluntaria y consciente, después que el médico le haya informado de la naturaleza de la intervención con sus riesgos, beneficios y alternativas posibles”. Para el doctor Sánchez González (1996) el término consentimiento informado no refleja bien la idea en cuestión o prefiere denominarlo como “decisión o elección informada”.

De ésta manera se puede afirmar que en el proceso de obtención del consentimiento informado participan dos partes perfectamente diferenciadas. La primera de ellas es la persona emisora de la información, quien emite un dictamen claro, completo y comprensible al paciente, cumpliendo de esta manera con su deber legal. En la otra parte se encuentra el paciente o receptor de la información, quien debe comprenderla y emitir su opinión al respecto. (Medina, Fama y Resvin, 2003)

Para Sánchez González el paciente que presta su consentimiento debe reunir determinadas condiciones:

- Disponer de una información suficiente
- Comprender la información adecuadamente
- Encontrarse libre para decidir de acuerdo a sus propios valores.
- Ser competente para tomar la decisión en cuestión.

Todas estas condiciones constituyen, ni más ni menos, elementos esenciales en la comunicación entre el médico y el paciente. El consentimiento informado es un instrumento jurídico que reconoce el derecho de autodeterminación y autonomía del paciente. Permite a éste último decidir con total libertad acerca de cuál será el procedimiento a seguir siempre que haya antecedido la información respectiva y completa por parte del médico interviniente. Es decir que ambas partes participan en un acto jurídico en el cual se reglamentan derechos y obligaciones. (Frisicale y Giroti Blanco, 2014)

Siguiendo a Tallone (2005) se analizará los presupuestos del consentimiento informado:

- a) Sujetos
 - El Paciente:

Es evidente que el paciente es la persona titular del derecho de autonomía y es quien debe consentir la actuación o intervención médica. Tratándose de menores o de incapaces, serán sus representantes quienes decidirán la puesta en práctica del tratamiento aconsejado. (Tallone, 2005)

- El médico

El médico es la persona capacitada para asistir al paciente y se exigirá como único requisito la acreditación de su matrícula profesional la cual permite el ejercicio legal de la medicina. Más aún la ley 17.132⁷ de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración establece en su artículo 13° que “el ejercicio de la medicina se autorizará a médicos, cirujanos o doctores en medicina previa obtención de la matrícula correspondiente y podrán ejercerla:

- a) los que tengan título válido otorgado por Universidad Nacional o Universidad Privada y habilitado por el Estado Nacional;
- b) los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que hayan revalidado en una Universidad Nacional;
- c) los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que en virtud de tratados internacionales en vigor hayan sido habilitados por Universidades Nacionales;
- d) los profesionales de prestigio internacional reconocido, que estuvieran de tránsito en el país y fueran requeridos en consultas sobre asuntos de su exclusiva especialidad. Esta autorización será concedida a solicitud de los interesados por un plazo de seis meses, que podrá ser prorrogado a un año como máximo, por la Secretaría de Estado de Salud Pública. Esta autorización sólo podrá ser nuevamente concedida a una misma persona cuando haya transcurrido un plazo no menor de cinco años desde su anterior habilitación.

⁷Artículo 13. Ley 17.132 del 24 de enero de 1967. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas.

Esta autorización precaria en ningún caso podrá significar una actividad profesional privada y deberá limitarse a la consulta requerida por instituciones sanitarias, científicas o profesionales reconocidos;

e) los profesionales extranjeros contratados por instituciones públicas o privadas con finalidades de investigación, asesoramiento, docencia y/o para evacuar consultas de dichas instituciones, durante la vigencia de su contrato y en los límites que se reglamenten, no pudiendo ejercer la profesión privadamente;

f) los profesionales no domiciliados en el país llamados en consulta asistencial deberán serlo por un profesional matriculado, y limitarán su actividad al caso para el cual ha sido especialmente requerido, en las condiciones que se reglamenten;

g) los profesionales extranjeros refugiados en el país que fueron habilitados en virtud del artículo 4°, inciso f) del Decreto número 6.216/44 (Ley 12.912) siempre que acrediten a juicio de la Secretaría de Estado de Salud Pública ejercicio profesional, y se encuentren domiciliados en el país desde su ingreso”.

b) Forma

Respecto a la forma en que debe instrumentarse en consentimiento informado no se requería mayores formalidades. La Ley 17.132 de 1967 establece en su artículo 19 inciso 3° que en el caso de operaciones mutilantes se requiere el consentimiento por escrito del paciente. Años más tarde, la ley 26.529⁸ de Derechos del Paciente en su artículo 7° establece la forma verbal como regla general, salvo excepciones en las que se deberá expresar por escrito. Entre tales excepciones la ley recepta a: la internación, la intervención quirúrgica, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, como así también la revocación.

Igualmente pareciera que la regla principal de recabar el consentimiento en forma verbal es apropiada para procedimientos comunes u ordinarios. Lo ideal sería que la regla general consistiera que todo consentimiento debe instrumentarse por escrito y que no sólo debería cumplimentarse en los supuestos exigidos en la Ley 26.529 del año 2009.

⁸Artículo 7. Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Para Vázquez Ferreyra (2000) la historia clínica sería otro instrumento que permite plasmar el consentimiento informado del paciente es más, el autor considera que en la historia clínica se recogen elementos interesantes y relevantes de la conversaciones con el paciente, más que cualquier otra prueba que las partes puedan presentar. La Ley 26.529 del año 2009 considera a la historia clínica como un instrumento fundamental que constituye prueba documental de carácter irrefutable.

c) Objeto

Dijimos anteriormente que el médico debe informar al paciente acerca del diagnóstico y tratamiento a seguir. Por lo tanto, el contenido del consentimiento informado no es más que toda la información referente al tratamiento médico-quirúrgico que propone el médico, incluyendo riesgos y beneficios.

Tallone (2005) considera importante la presencia de ciertos factores subjetivos y objetivos que permiten determinar el contenido del consentimiento. Son factores subjetivos: el nivel cultural del paciente, edad, profesión, situación socio económico, etc. Son factores objetivos la necesidad de mejorar su salud, de curarse, el conocimiento de los riesgos por no realizar un determinado tratamiento, efectos secundarios, gravedad de la enfermedad, entre otros.

3. Contenido del Consentimiento Informado

Una vez que el paciente haya recibido toda información relativa a un procedimiento o intervención médica, se encuentra en condiciones de tomar una decisión concreta. Es fundamental que al momento de emitir su voluntad, el paciente pueda prestar su colaboración y decisión libremente sin estar sujetos a influencias indebidas, no pudiendo el médico sacar provecho de su potencial dominio psicológico sobre el paciente. (Tallone, 2005)

Sánchez González (1996) da a conocer tres formas distintas de influir en la decisión de las personas: Persuasión, manipulación y coacción.

- Persuasión: Consiste en el uso de argumentos razonables con la intención de convencer, de inducir a una persona a tomar una determinada

decisión. Se convierte en éticamente aceptable cuando la argumentación sea leal y no se encuentre obnubilado por intereses ajenos al paciente.

- Manipulación: Para Sánchez González (1996) existen distintas clases de manipulación a saber:

- Manipulación Informativa: Consiste en falsear, ocultar o desfigurar ciertos hechos.

- Manipulación Psicológica: Implica la influencia en los procesos mentales relacionados con la comprensión. Puede consistir en el “bombardeo de información”, el desprestigio, el efecto negativo de no hacer algo o indicándole, por ejemplo, que tomando ciertas decisiones sufriría consecuencias terribles.

- Manipulación sobre opciones disponibles: consiste en modificar las características de las opciones disponibles o su atractivo.

- Coacción: Es el uso de amenazas o daños con el objetivo de influir en la decisión de una persona.

El derecho a la información sanitaria y el derecho al consentimiento son dos derechos diferentes, pero relacionados. El facultativo médico puede suministrar una amplia gama de información pero no siempre todo lo que informa el médico es fundamental para recabar el consentimiento del paciente. Por ejemplo, no es necesario que el paciente tome conocimiento de los fundamentos científicos de una intervención, pero sí será necesario que pueda comprender, a raíz de esa información brindada, las desventajas y beneficios de un diagnóstico o intervención. (Sánchez González, 1996) El objetivo a cumplir es que el paciente pueda alcanzar una impresión realista sobre su propio estado de salud y realizar una valoración adecuada de las alternativas que se ofrecen. (Sánchez González, 1996)

A modo de enunciación, Tallone (2005) considera que todo consentimiento debe contener los siguientes datos:

- Datos del enfermo y del médico que brinda la información.
- Datos suficientes la enfermedad, intervención o tratamiento a seguir y los objetivos a alcanzar.

- Detallar molestias y riesgos y más significativos, tanto los riesgos típicos como los infrecuentes.
- Molestias previsibles
- Procedimientos alternativos útiles
- Beneficios esperables y posibles efectos ante la negativa de un tratamiento o intervención.
- Comunicarle al paciente la posibilidad de cambiar de decisión.
- Declaración del paciente expresando su consentimiento y satisfacción con la información que se brinda.

4. Fundamentos y Naturaleza Jurídica del Consentimiento Informado

El consentimiento informado parece encontrar su fundamento en la dignidad y en la libertad de la persona humana como derechos personalísimos. La dignidad de la persona aparece como una señal del ser humano considerado como un fin en sí mismo dotado de inteligencia y libertad. La ética Kantiana considera a la autonomía personal como principal rasgo humano, siendo la dignidad de la persona lo que impulsa al ser humano racional a obedecer lo que se impone a sí mismo, actuando con total independencia de acuerdo a sus capacidades individuales. (Marín Castán, 2007)

Todo ser humano está habilitado para tomar decisiones. El traspaso del modelo paternalista al modelo autonomista impone que debe respetarse la dignidad de cada sujeto, lo que permite que el médico no lleve adelante un tratamiento que el paciente no autorice. Así el paciente goza de total libertad al momento de tomar una decisión lo que le permite adecuarse a una determinada práctica médica o puede *a contrario sensu*, manifestar su rechazo a tal tratamiento. (Alonso Ortega y Tellado, s/f)

La conducta del sujeto- paciente se adecúa al artículo 19° de la Carta Magna⁹ el cual expresa que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están reservadas sólo a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. El principio de reserva consagrado

⁹ Artículo 19 Constitución de la República Argentina. Reforma de 1994

en nuestra Constitución nos permite determinar nuestras propias decisiones y conductas, siempre que las mismas se encuentren dentro del ámbito de lo que la ley no prohíbe.

Los principios bioéticos - beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia- parecen dar a conocer qué el principio de respeto a la persona humana es la base de ellos, lo que implica que las ciencias están al servicio de las personas y no a la inversa (Asturga Tobar, 2011)

El consentimiento informado tiene relación directa con el derecho de autonomía que goza todo ser humano para decidir por sí mismo acerca de su integridad física y psíquica, no siendo más que una manifestación de su derecho de autodeterminación más allá de que el mismo tenga su origen en un marco contractual. Ello nos permite divisar que por más que el consentimiento informado no se vea reflejado en un contrato, servirá como factor para determinar la legitimidad de la actuación de los profesionales médicos. (Astorga Tobar, 2011; Zuvilia, 2014).

Del desarrollo de este capítulo puedo concluir que el consentimiento informado, corolario del deber de información, es fundamental en toda relación médico- paciente ya que el médico para continuar adelante con un determinado diagnóstico o práctica debe obtener la aceptación del paciente de adecuarse a lo que él propone como medicamento aconsejable, mencionando los riesgos y desventajas del mismo.

Al igual que el doctor Sánchez González, difiero en denominación del instituto de consentimiento informado. El mencionado autor prefiere denominar a esa declaración de voluntad emitida por el paciente como “decisión o elección informada”. Desde mi punto de vista, preferiría denominarlo “Asentimiento Informado” porque considero que en todo acto médico el paciente acepta o rechaza el tratamiento que el médico propone, o sea que acto médico es unilateral, ya que el paciente no puede modificar lo propuesto por qué no se encuentra científicamente capacitado para calificar lo que el médico propone, es decir que el paciente se encuentra limitado cognoscitivamente y solo puede adherir o no adherir al procedimiento propuesto.

Igualmente, más allá de cualquiera fuera su denominación, considero que lo esencial del consentimiento informado es el reconocimiento de la autonomía del paciente para aceptar o rechazar una práctica médica luego de haber recibido la debida información al respecto.

Capítulo III

REGULACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

En presente capítulo titulado “Regulación del Deber de Información y Consentimiento Informado” se procederá al desarrollo de los distintos cuerpos normativos que sirvieron de fuentes para la regulación del derecho a la información y consentimiento informado como derechos del paciente, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Las fuentes legales internacionales fueron consecuencia directa de hechos que marcaron trascendencia en virtud de la conmoción que provocaron a los hombres de derecho el atropello a los derechos de libertad individual y dignidad de las personas, lo que originó la necesidad de regular derechos personalísimos que fueron vulnerados a fin de dar seguridad jurídica a tales derechos.

A nivel nacional, existían normas aisladas que receptaban el deber de información y consentimiento informado para algunas actividades específicas de la medicina hasta que en el año 2009 se recepta legislativamente una serie de derechos inherentes a la persona del paciente, entre ellos el deber de información sanitaria y consentimiento informado.

1. Breve análisis de fuentes internacionales y nacionales que receptan el Deber de Información y el Consentimiento Informado

Legislación Internacional

A) Informe Belmont¹⁰

Es un informe creado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de Estados Unidos en abril de 1979 titulado “Principios Éticos y Pautas para la Protección de Seres Humanos en la Investigación” por el cual la Comisión Nacional para la protección de los Sujetos Humanos se reunió ante la Investigación Biomédica y de Comportamiento para delinear dichos principios.

¹⁰ Fuente: Pagina Web de Instituto Nacional de Ciencias Medicas y Nutrición Salvador Zubiran. Recuperado el 10/08/2015 de:http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/informe_belmont.html

Éste Informe presenta como antecedente la realización de un estudio clínico en el que participaron 399 afroamericanos contagiados de sífilis para observar la progresión de dicha enfermedad. Los sujetos utilizados en este experimento no fueron informados respecto de su enfermedad y no prestaron el consentimiento necesario para participar como objeto de dicha investigación.

Cuando en 1947 la penicilina se convirtió en el tratamiento por elección para la curación de la sífilis, los científicos ordenadores del tratamiento ocultaron ésta información para continuar investigando cómo la enfermedad se diseminaba y causaba la muerte.

El estudio terminó en 1972 cuando la divulgación por parte de la prensa logró conmoción en la opinión pública. Para ese entonces 28 sujetos habían muerto a causa de sífilis y otros 100 perdieron la vida a raíz de diversas complicaciones médicas relacionadas. Como consecuencia de esta “infame investigación biomédica de la historia de Estados Unidos” se dio origen a una Comisión que explica y establece los nuevos principios éticos fundamentales en la investigación con seres humanos. Los nuevos principios consagrados son:

- **Respeto a las personas:** Protegiendo su autonomía, considerándola como un individuo capaz de deliberar sus metas y actuar en consecuencia de esa deliberación. Se trata de un ser humano capaz para participar en una investigación una vez que se le haya explicado los riesgos y beneficios del mismo, prestando su consentimiento para ello. Sin embargo no todo ser humano es capaz de autodeterminación: este principio implica la protección de menores de edad, enfermos mentales, personas con discapacidad, o personas en circunstancias severamente restrictivas de la libertad.
- **Beneficencia:** A través de este principio se consagra el deber de incrementar al máximo los potenciales beneficios para los sujetos, objeto de la investigación, y al mismo tiempo reducir los riesgos. Las personas son tratadas éticamente, asegurando su bienestar, respetando sus condiciones, protegiéndolas del daño y asegurando su bienestar.
- **Justicia:** Este principio debe ser entendido en el sentido de “equidad en la distribución”: los riesgos y beneficios de un estudio de investigación deben ser

repartidos equitativamente entre los sujetos de estudio. Por ejemplo, durante el siglo XX y el siglo XXI los riesgos y cargas de las investigaciones médicas recaían en los pacientes de las salas de caridad mientras que los beneficios del mejor cuidado médico reposaban en los pacientes de entes privados.

Tan sólo es necesario recordar que el Informe Belmont tiene su génesis en las muertes de cientos afroamericanos, analfabetos y de bajos recursos, que fueron engañados con otro diagnóstico y promesas falsas por parte de quienes impartían directivas médicas en la investigación. De ésta manera se vislumbraron las incidencias de factores económicos y culturales en la selección de personas para realizar en ellas investigaciones científicas.

B) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Los crímenes de la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Núremberg mostraron la necesidad de regular el concepto de Derechos Humanos y de determinar cuáles derechos se encuadraban bajo esa denominación. Uno de los primeros trabajos de las Naciones Unidas fue la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 12 de diciembre de 1948, considerada un documento marco para la convivencia entre los seres humanos con el objetivo de que éstos derechos llegaran a formar parte del derecho positivo de todas las naciones. (Franco Bell, 2015)

Con el paso de los años, precisamente el 16 de diciembre de 1966, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue complementándose con otros documentos, adoptando dos pactos: Uno de ellos fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrando en vigencia el 23 de marzo de 1976 al igual que su protocolo. Dicho pacto fue receptado por la República Argentina el 17 de abril de 1986 a través de la Ley 23.313. (Franco Bell, 2015)

Los derechos civiles y políticos son derechos humanos considerados como derechos a la libertad. Dichos derechos implican una abstención de la intervención del Estado en la libertad de todo ser humano, reconociendo especialmente la libertad y

autonomía de todo ciudadano, consagrando los derechos a la ciudadanía y a la protección de su integridad física. (Franco Bell, 2015)

Siguiendo a Franco Bell (2015) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege:

- El derecho a la vida
- La prohibición de la tortura u otros tratos crueles inhumanos o degradantes
- La prohibición de la esclavitud
- La equidad procesal ante la ley y el debido proceso
- El derecho a elegir y ser elegido por sufragio universal directo, entre otros.

Otro derecho que protege el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fundamental relevancia en el desarrollo de este trabajo, es la libertad individual, en el sentido de libertad de movimiento, pensamiento, expresión, consciencia y expresión. De este derecho de libertad individual se desprende la protección a la autonomía de todo ser humano y a su capacidad de decidir. (Lludgar, 2014)

De esta manera el artículo 7^o¹¹ de dicho Pacto establece: “que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” protegiéndose los derechos inherentes al bienestar de todos los sujetos humanos en experimentaciones científicas”.

C) **Código de Núremberg**¹²

En 1947 el Tribunal de Núremberg condena a diecisiete médicos nazis por participar en crímenes de guerra. Dicha sentencia vislumbró la importancia de dictar un código que estableciera los principios básicos que deben tenerse en cuenta a fin de satisfacer la exigencias morales, éticas y legales en aquellas investigaciones que involucren seres humanos.

¹¹ Artículo 7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹² Código de Nuremberg. En Bioética Web. Recuperado el 15/10/2015 de: http://www.bioeticaweb.com/Codigos_y_leyes

El Código de Núremberg en su primer principio establece que el consentimiento voluntario del paciente es absolutamente esencial siendo necesario para ello que la persona, objeto de la investigación, debe ser capaz legalmente para prestar su consentimiento, eligiendo libremente, sin intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o cualquier forma de constreñimiento.

El mismo Código continúa estableciendo en su primer principio que para tomar una decisión es necesario que el sujeto conozca la naturaleza, duración y fines del experimento, métodos y medios con los que será realizado, inconvenientes, riesgos y efectos razonablemente esperables.

Dicho Código consta de 10 artículos, que además de establecer el consentimiento del sujeto como requisito insoslayable, también arroja prerrogativas que deben cumplir los experimentos científicos a llevar a cabo, a fin de lograr los resultados beneficiosos esperados.

D) Ley básica de España 41/2002: Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

La ley española 41/2002 sirvió de fuente a la ley argentina 26.529 del año 2009 y su modificatoria. La legislación española fue promulgada el 14 de noviembre de 2002 entrando en vigor el 16 de mayo de 2003. Consta de veintitrés artículos distribuidos en seis capítulos. (Rodríguez Bueno, 2009)

Se encarga de regular la autonomía del paciente y las obligaciones en materia de información y documentación clínica, el derecho a la intimidad del paciente y la regulación del consentimiento tras haber recibido el paciente la información salutífera respectiva, garantizándole al ciudadano español el derecho a la salud mediante el establecimiento y organización sanitaria desde un punto de vista organizativo. (Rodríguez Bueno, 2009)

Legislación Argentina

En nuestro país el derecho a recibir información sanitaria y a tomar una decisión respecto a la salud de cada individuo otorgando su consentimiento, es una temática relativamente nueva. Si bien existían algunas normativas aisladas en cuanto al tema, recién en el año 2009 se reguló normativamente el ejercicio de los derechos de los pacientes, a fin de hacer valer sus facultades en toda relación médico- paciente e instituciones de la salud. (Lludgar, 2004)

A) Constitución de la Nación Argentina

Con la Reforma Constitucional de 1994 se incorporaron a nuestra Carta Magna un número de tratados internacionales sobre Derechos Humanos que permiten la adopción y el reconocimiento del derecho de libertad individual en el ordenamiento jurídico argentino. (Lludgar, 2004)

Además de ello, el artículo 19° de la Constitución Nacional prescribe “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”¹³ De este artículo se desprende la facultad de cada ser humano de adoptar las decisiones que crea más relevante respecto a su salud, en un ámbito de total libertad, sin interferencia del Estado u de otros particulares, siempre que dichas decisiones no perjudiquen los derechos de terceros ni el orden público. (Lludgar, 2004)

Asimismo, el artículo 42° de la Constitución Nacional¹⁴ dispone que en toda relación de consumo, “los consumidores y usuarios de bienes y servicios” tienen derecho a recibir “información adecuada y veraz y a la libertad de elección” receptándose el derecho a ser informado de todo consumidor o usuario.

¹³Artículo 19. Constitución de la República Argentina. Reforma de 1994

¹⁴Artículo 42. Constitución Nacional de la República Argentina. Reforma de 1994

B) Ley 17.132: Reglas para Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración.

La ley 17.132¹⁵ promulgada el 24 de marzo de 1967 establece las reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración. Entre ellas, su artículo 19° inciso 3° insta a los profesionales de la salud “a respetar la voluntad del paciente en cuanto a su negativa a tratarse o internarse salvo inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causas de accidente de tránsito o tentativa de homicidio. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia, alienación o gravedad del caso no admitieran dilaciones”

Por lo tanto del citado artículo se desprende la prerrogativa de cumplir o hacer lugar a la voluntad del paciente o del representante legal cuando expresare su negativa a tratarse respecto a cualquier afección o bien cuando se negare a internarse, no pudiendo el facultativo medico omitir tal manifestación de voluntad, salvo que el paciente se encontrare en las salvedades prescriptas. En el caso de operaciones mutilantes se requerirá del consentimiento del paciente por escrito.

C) Ley 24.193: Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos.

Dicha ley sancionada el 24 de marzo de 1993 establece en su artículo 13°¹⁶la obligación de informar a “los donantes vivos y a los receptores y en caso de ser estos últimos incapaces, a su representante legal o persona que detente su guarda, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante —según sea el caso—, sus secuelas físicas y psíquicas ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosíblemente, puedan resultar para el receptor. En caso de que los donantes y receptores no se opongan, la información será suministrada también a su grupo familiar en el orden y condiciones previstos”

¹⁵ Artículo 19 inciso 3. Ley 17.132 del 24 de enero de 1967. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas.

¹⁶Artículo 19. Ley 24.193 de 24 de marzo de 1993. Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos

El citado artículo prevé el deber de informar por parte de los médicos intervinientes en la ablación o implante a fin de dejar a libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptada debidamente documentada. (Cecchetto, 2001)

En el año 2005 el artículo 13° de la Ley 24.193 fue sustituido por el artículo 4°¹⁷ de la Ley 26.066, el cual establece que: “Toda persona podrá en forma expresa:

- a) Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la ablación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo.
- b) Restringir de un modo específico su voluntad afirmativa de ablación a determinados órganos.
- c) Condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de ablación a alguno o algunos de los fines previstos en la ley. (implantes en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación)

Otra modificación que introdujo la Ley 26.066 se encuentra receptada en su artículo 5° incorporándose a la Ley 24193 como artículo 19° bis¹⁸: “La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado”

A raíz de lo instrumentado en el artículo anterior se interpreta la voluntad afirmativa de todo ser humano de donar sus órganos o materiales anatómicos, salvo manifestación en contrario, cualquiera hubiese sido la forma de dicha manifestación.

D) Ley 26.529: Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Antes de la sanción de esta ley no existía en nuestro derecho positivo normas generales que regularan el derecho del paciente a recibir información relativa a su salud

¹⁷ Artículo 4 Ley 26.066. Sustituye artículo 13 de la Ley 24.193

¹⁸ Artículo 19 bis. Ley 24.193 de 24 de marzo de 1993. Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos

y a participar en la toma de decisiones respecto al camino a seguir una vez detectada la afección. Las nuevas legislaciones en la materia permiten dar a conocer a los pacientes sus derechos en la relación médico- paciente, los cuales deben ser respetados por los profesionales de la salud. De ésta manera, con la sanción de dicha ley se le reconoce al paciente el ejercicio pleno de sus derechos de autonomía y autodeterminación personal. El médico ya no decide por él sino que trabajan juntos para superar una enfermedad o dolencia a través del intercambio de información y consentimiento. (Aizenberg, 2010)

Aizenberg (2010) analiza los derechos consagrados a favor del paciente en la ley 25.629 artículo 1°. Ellos son:

- Asistencia: Todas las personas, prioritariamente niños y adolescentes tienen derechos a acceder y a ser asistidos sin distinción de ideas, creencias religiosas, políticas, condiciones socioeconómicas, raza, orientación sexual o cualquier otra condición.
- Trato digno y respetuoso: respetando las convicciones morales, personales y socioculturales del paciente, haciéndose extensivo éste derecho a sus acompañantes o familiares.
- Intimidad: Toda actividad médico- asistencial tendiente a obtener, clasificar, administrar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto y resguardo de la intimidad del paciente.
- Confidencialidad: El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o tenga acceso a la documentación, guarde la debida confidencialidad salvo disposición en contrario emanada de autorización judicial o autorización del paciente.
- Autonomía de la voluntad: El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinados procedimientos con o sin expresión de causa.
- Información sanitaria: El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria.
- Interconsulta médica: El paciente tiene derecho a recibir información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opción sobre su diagnóstico, consultando con otro profesional.

Uno de los derechos enumerados en la mencionada ley es el de Información Sanitaria. El Capítulo II de dicha ley titulado “De la Información Sanitaria” la define en su artículo 2^o¹⁹ como “aquella información que de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones y secuelas de los mismos”

Continúa el artículo 4^o²⁰ estableciendo que dicha información “podrá ser brindada a terceras personas con autorización del paciente” y tratándose de personas incapaces o de personas que se encuentren limitada en comprender la información ya sea por razones físicas o psíquicas, “la información será brindada a su representante legal o en su defecto al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que sin ser cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y las familiares hasta cuarto grado de consanguinidad”.

Es importante aclarar que la ley consagra al paciente, el derecho de no recibir información cuando manifieste su voluntad de no recibirla.

El Capítulo III de ésta ley hace referencia al Consentimiento Informado definiéndolo en su artículo 5^o como “ la declaración de voluntad suficientemente efectuada por el paciente o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, toda información clara, precisa y adecuada 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

¹⁹Artículo 2. Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

²⁰ Artículo 4. Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimientos propuesto”²¹.

En el artículo 6° de dicha Ley 26.529²² impone la obligatoriedad de obtener el consentimiento informado del paciente, en forma previa, a toda intervención médica, ya sea en instituciones públicas o privadas, agregando el artículo 8° que dicho consentimiento también se requiere en los supuestos de exposición con fines académicos. (Aizenberg, 2010)

El artículo 10° de la ley 26.529²³ versa sobre el supuesto de revocación del consentimiento: “La decisión del paciente o su representante legal 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 previsibles que la misma implica”. El segundo párrafo de dicho artículo hace referencia a la situación inversa, es decir cuando se revoca el rechazo a un tratamiento médico. En tal caso el profesional actuante sólo acatará tal decisión, si se mantienen las mismas condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica”

De lo establecido en el mencionado artículo se desprende el ejercicio del derecho de autodeterminación por parte del paciente al dejar sin efecto la decisión tomada en su oportuno momento, para en consecuencia adecuarse al tratamiento que rechazó en un principio o bien, rechazar el tratamiento para el cual había prestado su voluntad de llevarlo a cabo. De ello deberá dejarse constancia en la historia clínica a fin de evitar reclamos judiciales infundados y proteger al profesional, sirviendo la historia clínica de instrumento probatorio, la cual acreditará la existencia de las circunstancias revocatorias en ella descripta con indicación de fecha, firma y sello del profesional actuante.

²¹ Artículo 5. Ley 26.526 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

²² Artículo 6. Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

²³ Artículo 10. Ley 26.529 Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

El derecho a prestar su consentimiento por parte del paciente permite al mismo tiempo su participación en la relación médico- paciente. Como se dijo anteriormente, en modelo paternalista, el médico decidía por y en beneficio del paciente.

En la actualidad, el cambio de paradigma, permite al paciente tomar decisiones respecto a su salud física y psíquica. Es así, como el artículo 11^{o24} de la presente ley establece a favor del paciente el derecho a tomar Directivas Medicas Anticipadas: “ 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 recepción legislativa de las Directivas Medicas Anticipadas es un gran avance legislativo sin precedente que se relaciona con el deseo de la persona de vivir una buena calidad de vida. A través de ellas, el paciente expresa libremente las instrucciones que se deberían respetar en la atención y cuidados de su salud para el caso que, en un futuro, el paciente se encontrare imposibilitado de expresar su voluntad, ya sea por su estado de inconsciencia o enfermedad grave incurable. El deseo de vivir una buena calidad de vida se traduce en el hecho de evitar sufrimientos inútiles para el paciente. (Martínez, 2010)

De ésta manera, el artículo 11^o bis de la Ley 26742²⁵ establece que los médicos tienen el deber profesional de aceptar estas directivas y cumplimentarlas, respetando el derecho de libertad y autonomía del paciente, de modo que todo profesional que se adecue a lo manifestado expresamente por el paciente no estará sujeto a responder civilmente, cualquiera fuera el resultado de lo cumplimentado.

E) Ley 26.742: Ley sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado. Modificación de la Ley 26.529

²⁴ Artículo 11 Ley 26.529 Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

²⁵ Artículo 11 bis. Ley 26742.

La Ley 26.742 sancionada el 9 de mayo de 2012 modifica artículos de la Ley 26.529. El Honorable Congreso de la Nación modifica el inciso e) del artículo 2° de la Ley 26.529²⁶ donde, además de consagrar el derecho del paciente a aceptar o rechazar con o sin expresión de causa ciertas terapias o procedimientos, también establece que el paciente goza de pleno ejercicio de su derecho de autonomía para rechazar determinadas procedimientos y terapias, siempre que haya sido informado fehacientemente, cuando:

- “sufra una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o cuando presente lesiones que lo coloquen en un estadio terminal”

Ahora bien, esos procedimientos o terapias que rechaza pueden consistir en:

- “procedimientos quirúrgicos
- procedimientos de reanimación artificial o,
- el retiro de medidas de soporte vital”

“Siempre en que estos últimos resulten extraordinarios o desproporcionados con la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado.”

Continúa el artículo que también podrá rechazar:

- “procedimientos de hidratación o alimentación cuando estos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal, irreversible o incurable”

Lo importante de esta modificación es que el paciente tiene derecho a decidir plenamente de su estado de salud cuando se encuentre en las circunstancias mencionadas, lo que le permite expresar su voluntad de decidir respecto de su salud a pesar de la dificultosa situación en la que se encuentra, con o sin expresión de causa, y no sea el profesional médico el que decida.

La causa por la cual decide aceptar o rechazar un determinado tratamiento se reserva en la esfera íntima de la paciente, receptada en el artículo 19° de la Constitución Nacional, siempre que su decisión no vulnere el orden público, la moral o las buenas costumbres.

El último párrafo del mencionado inciso e) estipula: “En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción

²⁶Artículo 2 inciso e) Ley 26.529. Modificada por artículo 1 Ley 26.742

de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”. Es decir que el facultativo medico acompañara al paciente en llevar adelante los cuidados paliativos necesario a fin de evitar un sufrimiento prolongando e injustificado del paciente.

La ley 26.742 continua modificando en su artículo 2° el artículo 5° de la Ley 26.529 incorporando dos nuevos supuestos en los que el paciente debe expresar su consentimiento, luego de haber recibido la información necesaria: El nuevo inciso g) y h) del artículo 5° de la Ley 26.529²⁷ regla el derecho de informar al paciente “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 o incurable.”

El inciso h)²⁸ incorporado a éste mismo artículo establece que el paciente debe ser informado de su derecho a “recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.”

Respecto al inciso h) es necesario que al paciente se le informe su derecho a aceptar y recibir cuidados paliativos con el fin de obtener una mejor calidad de vida en el desarrollo de su enfermedad.

El artículo 6°²⁹ de la Ley 26.529 que regla la obligatoriedad del Consentimiento Informado en toda actuación profesional también fue modificado por la Ley 26.742. El artículo 3° de dicho cuerpo legal, incorpora que “en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo

²⁷Artículo 5 inciso g) Ley 26.529. Modificado por 2 de la Ley 26.742

²⁸ Artículo5 inciso h) Ley 26.529. Modificado por artículo 2 de la Ley 26.742

²⁹ Artículo 6 Ley 26.529. Modificado por artículo 3 de la Ley 26.742

21° de la Ley 24.193³⁰ con los requisitos y el orden de prelación allí establecido”. Este último artículo enumera como personas habilitadas para brindar el consentimiento:

- a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- c) Cualquiera de los padres;
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- f) Cualquiera de los abuelos;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- i) El representante legal, tutor o curador.

De esta manera, se vislumbra que la nueva Ley 26.742 incorpora el instituto de decisión por sustitución, el cual no se contemplaba en la Ley 26.529 del año 2009.

En agosto de 2011 se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley para incorporar el denominado “Derecho a la muerte digna”. La circunstancia que sirvió como antecedente para el dictado de éste instituto fue el caso de Camila, una niña que había nacido con una hipoxia cerebral, afección que no le permitió respirar por sus propios medios, dejándola en estado vegetativo y con pronóstico irreversible. (Frisicale, Girotti Blanco, 2014)

A pesar de los pedidos de la madre, los médicos se negaban a retirarle el respirador artificial a la niña, y fue la madre de esta niña quien proclamó a los legisladores argentinos la sanción de una ley que permita retirarle el soporte vital y dar una muerte digna a su hija. Los padres de Camila firmaron un documento en el cuál ratificaban su voluntad de retirarle el soporte vital a su hija y de que la niña no recibiera ninguna práctica de reanimación. Los médicos analizaron si ese documento encuadraba dentro de la nueva ley y finalmente se llevó a cabo la voluntad propuesta. (Frisicale, Girotti Blanco, 2014)

³⁰ Artículo 21. Ley 24.193 de 24 de marzo de 1993. Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos

Finalmente el 5 de Julio de 2012 se reglamento la Ley 26.529 y se dispuso en el artículo 5°³¹ “Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente”

Es así como el ordenamiento jurídico argentino consagra el instituto de consentimiento por representación. Al igual que las autoras Frisicale y Girotti Blanco (2014) disiento en la denominación de consentimiento por representación ya que en su esencia de derecho personalísimo el consentimiento no puede ejercerse por medio de un representante.

El artículo 6° de la Ley 26.742 modifica el ya mencionado artículo 11°³² de la Ley 26.529 respecto a las Directivas Anticipadas el cual quedará redactado de la siguiente manera con su modificación:

“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 (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.”

El último párrafo de dicho artículo agrega la instrumentación de las directivas anticipadas manifestadas y su eventual revocación. Por lo tanto solo serán aceptadas las medidas anticipadas que se adecuen a las formalidades solicitadas en el artículo y que no impliquen el ejercicio de prácticas eutanásicas a fin de servir como instrumento de prueba válido y dar conformidad de que se ha respetado la voluntad del paciente.

El artículo 7° de la ley 26.742 incorpora el artículo 11°³³ bis en el cual se exime de “responsabilidad civil, penal y administrativa”, a los profesionales que den

³¹ Decreto Reglamentario 1089/2012

³² Artículo 11 Ley 26.529. Modificado por art 6 de la Ley 26.742

³³ Artículo 11 bis Ley 26.529 Incorporado por Ley 26.742

cumplimiento a las disposiciones prescriptas en esta ley, las cuales son absolutamente válidas una vez manifestadas y en su caso instrumentadas como la ley reglamenta, ya que el objetivo que persiguen es el cumplimiento de la voluntad expresada por el paciente a fin de que se respete su dignidad y libertades fundamentales.

F) Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la República Argentina.

El Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina aprobado por Ley 26.944 regula explícitamente los derechos personalísimos a la dignidad, integración y vida humana, considerados derechos de gran relevancia que son pilar fundamental al momento de decidir sobre determinados ámbitos personales como lo son la aceptación o rechazo a determinadas tratamientos médicos que importan riesgos para el paciente. (Wierzba, 2015)

Es así, que el Nuevo Código incorpora un artículo que versa sobre el consentimiento informado asociando dicho instituto al ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad.

El artículo 59^{o34} establece la necesidad de obtener el consentimiento informado del paciente para actos médicos e investigaciones en salud.:“El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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 de los alternativos especificados;

³⁴ Artículo 59 Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la República Argentina

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por 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.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

El Nuevo Código Civil y Comercial exige la obtención de consentimiento informado como paso previo a todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico legislando que aspectos deben informarse al paciente antes de tomar una decisión respecto a su salud, como así también quienes pueden tomar una decisión cuando el paciente no se encuentre en condiciones legales o físicas de hacerlo, estableciendo los mismos parámetros que señala la ley 26.529 y su modificatoria la Ley 26.742

A modo de conclusión, en Argentina era necesaria la regulación del deber de información y consentimiento informado como derechos del paciente a fin de mejorar la calidad de relación médico- paciente.

Históricamente la jurisprudencia ha complementado el ordenamiento jurídico en materia de deber de información y consentimiento informado al imponer los criterios básicos de información y consentimiento del paciente, aplicando normas dispersas como el artículo 19° inciso 3 de la Ley 17.132, al artículo 13° de la Ley 24.193 como así también recurriendo a normativas éticas y obras doctrinarias a fin de arribar a una solución justa ante la omisión de tales deberes.

Los cambios sociales y culturales del nuevo siglo XXI, la evolución del comportamiento del ser humano como así también los altos índices de judicialización en materia de salud, han contribuido a la regulación específica de los derechos del paciente en la Ley 26.529 del año 2009 a fin de superar la dispersión normativa, lograr el mejoramiento del acto médico y adecuar y acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social de estos tiempos.

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS
MEDICOS ANTE LA OMISIÓN DE LOS
DEBERES PROFESIONALES DE
INFORMACIÓN SANITARIA Y
CONSENTIMIENTO INFORMADO.

En el presente capítulo se analizará la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil que determinan la existencia de un daño causado a la persona del paciente ante la omisión por parte del galeno de informar adecuadamente al paciente para obtener su consentimiento informado.

Para ello primero será necesario distinguir si la obligación del galeno, según la índole del interés comprometido, es de medios o de resultados.

Además, para que la obligación de indemnizar al paciente se configure, será necesaria demostrar la concurrencia de un hecho antijurídico, el factor de atribución de responsabilidad, el daño resarcible y, la relación de causalidad adecuada entre el daño y el hecho antijurídico.

1. Obligaciones de medios y de resultados

De acuerdo a lo dicho anteriormente, se puede afirmar que la omisión del deber de información y la obtención del consentimiento informado es fuente de responsabilidad, constituyendo un hecho antijurídico al infringir un deber u obligación legal.

A fin de determinar la concurrencia de la responsabilidad civil profesional, es necesario distinguir entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados. En 1925 el profesor René Demogue publicó el quinto y último tomo de su Tratado de las Obligaciones en General, en el cual expone veintiocho ejemplos relacionados al área contractual del derecho privado y analiza las posibles soluciones adoptando para ello su trascendental distinción entre las obligaciones de medios y de resultados. (Osternling Paradi y Castillo Freyre, 2000)

Siguiendo a Calvo Costa (2002) en las obligaciones de medios el deudor cumplirá con la prestación a su cargo observando la diligencia exigida por la actividad comprometida, aún cuando no obtenga el resultado esperado. En este caso el factor de imputación de responsabilidad es subjetiva configurándose la culpa por parte del profesional cuando prescinde del deber de información o lo hace defectuosamente.

Por otra parte en las obligaciones de resultados el deudor debe lograr el resultado que califica a la obligación. El objeto de la obligación consiste en satisfacer plenamente

el interés del acreedor, lo que no sólo se agota en la diligencia o comportamiento del deudor, sino con el cumplimiento del resultado esperado. (Calvo Costa, 2002)

Se considera por regla general que en la mayoría de los supuestos donde interviene el profesional de la salud se compromete a una obligación de medios, ya que el médico no puede asegurar la curación definitiva del paciente. (Calvo Costa, 2002)

Trigo Represas (1995, p.25) enseña que en las obligaciones de medios, los galenos:

Solo se obliga a prestar servicios sobre la base de los conocimientos científicos que posee, poniendo en cumplimiento de la tarea encomendada la diligencia y el cuidado que la misma requiere, en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo, y de lugar.

En cuanto a la responsabilidad civil de los profesionales liberales, Vázquez Ferreyra (2015) explica que, dependiendo de si la obligación es de medios o de resultados, producirán efectos diferentes de acuerdo al factor de atribución aplicable. En el caso de las obligaciones de medios el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, configurándose la responsabilidad por parte del profesional a título de dolo o culpa. Tratándose de obligaciones de resultados el factor de atribución de responsabilidad comprometido es objetivo.

Una vez que le medico ha brindado información suficiente respecto a la dolencia o afección del paciente y éste haya prestado su consentimiento para permitir la actuación médica, se considera que a partir de ese momento el galeno debe llevar adelante su misión. La omisión de brindar información y obtener el consentimiento del paciente da lugar a una responsabilidad contractual porque el profesional se ha comprometido a una obligación de medios para satisfacer la expectativa del paciente de recuperarse actuando con diligencia y prudencia debida. (Bustamante Alsina, 1998)

2. Concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil

La omisión o cumplimiento defectuoso de los deberes legales y contractuales de informar y de obtener el consentimiento del paciente genera responsabilidad en forma

autónoma. (Weingarten, 1997) De acuerdo a la normas que gobiernan la responsabilidad civil, el principio general de procedencia de la reparación del daño causado es necesario que se demuestren ciertos requisitos: (Medina, Fama y Resvin, 2003)

- a) El hecho antijurídico
- b) El factor de atribución de la responsabilidad
- c) El daño
- d) La relación de causalidad entre el daño y el comportamiento antijurídico.

2.1 El hecho antijurídico

Modernamente se analiza la antijuricidad desde el punto de vista de la conducta dejando de lado la perspectiva del daño. El hecho antijurídico consiste en lesión de un derecho o interés no ilegítimo. Es decir que se reprocha al agente que comete la acción antijurídica su actuación de no haber obrado conforme a derecho y optar por obrar injustamente causando un daño a otro, cuando pudo haber actuado lícitamente. (Bueres, 1986; Fama, Medina y Resvin, 2003)

Se tipifica la antijuricidad ante la infracción a algunas de las disposiciones que conforman el marco normativo de la responsabilidad médica. Por lo tanto la omisión tanto del deber de informar suficientemente al paciente como la de obtener el consentimiento informado constituye un hecho antijurídico que genera la obligación de resarcir el daño ocasionado (Fama, Medina y Resvin, 2003)

Uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales en el mundo es el leading case *Schloendorff vs Society of New York Hospital*³⁵. En el mencionado caso judicial Mary Schloendorff fue sometida a una cirugía abdominal para extraer un fibroma a pesar de su manifestación en contrario. Más tarde la mujer desarrolló una gangrena de un brazo izquierdo y demandó a la gerencia del Hospital de New York. La Corte de New York estableció que todo adulto tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo y responsabiliza del daño al cirujano que realizó la intervención quirúrgica sin respetar la declaración de voluntad del paciente a no someterse a dicha intervención.

³⁵ C.A.N.Y., *Schloendorff v. Society of New York Hospital*. (1994) 211 N.Y 215, 105 N.E 92-96

Otro fallo importante fue el dictado en la carátula “Slater vs Baker & Stapleton”³⁶ en el cual dos médicos resultaron responsables por considerar el tribunal que era inapropiado desunir el callo óseo sin la conformidad del paciente, constituyendo una práctica inapropiada por parte de los galenos al contrariar las reglas de la profesión no actuando conforme a la *lex artis*, llevando adelante la practica medica sin comunicarle al paciente los riesgos de la intervención.

2.2 Factor de atribución de la responsabilidad: La culpa.

Se dijo anteriormente que la actividad profesional médica se encuentra por regla general calificada como una obligación de medios, en la cual el galeno cumplirá con la obligación a su cargo obrando con diligencia y prudencia en la actividad comprometida. En las obligaciones de medios el factor de atribución a la hora de determinar la responsabilidad del facultativo medico es subjetivo.

En la materia que analizamos el factor de atribución es subjetivo y consiste en la culpa del profesional. En este sentido la jurisprudencia se expide: “Dado que el Código Civil no regula la responsabilidad medica en forma autónoma o diferenciada de la culpa en común, son aplicables los requisitos para la demostración de su existencia: el hecho antijurídico del agente, el daño, el nexo causal entre el daño y la consecuencia, y los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad”³⁷

El factor de atribución de responsabilidad es suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto indicado como deudor. La culpa de autor del daño constituye el sustento subjetivo de la responsabilidad e importa el cumplimiento defectuoso o írrito por parte del profesional, omitiendo una determinada actitud que habría evitado el daño. (Famá, Medina, Resvin, 2003)

La culpa profesional se rige por los principios generales de la culpa definida en el artículo 512³⁸ del Código Civil como la “omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de tiempo y lugar”.

³⁶ “Slater vs. Baker & Stapleton (1767) Fallo dictado en las Islas Británicas cuyo documento se ha extraviado.

³⁷ CN Civil y Comercial Federal.” Araujo Julio P c/ Obra social de conductores de transporte colectivo de pasajeros” Sala III. 23/10/1997

³⁸ Artículo 512. Código Civil de la República Argentina.

El médico al omitir el deber de informar de modo veraz y suficiente al paciente y la obtención del consentimiento informado infringe las diligencias que exige la relación médico- paciente. El médico acepta intervenir en una determinada prestación médica y al no prestar dicha asistencia incurre en responsabilidad contractual. Ello viene a significar que cuando el facultativo incurre en la omisión de tales diligencias, ya sea por imprudencia, impericia o negligencia, falta a sus obligaciones y se coloca en la posición de deudor culpable.

El artículo 512 se complementa con el artículo 902³⁹ del Código Civil ya que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa “R de S.S.M del H c/ J.C.C y otros s/ Daños y Perjuicios”⁴⁰ hace lugar al Recurso de Inconstitucionalidad que interpone la recurrente, asistiéndole razón a que “ No fue debidamente informada que se le extraerían a la paciente, además de su útero, sus dos ovarios como así tampoco se informó cuáles serían las consecuencias de tal proceder, obstaculizándole a la paciente la oportunidad de decidir y consecuentemente su oportunidad de negarse a dicha práctica. La recurrente no prestó su consentimiento a la ooforectomía realizada. La omisión por parte del profesional quedó constatada al no existir el consentimiento por escrito tratándose de una operación mutilante”

Tampoco había registros en la historia clínica del paciente respecto a la posibilidad de realizar una ooforectomía, sólo constaba la realización de una histerectomía. Esta operación fue programada con antelación, es decir que ni siquiera fue una operación de urgencia que le haya impedido al facultativo recabar el consentimiento de la paciente por escrito.

Para Pizarro y Vallespinos definen a la culpa como la “omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. (Pizarro y Vallespinos, 1999 p.613) Las condiciones personales del agente son tenidas en cuenta para determinar el deber de previsión que establecen las circunstancias en las que haya actuado el agente y además importa la

³⁹Artículo 902. Código Civil de la República Argentina.

⁴⁰ S.C.J Mza. “R.S.S.M del H c/ J.C.C y otros s/ Daños y Perjuicios s/ Inconstitucionalidad/Casación. Sala I (2008)

ausencia del propósito deliberado de incumplir o de causar un daño. (Pizarro y Vallespinos, 1999)

2.3 El daño

Naturalmente puede inferirse que ante la omisión de los deberes del profesional médico operará el nacimiento de una obligación resarcitoria por haber ocasionado un daño o perjuicio. El daño puede ser definido como todo menoscabo producido en el patrimonio del damnificado (daño patrimonial), así como toda minoración inferida en la subjetividad de la persona (daño moral) quedando protegido, de esta manera, una amplia gama de bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física- psíquica, derivando la lesión de un interés no patrimonial. (Famá, Medina y Resvin, 2003)

El Código Civil de Vélez Sarsfield no arrojaba un concepto de daño lo que trajo arduas discusiones doctrinarias. El Nuevo Código Civil y Comercial establece en su artículo 1737⁴¹ que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, un patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”

Por lo tanto cuando el médico realice una determinada practica medica sin informar de modo adecuado al paciente viciando de esta manera el consentimiento prestado o bien, cuando no obtenga dicho consentimiento e igualmente lleve adelante su cometido, produce un daño al vulnerar el derecho de autonomía y autodeterminación de las personas, quitándole la posibilidad de decidir.

El daño patrimonial consiste en el detrimento de valores económicos y patrimoniales que se produce a raíz de esa lesión. En consecuencia, el daño moral es siempre una consecuencia disvaliosa, un menoscabo derivado de la lesión a un interés no patrimonial que coloca al damnificado en un modo de estar diferente, anímicamente perjudicial. (Pizarro y Vallespinos, 1999)

⁴¹ Artículo 1737. Ley 26944. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Es así como en fallo” Ferro Marcela Gabriela c/ Asociación Francesa Filantrópica”⁴² se sentencia que “de las probanzas se vislumbra la posibilidad de que la actora salvase su ovario y de que se extrajera sólo el quiste, por lo cual la falta de información por parte del médico para formar un consentimiento informado ha causado un perjuicio moral autónomo, pues es razonable presumir que la paciente hubiese acudido a otro profesional que le salvase su ovario o no hubiese aceptado la intervención quirúrgica, opciones que no fueron tenidas en cuenta por el paciente por ausencia de una adecuada información.”

En el fallo nombrado anteriormente se condenó al doctor Arnaldo Suhl y a la entidad sanitaria al pago de una suma de dinero en concepto de daño moral por no haber mediado consentimiento informado de la paciente Gabriela Ferro para que se le extrajera su ovario, el cual contenía un quiste benigno, siendo que de acuerdo a la peritación realizada por el Cuerpo Médico Forense, el galeno podría haber extirpado solamente el quiste existiendo la posibilidad de que la paciente conservara su ovario, aumentando así el riesgo de infertilidad. Asimismo en la historia clínica solo se asentó que se llevaría a cabo una laparoscopia diagnóstica cuando en realidad se extirpó su ovario sin haber indicado siquiera en la historia clínica la posibilidad de una eventual ablación. La actora menciona que el profesional médico no le informó de los riesgos de la intervención como si tampoco de la posible extirpación de un ovario.

Coincido con los fundamentos del tribunal, pues si la señora Gabriela Ferro hubiese recibido suficiente información sobre la intervención a realizar, anoticiándosele la posibilidad de extraer su ovario y las secuelas que ello implicaba, seguramente hubiese optado por una interconsulta médica a fin de conocer la opinión de otro profesional que podría aconsejar otra práctica médica distinta a la propuesta por el Dr Suhl.

Tratándose de daño moral, el Código Civil y Comercial del año 2014 amplía el número de legitimados activos para reclamar la respectiva indemnización en caso de muerte y de discapacidad de la víctima del daño, ellos son: descendientes, ascendientes, cónyuge o quien convive con aquel, recibiendo trato familiar ostensible, además del damnificado directo. (Vázquez Ferreyra, 2015)

⁴² C.N. Civil. “Ferro, Marcela Gabriela c/ Asociación Francesa Filantrópica s/ Daños y Perjuicios” Sala D. (2004)

Otro aspecto de reforma en el ámbito jurídico civil y comercial es la prescripción de las acciones de responsabilidad civil. En el Código de Vélez Sarsfield las mismas prescribían a los 10 años, con la nueva reforma el plazo de prescripción se reduce a 3 años. (Vázquez Ferreyra, 2015)

No basta la existencia de un resultado dañoso para considerar responsable al galeno, sino además es necesario acreditar que ese resultado lesivo se produjo por impericia, negligencia o imprudencia del profesional médico interviniente, es decir que es necesario que medie la culpa del profesional en una determinada práctica médica⁴³

2.4 Relación de causalidad entre el daño y el comportamiento antijurídico.

En el ámbito de la responsabilidad galénica se trata de determinar el nexo causal o conexión entre el hecho antijurídico del médico, imputable a título de culpa y el resultado dañoso. (MossetI turraspe, 2001)

La doctrina argentina ha distinguido diversas categorías respecto de la relación de causalidad entre el hecho jurídico antijurídico y el daño: (Fama, Medina, Resvin, 2003)

- La teoría de la equivalencia de las condiciones, por la cual todas y cada una de las condiciones, tanto las positivas como las negativas, provocan el efecto a las cuales se les atribuye la función de causar el resultado.
- La teoría de la causa más próxima atribuye el efecto al último suceso, en orden cronológico, por lo que el daño aparece conectado de forma directa con dicho suceso.
- La teoría de la condición más eficaz, en la que el resultado dañoso es atribuible a la más activa de las condiciones. Es decir a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores negativos y positivos para su producción, influyendo de manera preponderante en el resultado (Pizarro y Vallespinos, 1999)

⁴³ Fuente: Cámara de Asociación de Empresas de la Salud. Recuperado el 12/12/2015 de: http://www.caescor.com/files/Trabajos/6/RESPONSABILIDAD_CIVIL_DE_LOS_MEDICOS.pdf

- La teoría de la causa eficiente: para esta teoría es causa de un resultado dañoso aquella condición que tenga mayor poder intrínseco de causación del hecho, quedando descartadas las condiciones meramente ocasionales.
- La teoría de la causalidad adecuada: asociada a la idea de regularidad, siendo causa del daño aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria se inclinan a indicar que la teoría de la causalidad adecuada es de correcta aplicación en el Código Civil Argentino.

Ante el incumplimiento obligacional del médico - deudor, la relación de causalidad jurídicamente relevante es aquella que existe entre el daño ocasionado y el antecedente que normalmente lo produce. De tal modo, la causalidad adecuada está vinculada con la idea de regularidad, atendiendo a lo que “normalmente acostumbra a suceder”. (Pizarro y Vallespinos, 1999)

Llambias (1973) entiende por causa adecuada aquella que por sí sola es apta para conseguir el efecto dañoso que se considera, sin necesitar para ello de otra fuerza que la complementa, debiendo efectuarse la apreciación de tal aptitud productora del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece”

Siguiendo a Vázquez Ferreyra (1992) y a la Teoría de la Causalidad Adecuada, el profesional de la salud ante la omisión del deber de información y la obtención del consentimiento informado, no asume todas las consecuencias que sufre el paciente sino que sólo deberá indemnizarse aquellos daños que posean un adecuado nexo causal entre la ausencia de la obtención de consentimiento informado o falta de información suficiente que permite obtener un consentimiento desinformado y, el perjuicio que sufre el paciente a raíz de esa omisión.

A su vez en la mayoría de los casos, la omisión del deber de informar y en consecuencia la obtención del consentimiento informado, importará la pérdida de chance que se traduce en la posibilidad de haber consultado a otro profesional o en su defecto, haber rechazado una determinada práctica médica. (Calvo Costa, 2002)

Es así que en la causa “P.M.A c/ Malcom Hernández e Instituto Medico Rio Cuarto⁴⁴” se condenó a los demandados a pagar una suma indemnizatoria a la actora por no haber recibido por parte del profesional médico la debida información respecto a los riesgos o desventajas de la cirugía estética realizada. La actora alega que de haber sabido las posibles riesgos y desventajas de intervención no se hubiese sometido a la intervención quirúrgica”.

En el fallo citado anteriormente se responsabiliza al cirujano por las secuelas derivadas de una mastoplastia por no haberle informado debidamente a la paciente de las posibles consecuencias adversas de dicha intervención. En los hechos, la Señorita M menciona que el profesional sólo le manifestó que la intervención se trataba de una cirugía simple, sin complicaciones y con un post operatorio breve, sin dificultades o molestias, no mencionando el profesional los posibles riesgos previsibles. El formulario de consentimiento informado firmado por la paciente tampoco contenía la descripción de los riesgos posibles de la intervención. Tal es así que los vocales Héctor Cenzano, Rosana A. de Souza y Julio Avalos pronunciaron que el médico tiene el deber de informar al paciente cumpliendo los parámetros que indica el artículo 3° de la Ley 26.529 y que su omisión priva al paciente de su derecho de autodeterminación, ejercitando una facultad que sólo compete a la voluntad del enfermo, considerándose que el profesional asume los riesgos de la intervención y los daños que el tratamiento provoque. Además los vocales sostienen que existe una adecuada relación causal entre la actuación negligente del médico de no informar al paciente y los daños que finalmente sufre.

Siguiendo a Pizarro y Vallespinos (1999) la pérdida de chance tiene lugar cuando se frustra una oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo de índole patrimonial o espiritual. Es necesario señalar que lo frustrado no es el beneficio sino la mera probabilidad de que dicho beneficio haya tenido lugar sino se hubiese producido el hecho antijurídico.

⁴⁴ C.A.C.C.F y C.A de Rio Cuarto. “P.M.A c/ Malcom Hernández e Instituto Medico Rio Cuarto. Sala I. 30/07/2010.

La proximidad del hecho ilícito con el momento en que la chance debería haberse concretado es considerada por la doctrina mayoritaria como un presupuesto determinante a los fines indemnizatorios. (Pizarro y Vallespinos, 1999)

El nuevo Código Civil y Comercial Ley 26.994 en su artículo 1739⁴⁵ prevé que la” pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.” Es decir que una vez comprobada la ausencia de los deberes del profesional médico, el afectado puede reclamar la indemnización respectiva, la cual abarcará la pérdida de chance como concepto a indemnizar además de las lesiones provocadas a su persona, patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. (Saenz, s/f)

El nuevo Código Civil y Comercial establece una nueva función a la responsabilidad civil: la función preventiva. Por lo tanto la función preventiva complementa a la ya existente función resarcitoria. Toda persona tiene el deber de prevenir un daño limitándolo a que de dicha persona dependa la prevención, es decir que toda persona debe tomar el control de sus propios hechos para evitar producir un daño no justificado, hacer desaparecer el ya producido o no agravar el ya causado. La función resarcitoria consiste en el cumplimiento de la obligación de reparar un daño injustamente causado derivado del incumplimiento obligacional o un hecho ilícito *stricto sensu*, a favor del damnificado. (Vázquez Ferreyra, 2015)

Es relevante exponer que el nuevo Código Civil también regula la actividad de los profesionales liberales, aplicando las reglas de las obligaciones de hacer. Por supuesto que dentro de la definición “profesionales liberales” se encuadra la actividad médica, como así también la actividad de abogados, arquitectos, escribanos, etc. El primer párrafo del incorporado artículo 1768⁴⁶ estipula que “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto...” Es decir que el profesional liberal, responde a título de culpa (ahora regulada expresamente), salvo que se trate de una obligación de resultado. Al profesional médico le bastará con probar su no culpa, aunque bien es verdad que la carga probatoria de la culpa, la antijuricidad de la conducta

⁴⁵ Artículo 1739. Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Ley 26.994

⁴⁶ Artículo 1768. Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Ley 26.994

del galeno, la existencia del daño y la adecuada relación causal entre el incumplimiento obligacional y el perjuicio recae sobre la víctima del daño. (Vázquez Ferreyra, 2015)

A modo de conclusión para que se configure la obligación del profesional de indemnizar el daño causado al paciente por omitir su deber profesional de obtener el consentimiento previo y suficientemente informado será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- La existencia de un daño cierto y personal, debidamente acreditado.
- Que el daño sea consecuencia directa de la omisión de informar, riesgos, complicaciones o secuela de la intervención médica practicada.
- Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica, exigiéndose la necesaria relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho que genera el daño.
- El hecho generador del daño consista en la omisión por parte del médico de prestar la debida información lo que se plasma en un consentimiento viciado o, en la omisión de obtener tal consentimiento ya sea de forma escrita o verbal. En este caso, la autoridad jurisdiccional debe realizar un juicio hipotético para dilucidar si el paciente de haber conocido los riesgos a los que se sometía con la intervención médica hubiera prestado o no su consentimiento, o si hubiese rechazado la intervención.

Asimismo el Código Civil y Comercial de la Nación en su art 1720⁴⁷ expresa que “el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida que no constituya una clausula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”. De manera que, sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento del paciente puede erigirse en un supuesto de causa de justificación, como así también puede constituir una causal de justificación las situaciones de emergencias en las cuales prevalece la *lex artis*.

⁴⁷ Artículo 1720. Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Ley 26.994

CONCLUSIÓN

De lo expresado en éste Trabajo Final de Graduación puedo concluir que el deber de información y el consentimiento informado son elementos esenciales de la relación médico - paciente, considerada ésta como un negocio jurídico no formal.

En décadas pasadas la relación médico- paciente era de carácter paternalista, el médico era considerado un ser dotado de conocimiento científico, un sabio cuyas decisiones generaban confiabilidad por encontrarse en una situación de superioridad cognoscitiva y psicológica respecto al paciente, decidiendo por el paciente y omitiendo su participación.

Siglos más tarde, tuvo lugar la sustitución del viejo modelo paternalista por el modelo de autonomía. Dicho cambio de paradigma estuvo impulsado por el derecho, creando normas que permitieran ejercer a la persona humana sus derechos de autodeterminación y autonomía.

En nuestro país el deber de información y el consentimiento informado son temas relativamente nuevos, no existía una normativa de carácter general que los impusiera sino tan sólo normas aisladas que establecían la formalidad de obtener el consentimiento del paciente en operaciones mutilantes por escrito. Además los altos índices de judicialización y litigiosidad en la actividad que vincula a médicos y pacientes originaron la necesidad de dictar normas que regulen aquellos aspectos cuestionados del derecho a la salud. La importancia de la normativa dictada radica en poder dirigir la conducta de médicos y pacientes a fin de disciplinar su relación.

La ley 26.529 sancionada el 21 de octubre de 2009 y modificada por la Ley 26.742 de 2012 consagra el ejercicio de los derechos de autonomía y autodeterminación del paciente. Esta nueva ley titulada “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” prescriben a la información sanitaria y al consentimiento informado, entre otros, como derechos personalísimos del paciente cuya omisión por parte de los profesionales médicos genera la obligación de resarcir los perjuicios o detrimentos sufridos por el paciente en consecuencia de su omisión.

A raíz de la regulación de los derechos del paciente en un texto legal, la relación médico- paciente debe adecuarse a las prerrogativas indicadas en la ley. El médico debe informar al paciente de las características de los tratamientos a seguir incluidos los riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. El consentimiento del paciente por regla general podrá obtenerse de forma verbal, aunque cuando tales prácticas incluyan internación, intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos riesgosos o se trate de la revocación a un procedimiento propuesto o su decisión de adecuarse a un procedimientos rechazado por el paciente en su debida oportunidad, el paciente o su representante legal, deberán brindar su consentimiento por escrito.

De ahora en más, el paciente deberá obtener información detallada por escrito y no una mera suscripción a un formulario cuando se trate de los procedimientos enumerados en el párrafo anterior, de modo que previo a la firma del paciente, el médico aclarará las dudas y demás inquietudes que el paciente formule respecto a lo descripto en el documento de consentimiento informado.

De lo consignado en la ley se entiende que para llevar a cabo prácticas menores u ordinarias bastará con obtener el consentimiento verbal del paciente, luego de haber recibido la debida información con respecto a la práctica a realizar. Desde mi punto de vista lo conveniente sería que todo consentimiento se obtenga por escrito sin importar si se trata de prácticas médicas comunes, aunque por supuesto soy consciente de las dificultades administrativas que ello conllevaría.

Otra novedad legislativa establecida en la Ley 26.529 del año 2009 es la recepción de directivas anticipadas, las cuales son una forma de ejercer el derecho de autodeterminación del paciente ya que él mismo puede decidir, luego de recibir completa y veraz información sobre su dolencia, si acepta o no determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, pero siempre se requerirá la aceptación del médico tratante, salvo que ellas impliquen practicas eutanásicas. Respecto de esta modalidad no estoy de acuerdo con su instrumentación ya que implica un gasto económico excesivo el acceso a escribanos públicos o un trámite burocrático acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de lograr las formalidades establecidas en la ley para que las mismas sean aceptadas.

Respecto de la responsabilidad de los profesionales de la salud, los facultativos médicos responden a título de culpa ante la omisión de brindar suficiente información de modo que obtienen un consentimiento desinformado o viciado por parte del paciente, indemnizando el daño moral y/o patrimonial provocado al paciente, pero siempre será necesario que dicho daño resarcible posea un adecuado nexo causal entre la ausencia del deber de información, corolario del consentimiento, y los daños que sufre el paciente a raíz de su omisión.

La instrumentación por escrito del deber de información y el consentimiento del paciente permitirá acreditar que el acto médico se disciplinó de acuerdo a los parámetros que la ley estima como convenientes, la cual servirá de medio probatorio ante la posible reclamación de un daño causado al paciente, el cual fue informado en su respectivo momento y que el paciente aceptó adecuarse a esa práctica médica, sabiendo la existencia de los riesgos que esa práctica podría conllevar. Pero igualmente siempre será necesario que se acredite una relación de causalidad entre el daño y la ausencia de información debida.

En definitiva, la ley 26.529 y su modificatoria la ley 26.472 establece que el profesional que ha obrado de acuerdo a las disposiciones de presente ley no incurre en responsabilidad civil, pues la misma no persigue otro objetivo más que consagrar y respetar el derecho de autonomía y autodeterminación del paciente.

Finalmente, al igual que los autores de los trabajos doctrinarios consultados para la realización del presente Trabajo Final de Graduación coincido con que era necesaria una regulación legal específica del consentimiento informado. Esta regulación se tradujo en la consagración de derechos para el paciente, obligando al profesional de la salud a obrar de forma diligente a fin de garantizar el ejercicio de tales derechos. De esta manera, también sería necesario que en dicha normativa se especifique los deberes de los pacientes, porque a cada deber impuesto a una de las partes le corresponde un correlativo derecho. De manera que los pacientes deberían facilitar los datos necesarios respecto a su salud o estado físico, no ocultar o retacear información cuando el médico la solicita, acudir a controles programados, cumplir con las indicaciones prescriptas, entre otros.

LISTADO DE BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- Aizenberg, M. (2010) *Los Derechos del Paciente. Análisis de la Ley 26.529*. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.
- Alonso Ortega, A y Tellado, M. (s/f) Sobre la libertad de elección del tratamiento médico. Recuperado el 29/09/2015 de:
<http://www.revistapersona.com.ar/Persona25/25Alonso.htm>
- Alterini, A., López Cabana, R (1989) Responsabilidad Profesional: El experto frente al profano. LL 1989. E-847
- Asturga Tobar, J.M. (2011). *El consentimiento informado en el acto médico*. Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
- BUERES, A. (1986) “El acto ilícito” Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- Bustamante Alsina, J. (1998) *Teoría General de la responsabilidad civil*. (9º Ed. Ampliada y Actualizada) Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Calvo Costa, C. (2002) “La responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y las presunciones “hominis” en materia probatoria. Recuperado el 19/05/2015 de:
[http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Consentimiento%20Informado%20\(RCyS\).pdf](http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Consentimiento%20Informado%20(RCyS).pdf)
- CALVO COSTA, C. (2015) Código Civil y Comercial de la Nación. Anotado con relevancia al cambio. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Cecchetto, S. (2001) Antecedentes Históricos del Consentimiento Informado en Argentina. *Revista Latinoamericana de Derecho Medico y Medicina Legal*. Recuperado el 28/11/2015 de:
<http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v5-6n2-1/art3.pdf>
- Emanuel, E y Emanuel, L. (1999). “Cuatro modelos de la relación médico-paciente.” En Coucerio Vidal, A. (1999) Bioética para clínicos. Recuperado el 27/08/15de:

http://rillo.educsalud.cl/Curso%20Transv%20Bioetica%202012%20/Emanuel%20E.%20Cuatro_modelos_relacion_M-P.pdf

- Ferro, M; Molina Rodríguez, L; Rodríguez, W. (2008). La bioética y sus principios. [Versión Electrónica] *Acta Odontológica Venezolana* (26). Recuperado el 23/09/2015 de:
<http://www.actaodontologica.com/ediciones/2013/4/art10.asp>
- Franco Bell, C (2015) Análisis Histórico del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Página Web:Prezi*. Recuperado el 25/11/2015 de:https://prezi.com/y8ticy_x2hzn/analisis-historico-del-pacto-internacional-de-derechos-civil/
- Frisicale, M.L; Girotti Blanco, S. (2014) Decisiones por sustitución en la relación médico paciente. *Microjuris.com*. Recuperado el 23/04/2015 de:
<http://www.microjuris.com/Doctrina/MJ-DOC7008ARMJD7008>
- Gasparotti, V. (2007) La omisión del deber de informar de los profesionales. [Versión Electrónica] *Revista de Derecho de Daños N 2. Rubinzal Culzoni Editores*. Pág. 26
- GHERSI, C. (1997) Responsabilidad II. Problemática Moderna: Relación Médico- Paciente. Mendoza, Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Llambias, J. (1973) Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Ed Abeledo Perrot.
- Llugdar, F. (2004) *Derecho del Paciente: Elección del tratamiento médico y consentimiento informado*. Universidad Abierta Interamericana.
- López Mesa, M. (2007). La falta de información como fuente de la responsabilidad de los profesionales. [Versión Electrónica] *Revista de Derecho de Daños. N 2 Rubinzal Culzoni Editores*. Pág. 227
- LOPEZ MESA, M y TRIGO REPRESAS, F. (2005) Responsabilidad civil de los profesionales. Editorial Lexis Nexis.
- Marín Castan, M.L (2007). La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. [Versión Electrónica] *Revista de Bioética y Derecho. N9. Pag 1-3*

- Medina, G., Famá, M., Resvin, M (2003) Responsabilidad de los profesionales médicos ante el incumplimiento del deber de informar. [*Versión Electrónica*] *Revista de Derecho de Daños. RubinzalCulzoni Editores N 3*. Pág. 42-50
- Mesa, A; Leguiza, S. (2012). *Bioética y actuación del enfermero*. Cátedra de Bioética y Enfermería Legal. Facultad de Medicina. Universidad del Nordeste.
- MOSSET ITURRASPE, J. (2001) Responsabilidad Civil de los profesionales. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- Obliglio, H.O.M. (2010). Consentimiento Informado: Derecho-Deber. *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Recuperado el 3/10/2015 de: <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/06%20Obliglio.pdf>
- Osterling Parodi, F y Castillo Freyre, M. (2000) “El tema fundamental de las obligaciones de medios y resultados” Recuperado el 21/12/2015 de: [file:///C:/Users/Maria%20Julia/Downloads/Dialnet-ElTemaFundamentalDeLasObligacionesDeMediosYDeResul-5084994%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Maria%20Julia/Downloads/Dialnet-ElTemaFundamentalDeLasObligacionesDeMediosYDeResul-5084994%20(3).pdf)
- PIZARRO, R y VALLESPINOS, C (1999) Instituciones de derecho privado. Tomo II. Ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- Reich, W.T. (1978) *Encyclopedia of Bioethics*. Ed McMillan. New York.
- Rodríguez Bueno, E. (2009) *La Ley y el Paciente*. *Hospital Universitario Virgen de las Nieves*. Recuperado el 30/11/2015 de: http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/la_ley_y_el_paciente.pdf
- Roger Garzón, F. (2011). *La relación médico- enfermo en el cuadro de las relaciones personales*. Recuperado el 02/09/15 de <http://www.uv.es/gibuv/Roger/MedicoenfRoger.pdf>
- Saenz, L. (s/f). El daño resarcible en el proyecto de reforma del Código Civil. Recuperado el 20/12/2015 de: http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130015-saenz-dano_resarcible_en_proyecto.htm
- Sánchez González, M.A. (1996) *El consentimiento informado: Un derecho del enfermo una forma distinta de tomar decisiones*. Departamento de salud pública e historia de la ciencia. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 25/10/2015 de: <http://www.colmed2.org.ar/images/code02.pdf>

- Tallone, F (2005) El consentimiento informado en el derecho medico. Recuperado el 10/10/2015 de www.geosalud.com/consentimiento/consinfdermedico.htm
- Tallone, F. C. (2007). Ausencia de consentimiento informado. Implicancias dentro de la responsabilidad civil médica. [Versión Electrónica] *Revista De Daños. RubinzalCulzoni Editores. N2.* Pág. 213
- TRIGO REPRESAS, F. (1995) *Reparación de daños por mala praxis médica.* Ed Hammurabi. Pag.25
- TRIGO REPRESAS, F., López Mesa, M. (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.* Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Vázquez Ferreyra, R, (2000) *Derecho médico y mala praxis.* En Vázquez Ferreyra, R. (2003) *Responsabilidad del médico generalista.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores
- Vázquez Ferreyra, R (2015). “La responsabilidad civil del profesional en el nuevo código” Recuperado el 20/12/2015 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/04/08/doctrina-del-dia-la-responsabilidad-civil-profesional-en-el-nuevo-codigo-autor-roberto-a-vazquez-ferreyra/>
- Velazco Ramos, B. (2013) *Regulación Jurídica del deber de Información Previa al Consentimiento en el Aborto.* Disertación doctoral no publicada. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.
- WEINGARTEN, C. (1997) *Contrato y responsabilidad médica. Capítulo II: El deber de informar y el consentimiento informado. (Una visión crítica), en Responsabilidad II. Problemática moderna: Relación médico- paciente.* Mendoza Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Wierzba, S.M (2015) *La responsabilidad medica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros.* LL 2015 9, 5-25
- Zuvilivia, M (2014) *El consentimiento informado en las profesiones jurídicas. Breve análisis del Derecho español y argentino.* Recuperado el 09/10/2015 de: <http://www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=90&texto=>

Legislación

- Código Civil de la República Argentina
Artículo 512
Artículo 902
- Código Civil y Comercial de la República Argentina. Ley 26.994
Artículo 59
Artículo 1720
Artículo 1737
Artículo 1739
Artículo 1768
- Constitución Nacional de la República Argentina
Artículo 19°
Artículo 42°
- Decreto Reglamentario 1089/12. Reglamenta Leyes 26.529 y 26742
- Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud.
Ley N° 26.529:
Artículo 2°
Artículo 5°
Artículo 6°
Artículo 7°
Artículo 9°
Artículo 10°
Artículo 11°
- Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud.
Ley 26.742

Artículo 1° modificatorio del artículo 2 inciso e) de la Ley 26.529

Artículo 2° modificatorio del artículo 5° de la Ley 26.529

Artículo 3° modificatorio del artículo 6° de la Ley 26.529

Artículo 6° modificatorio del artículo 11° de la Ley 26.529

Artículo 7° incorpora el artículo 11 bis a la Ley 26.529

- Ley de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración. Ley 17.132

Artículo 13

Artículo 19° inciso 3°

- Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos Ley 24.193

Artículo 19°

Artículo 19 bis

Artículo 21°

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU de 1966). Aprobado por Ley 23.313 de la República Argentina.

Artículo 7°

- Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos. Ley 26.066

Artículo 4° modificatorio de artículo 13° de la Ley 24.193

Jurisprudencia

- Com. Sala D. “G de A, M c/ Policlínico Central de la Unión Metalúrgica s/ Daños y Perjuicios. R.B 02/06/2004 R.C. X-44

- C.A.N.Y., Schloendorff v. Society of New York Hospital. (1994) 211 N.Y 215, 105 N.E 92-96
- “Slater vs. Baker & Stapleton (1767) Fallo dictado en las Islas Britanicas cuyo documento se ha extraviado.
- CN Civil y Comercial Federal.” Araujo Julio P c/ Obra social de conductores de transporte colectivo de pasajeros” Sala III. 23/10/1997
- S.C.J Mza. “R.S.S.M del H c/ J.C.C y otros s/ Daños y Perjuicios s/ Inconstitucionalidad/Casación. Sala I (2008)
- C.N. Civil. “Ferro, Marcela Gabriela c/ Asociación Francesa Filantrópica s/ Daños y Perjuicios” Sala D. (2004)
- C.A.C.C.F y C.A de Rio Cuarto. “P.M.A c/ Malcom Hernández e Instituto Medico Rio Cuarto. Sala I. 30/07/2010.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Ferreyra, Maria Julia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	31.580.348
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Deber de información y consentimiento informado Responsabilidad civil de los médicos ante su omisión.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	majufferreyra@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Vicuña Mackenna, 12 de octubre de 2016

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Ferreyra, Maria Julia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	31.580.348
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Deber de información y consentimiento informado Responsabilidad civil de los médicos ante su omisión.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	majufferreyra@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Vicuña Mackenna, 12 de octubre de 2016

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.