



La responsabilidad civil del médico por ausencia de consentimiento in- formado del paciente

Gilson Ely Chaves de Matos

Revisión lingüística: Alejandro Cúneo Escardó y Aléxis
García Adum

Datos editoriales

Tapa: Trófula de Salerno Fuente: www.mujieryciencia.es/2008/03/

Presentación de la tesina en noviembre de 2011 al curso de ***Maestría en Aspectos Bioéticos y Jurídicos de la Salud***. Resoluciones CONEAU N° 3882/09 y 42/13

Directora: Dra. Teodora Zamudio.

TRIBUNAL

Dr. Burger, Carlos.

Dr. Von Arx, Juan Pablo.

Dra. Wierzba, Sandra.

Calificación: 10 (diez) Sobresaliente

La responsabilidad por los hechos, ideas o doctrinas expuestas en esta tesis, corresponde exclusivamente a su autor.

Dedico esta síntesis de mis estudios en bioética a todas las personas que sufren por la ausencia de conocimiento de sus derechos y, por eso, muchas veces tienen su personalidad ofendida por quien creé estar en una posición privilegiada en la existencia humana.

AGRADECIMENTOS

A Dios que provee mi vida con salud y con personas para mí imprescindibles.

A mis queridos Flora y Mateus, esposa e hijo, los cuales son hoy mi gran inspiración.

A los amigos de la maestría, los cuales me ayudaran muchas veces en comprender los diversos puntos de vista en las cuestiones debatidas y, no raras veces, fueran incentivos en seguir hasta la conclusión del curso.

En especial mi agradecimiento a Alejandro Cúneo Escardó y Aléxis Garcia Adum, el primero desde Buenos Aires me ha ayudado con el trámite de los trabajos en la UMSA, la práctica del idioma español y con la revisión de todo el escrito en el idioma español, en cuanto al segundo, desde Ecuador, siempre me auxilió en las tareas en el idioma español.

La responsabilidad civil del médico por ausencia de consentimiento informado del paciente

ÍNDICE

RESUMEN	7
1 INTRODUCCIÓN.....	9
2 PROPOSICIÓN.....	11
3 REVISIÓN DE LA BIBLIOGRAFIA	13
3.1 Breve histórico sobre la evolución de la responsabilidad médica.....	13
3.1.1 Aspectos generales de la responsabilidad civil en la actividad médica.....	13
3.1.2 Naturaleza de la actividad médica.....	14
3.1.3 Responsabilidad objetiva de la persona jurídica prestadora de servicios médicos.....	21
3.1.4 Responsabilidad objetiva en la cirugía plástica de fin estético.....	25
3.1.5 La prueba en la responsabilidad médica, efectos de la obligación.....	28
3.2 La bioética y su influencia en la responsabilidad civil médica.....	32
3.2.1 Principio de la dignidad.....	34
3.2.2 Principio de la beneficencia.....	37
3.2.3 Principio de la autonomía.....	39
3.2.4 Principio de la justicia.....	43
3.2.5 Los principios bioéticos en la responsabilidad médica.	46
3.3 La responsabilidad médica en consecuencia del actuar sin el previo consentimiento informado y esclarecido.....	51
3.3.1 El consentimiento informado.....	51
3.3.1.1 Consentimiento libre y esclarecido.....	56
3.3.1.2 Consentimiento educado.....	68
3.3.1.3 Capacidad para consentir.....	73
3.3.1.3.1 La capacidad etaria para consentir.....	73
3.3.1.3.2 Ausencia o reducción de la capacidad.....	77
3.3.2 El daño a autonomía del paciente en consecuencia de la ausencia de obtención previa del consentimiento.....	79
4 DISCUSIÓN.....	93
5 CONCLUSIÓN.....	99
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	101

La responsabilidad civil del médico por ausencia de consentimiento informado del paciente

RESUMEN

La responsabilidad del profesional de la medicina ha sufrido grandes cambios, principalmente a partir de la consagración de los principios bioéticos. También la evolución de las teorías civilistas de la responsabilidad contribuyen en mucho para los cambios ocurridos en la responsabilidad advenida de la relación médico-paciente. Sin embargo, es necesario superar algunas limitaciones que las teorías clásicas imponen a la amplia imposición de respeto a todos los derechos inherentes a la personalidad, conciliando las modernas teorías con la necesidad exigida por el Estado de Derecho de protección y cumplimiento de los Derechos y Garantías reconocidos tanto por la legislación nacional cuanto por los tratados internacionales. En ese contexto, la ofensa a autonomía de la persona humana por la ausencia de obtención del médico del previo consentimiento informando y esclarecido, es una ofensa grave a la personalidad del paciente, que implica la obligación de reparación del daño moral puro, de forma autónoma.

Palabras clave: Responsabilidad civil Bioética. Dignidad. Autonomía.

RESUMO

A responsabilidade do profissional da medicina tem sofrido grandes transformações, principalmente a partir da consagração dos princípios bioéticos. Também a evolução das teorias civilistas da responsabilidade contribuem em muito para as transformações ocorridas na responsabilidade advinda da relação médico-paciente. Contudo, é necessário superar algumas limitações que teorias clássicas impõem à ampla imposição de respeito a todos dos direitos inerentes à personalidade, conciliando as modernas teorias à neces-

sidade exigida pelo Estado de Direito de proteção e cumprimento dos Direitos e Garantias reconhecidos tanto pela legislação nacional quanto pelos tratados internacionais. Nesse contexto, a ofensa à autonomia da pessoa humana pela ausência de obtenção do médico do prévio consentimento informado e esclarecido, implica em ofensa grave à personalidade do paciente, ensejando a obrigação de reparação do dano moral puro, de forma autônoma.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Bioética. Dignidade. Autonomia.

ABSTRACT

The responsibility of the medical professional has undergone major changes, especially after the consecration of the bioethical principles. Also the evolution of theories of tort responsibility to contribute greatly to the changes to responsibility arising out of the doctor-patient relationship. However, it's necessary to overcome some limitations that classical theories require them position of broad respect for all rights relating to personality, combining modern theories of the need required by the Rule of Law to protect and enforce Human Rights and Guarantes recognized by both the national law and the international treaties. In this context, the offense for the autonomy of the individual by the absence of the physician to obtain the prior informed consent, involves serious harm to the patient's personality, triggering the obligation to repair the moral damage pure, autonomously.

Keywords: Responsibility. Bioethics. Dignity. Autonomy.

1. INTRODUCCIÓN.

E a minoria encastelada na centralidade do exercício de seu poder, não usa apenas os corpos, ao transformar o suor alheio em água para regar seus desertos. Ela penhora a terra toda e a vida, tornando-as objetos de consumo e lucro, que podem ser explorados ou negligenciados impunemente. (Garrafa, Porto, 2002, p. 15).

La responsabilidad civil del médico ha sufrido grandes transformaciones en las últimas décadas, mudanzas que ampliaron su campo de incidencia haciendo que cada vez más los médicos se preocupen en actuar dentro de los límites de prudencia, diligencia y pericia. Además de eso, también la contratación del seguro de responsabilidad civil se ha tornado una necesidad.

Esos cambios que ampliaron el campo de incidencia de la responsabilidad civil en la actividad médica son reflejo principalmente del desarrollo de la bioética, en especial la pricipialista que tomó fuerza a partir del Belmont Report.

También las teorías civilistas y procesales han contribuido en el campo de la responsabilidad civil del médico, así que la clásica división en obligaciones de medio y de resultado ha cedido espacio para propuestas que envuelven tanto la cuestión del alcance de las obligaciones del profesional de la medicina cuanto las que disciplinan la responsabilidad sin la necesidad de probar la culpa.

En el centro de toda esta tempestad de ideas y teorías gana fuerza el deber de informar y esclarecer al paciente de todo cuanto sea posible que envuelva el plan terapéutico, como condición *sine qua non* para obtener su consentimiento válido, expresión directa del principio de la autonomía, lo cual es inherente a propia dignidad de la persona humana.

Todas esas cuestiones han sido objeto de tratados internacionales, códigos de ética médica y, incluso, de las legislaciones de países como el Brasil y la Argentina, las cuales serán más específicamente analizadas en ese estudio.

Al fin de la revisión de la literatura seleccionada, tanto en lo que se refiere a responsabilidad civil del médico cuanto de la que tiene como objeto la bioética, en especial en lo que trata los principios establecidos, sigue la discusión de la responsabilidad civil por el incumplimiento del deber de informar y esclarecer al paciente como presupuesto a la obtención de su consentimiento, del que ocurre el daño moral puro, aún que no se verifique en el caso concreto también un daño físico.

2. PROPOSICIÓN.

El objetivo de esa tesina de conclusión de la Maestría en Aspectos Bioéticos y Jurídicos de la Salud es investigar las consecuencias jurídicas de la responsabilidad civil del médico que no cumple su obligación de obtener previamente el consentimiento informado y esclarecido del paciente, cuando la ética y el derecho así lo exigen.

Los principales problemas que se presentan son: ¿Puede ocurrir responsabilidad civil del médico por la ausencia de consentimiento informado del paciente, cuando no sea el caso de prescindirse legalmente del consentimiento? ¿Aunque su conducta esté correcta en relación a la praxis médica, es posible el deber de reparación por vulneración a la autonomía de la persona, por el daño físico o moral?

En la etapa actual de la responsabilidad civil, encontramos fundamentos legales y doctrinarios aptos para defender la responsabilidad civil del médico cuando actúe sin el debido consentimiento informado y, solo cuando se trate de actos de urgencia o emergencia en que no sea posible obtener en su debido tiempo el consentimiento informado, es que está legitimada la intervención médica sin el previo, informado y esclarecido consentimiento del paciente. Además, no sólo la lesión física tiene su lugar en la reparación civil, sino podrá surgir también el daño moral, aunque la conducta en relación a la praxis médica este correcta, eso en consecuencia de una agresión a la libertad, a la autodeterminación del paciente, patrimonio inherente a personalidad del individuo que merece protección por sí sola.

Desde esas premisas, seguimos entonces el análisis de la doctrina y legislación brasileña y argentina y, también, siempre que sea necesario de los tratados internacionales y doctrinas de otros países que influenciaron sobremanera el desarrollo del derecho en Brasil y en la Argentina.

3. REVISIÓN DE LA BIBLIOGRAFIA

3.1 Breve histórico sobre la evolución de la responsabilidad médica.

3.1.1 Aspectos generales de la responsabilidad civil en la actividad médica.

La clasificación doctrinaria clásica divide la obligación médica como siendo de medio la regla general o de resultado como excepción aplicada a áreas específicas de esta actividad.

Esta clasificación es aceptada como mayoritaria por la doctrina en Brasil, Argentina y demás países que sufrieron la influencia del derecho Romano y Germánico. Su surgimiento ocurre en Francia, Italia y en España, siendo Demogue (Francia) su primero defensor sistemático.

Aunque los países de cultura jurídica del *Comon Law*, como los Estados Unidos, utilicen un sistema distinto, hay cierta similitud con la teoría clásica, pues consideran como regla que el médico no promete éxito en el tratamiento, sólo tiene el deber de tener el conocimiento necesario y emplearlo con cuidado.

De acuerdo con Lorenzetti (1997, p. 471), es la teoría clásica presentada por Demogue la que ha sido aceptada y aplicada mayoritariamente, la cual presenta las siguientes características:

- Ejerce una función didáctica en relación a la posición del actor en una demanda;
- Tiene origen en el derecho contractual, aunque sea aplicada a las obligaciones en general;

- Considera la obligación de resultado como regla y la obligación de medio como excepción;

- Esa clasificación tiene como objetivo la distribución de la carga probatoria, así, en las obligaciones de resultado la prueba recae sobre el deudor, en tanto en las de medio, la carga de la prueba pertenece al acreedor.

Conforme precisa concepción trazada por Salvo Venosa (2003, 2 vol., p. 77), “*a idéia fundamental reside na noção de se saber e de examinar o que o devedor prometeu e o que o credor pode razoavelmente esperar*”.

En Brasil se adoptó como regla en las actividades de los profesionales liberales, como es la médica, que se trata de una obligación de medio, a tenor de la doctrina y jurisprudencias que son enfáticas cuanto a eso, considerando, como excepción, áreas específicas de la actividad médica, por ejemplo de la cirugía plástica de fin estético.

Al lado de esa teoría clásica que presenta graves problemas en relación a sus efectos, otras teorías fueran desarrolladas, por ejemplo la que clasifica como obligaciones determinadas y obligaciones generales de prudencia y diligencia y/o garantía, desarrollada por Mazeaud y André Tunc; la de *summa divisio* de Alberto Bueres; la de resultado como *opus* técnico en el derecho Italiano, la de impureza de la realidad; la del fraccionamiento de la clasificación, elaborada por Atílio A. Alterini en la Argentina; entre otras que se esfuerzan en corregir las imperfecciones presentes en la teoría clásica.

3.1.2 Naturaleza de la actividad médica.

Conforme ya se ha dicho, la teoría clásica subdivide las obligaciones en: obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

Las obligaciones de medio están intrínsecamente ligadas a la responsabilidad subjetiva o *aquiliana*, en tanto que la obligación de resultado surge de la presunción de una responsabilidad contractual.

En Brasil, la responsabilidad médica es tratada como subjetiva, a tenor del que establece el art. 951 del Código Civil y del §4º, del art. 14, del Código de Defensa del Consumidor¹.

Para Salvo Venosa (2003, 2 vol., p. 77-78), los delineamientos de esta responsabilidad están en que:

[...] o devedor compromete-se somente a empregar os meios apropriados de seu mister, para determinada atividade, o que permitirá ao credor 'esperar' um resultado satisfatório, podendo ocorrer que esse bom resultado não seja alcançado. É o que sucede, por exemplo, com o advogado e o médico. Nem o advogado pode garantir o ganho de causa ao cliente, nem o médico pode assegurar a cura do paciente.

Esta posición se ha sostenido por décadas y, con las consecuencias y el desarrollo de las relaciones entre médicos y pacientes, principalmente con la proclamación de los principios informadores de la bioética, este encuadramiento del ordenamiento jurídico brasileño ya ha traído complicaciones.

En razón mismo de eso, la doctrina se ha apartado cada vez mas de esta clasificación que distingue las obligaciones en de medios y de resultado, prefiriendo prestigiar las cuestiones casuísticamente, surgiendo la idea que

¹ Ley 8.078/90.

la responsabilidad advenida de la cirugía estética de fin estético y otras conductas médicas son comprendidas como siendo obligaciones de resultado, atrayendo mas efectivamente elementos de la teoría de la responsabilidad contractual.

Salvo Venosa abordando la cuestión del origen de la responsabilidad médica, concluye que es indiferente tratar de la responsabilidad contractual, extracontractual o, aún, como entienden algunos, un contrato *sui generis*, aunque todavía reconozca que este no es el criterio dominante que comprende cómo siendo estrictamente contractual la relación médico-paciente.

Esta clasificación de un contrato de naturaleza *sui generis* es adoptado por el Código Civil de Alemana y de Suiza, recibiendo en Brasil la adhesión de Cavalieri Filho (2007, p. 360), aunque todavía termine el doctrinario por no darle más importancia a esta distinción, conforme será abordado adelante, a propósito, en su libro *Programa de Responsabilidad Civil*, consignando el fallo del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro², que corrobora esta conceptualización contractual *sui generis*.

² Responsabilidade civil. Erro médico. Configuração. Em vista de que o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, de natureza 'sui generis', cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, como aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente etc., em molde a caracterizar falta culposa no desempenho do ofício, todos científicos e critérios que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos. (TJRJ, 6ª C. Cív., Ap. Cív.

Para Venosa (2003, 4 vol., p. 97) es importante destacar la cuestión que “*na atividade médica existe ou pode existir responsabilidade contratual; mas existe também, como em qualquer outra profissão-arte, uma obrigação genérica de não causar dano por negligência, imperícia ou imprudência*”.

Ya Silvio Rodrigues (2002, p. 248) adhiere a la doctrina francesa y afirma que hoy la responsabilidad médica es comprendida en el ámbito de una relación contractual, aunque, contradictoriamente, defiende por otro lado que sea como regla general la actividad médica una obligación de medio y no de resultado.

Pues bien, es contradictorio adoptar un entendimiento clásico que tiene como principal consecuencia jurídica la ligación de la responsabilidad contractual como una obligación de resultado.

De esta grande confusión que deriva del esfuerzo de los doctrinarios en encuadrar la responsabilidad médica dentro de la clásica conceptualización de las obligaciones. Resta comprender que la obligación de medio está directamente ligada a prueba por el iniciador de la acción de su derecho constitutivo, o sea, deberá el paciente demostrar cabalmente la culpa (imprudencia, negligencia o impericia) del médico. De otro lado, la obligación de resultado derivada de la responsabilidad contractual que hace presumir la culpa, por incumplimiento del prestador de servicios, o sea, del médico, impone a este la prueba que el daño se originó por caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima.

Por eso es incompatible el encuadramiento de la responsabilidad médica como regla general siendo obligación de medio y, a su vez, considerarla una relación contractual, como sostiene Silvio Rodrigues.

A propósito, el propio jurista francés René Demogue esclarece que en la responsabilidad médica (NETO KFOURI, 2002, p. 227):

O médico contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e o ato danoso (morte, etc.).

Otro problema también surge de la excepción a regla, es que aún cuando la cirugía plástica de fin estético y otras intervenciones médica sean consideradas como obligaciones de resultado, como excepción a regla, serían consideradas como siendo subjetivas, o sea, bastaría al médico demostrar que actuó con diligencia, pericia y prudencia para exonerarse del deber de reparar el daño.

Por eso que algunos doctrinarios con apoyo jurisprudencial, se han apartado del intento de clasificar la obligación médica, en razón misma de la poca funcionalidad teórica, conforme Lorenzetti (1997, p. 483-486). Muchos son los argumentos que conducen a esta actitud, incluso la relación directa de la naturaleza de la obligación y la carga probatoria, ausencia de definición ontológica acerca de lo que comprende los medios y los resultados, y por fin, indistintamente de la conceptualización teórica de la responsabilidad médica, el resultado no es indiferente a la obligación, aunque en algunos casos se garantiza y en otros no.

A propósito de ello, en Brasil Miguel Kfoury Neto (2002, p. 239) corrobora el criterio presentado por Lorenzetti, concluyendo que:

A evolução do trato jurisprudencial da responsabilidade civil do médico já não se torna compatível com a aceitação desse discrimine – obrigação de meios e de resultado – em sua formulação original. Por isso, tal conceito se encontra em fase terminal.

Para Cavalieri Filho (2007, p. 360), en el derecho brasileño perdió relevancia las discusiones acerca de la naturaleza de la responsabilidad médica después del advenimiento del Código de Defensa del Consumidor. Para él la responsabilidad médica/hospitalaria debe ser analizada a través de dos prismas y por la orientación del que establece el Código Consumerista, o sea, el médico en la cualidad exclusivamente de profesional liberal y el hospital, clínica, sanatorio, etc. en la cualidad empresarial.

Para Ragazzo (2006, p. 30-31) la relación entre médico y paciente es derivada de un contrato y el cumplimiento de las obligaciones debe guardar estricta observancia a la buena fe objetiva:

A cláusula de boa-fé objetiva estabelece standards de conduta (que irão variar de acordo com a situação em concreto). Por meio dessa norma, portanto, se determina que “o contraente tem o dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, não frustrando a confiança legítima da outra parte”. E mais, o alcance da cláusula geral de boa-fé objetiva não se limita ao período de duração do

contrato celebrado, se estendendo ainda às fases pré e pós-contratual.

Nas relações contratuais, a aplicação da cláusula de boa-fé objetiva tem por efeito a criação de deveres que não são gerados a partir da vontade das partes e que, por esse motivo (além de outros), não podem ser confundidas com a prestação principal do contrato. Dessa forma, esses deveres são comumente chamados pela doutrina de deveres laterais, acessórios ou mesmo secundários.

Embora não haja consenso a respeito da classificação dos direitos acessórios oriundos da cláusula de boa-fé objetiva, se pode afirmar que a maioria dos autores indica uma classificação dividida em três diferentes tipos, quais sejam, os deveres de proteção e cuidado, de lealdade e, por último, de informação (ou esclarecimento), este mais relacionado a tema deste trabalho. Entretanto é bom lembrar que todos esses deveres acessórios estão intimamente associados com a confiança que os contratantes devem ter uns com os outros, exigindo-se, portanto, padrões de conduta a garantir esse propósito.

Entonces, la doctrina clásica ya se torna incompatible con las transformaciones habidas en el campo de la responsabilidad médica y, a su vez, no se presenta ninguna teoría civilista que satisfaga la realidad actual, restando entonces un parámetro acerca de cuál es el tratamiento teórico de la responsabilidad médica.

Dejando de lado la teoría dualista de la obligación de medio o de resultado, por ausencia misma de reflejos prácticos, en Brasil debe tenerse el primer foco en la regla general de la legislación, para la cual es evidente el tratar la responsabilidad médica como siendo subjetiva, o sea, es ella consecuencia del actuar imprudente, negligente e imperito.

Desde ese prisma, conforme la necesidad del caso concreto y, también, con los elementos existentes en la legislación procesal, corrígense las imperfecciones procesales que provienen de la responsabilidad subjetiva, de forma de considerar el ordenamiento jurídico como un todo, lo cual responde efectiva y correctivamente a sus imperfecciones, cuando es analizado de forma integrada dentro de un sistema.

3.1.3 Responsabilidad objetiva de la persona jurídica prestadora de servicios médicos.

Hay casos en que por disposición de ley, en Brasil, mismo tratándose de una relación jurídica que tiene como objeto una prestación de actividad médica, ocurrirá la responsabilidad objetiva.

La primera hipótesis es cuando ocurre un contrato con persona jurídica, por caso, un hospital, una clínica, una casa de salud, entre otros. Por fuerza de lo que establece el Código de Defensa del Consumidor Brasileño, esas personas jurídicas son prestadoras de servicios y, como tal, responden objetivamente por el daño causado por sus prepuestos, en caso, médicos, enfermeros, técnicos y todo el cuerpo de empleados.

Tratase en este caso de la aplicación de la teoría del *fato del servicio* (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 371), o sea, la persona jurídica que recibe los lucros, los benefi-

cios de la exploración de la actividad, también deberá soportar la carga, por lo tanto, correr con los daños que ocurren en esa actividad por el defecto del servicio.

La previsión legal para la aplicación de la responsabilidad objetiva en Brasil es obtenida del texto del §1º, del art. 14, da Ley 8.078/90³.

A propósito, la jurisprudencia brasileña hace mucho que contempla esta previsión del Código de Defensa del Consumidor, por ejemplo en fallos de los tribunales de justicia de los estados⁴.

El mismo raciocinio aplicase a las empresas que contratan convenio médico. Ellas responden por la falta o mala prestación del servicio médico, una vez que contratan un resultado.

La segunda hipótesis en Brasil está relacionada con la responsabilidad del Estado, eso es, cuando el médico sea un servidor del ente público y, en su nombre, desarrolle su actividad profesional.

En esos casos, es aplicada la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado y, su principal consecuencia es el apartamiento de la investigación de la culpa, cumpliendo al paciente sólo demostrar la conducta, el resultado y el nexo causal.

³ O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foram fornecidos.

⁴ Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em consequência de infecção hospitalar. Culpa contratual. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Precedentes. Recurso desprovido. (STJ, 4ª T., REsp 116.372-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

En tanto este sea el entendimiento dominante en la doctrina y jurisprudencia, no creo que deba el Estado en toda y cualquier hipótesis responder objetivamente por el simple hecho de la verificación de un daño.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 869) enumera tres posibilidades en que habrá responsabilidad objetiva del Estado: “*quando o próprio comportamento do Estado é que gera o dano; quando por sua omissão evento alheio causa o dano que tinha obrigação de evitar e; quando cria a situação propiciatória do risco*”.

Ahora bien, un médico o los demás profesionales de la salud que tengan vínculo con el Estado para prestación de servicio médico a la población, deber del Estado, no irá a actuar para generar un daño (risco administrativo), aunque pueda ocurrir, por evento ajeno que tenga obligación de evitar y, en este caso, responde el Estado por la falta del servicio, servicio tardío o defecto del servicio, hipótesis en la que no hay que investigar la culpa del agente estatal. Los ejemplos son esclarecedores e innumerables: ausencia de instrumentos, de equipamientos, de medicamentos, carencia de profesionales especializados, número reducido de empleados, ausencia de lechos, etc.

En los ejemplos citados, destacase que siempre es el Estado quien falla en no proveer adecuadamente el servicio de salud. Por otro lado, puede ocurrir un daño como consecuencia del acto médico en sí, aunque el Estado haya descargado todos los elementos necesarios a prestación adecuada del servicio, y no deberá responder objetivamente, una vez que allí el daño sea consecuencia de una negligencia, imprudencia o impericia del prepuesto, el que impone ser probado por el paciente, una vez que también el servicio de salud ofrecido por el Estado por determinación

constitucional implica en una obligación que no puede garantizar un resultado.

A propósito, este es el entendimiento que se extrae de las oportunas lecciones de Bandeira de Mello (2002, p. 872):

[...] não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento reacional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, a intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

3.1.4 Responsabilidad objetiva en la cirugía plástica de fin estético.

Hay aún una tercera hipótesis que no está en la ley, más parte de la doctrina y jurisprudencia⁵ que atribuye la responsabilidad objetiva. La cirugía plástica con el fin estético, en consecuencia de su clasificación como obligación de resultado, hace que la no obtención del resultado contratado imponga el deber de reparación, pues nadie contrata cirugía plástica para huir de un padrón estético de belleza, para causar una deformidad estética o agravar las acciones naturales del tiempo en la piel (envejecimiento).

La primera observación que se impone a hacer es que, no siempre, el cirujano plástico podrá ser encuadrado como adherente de una obligación de resultado, para aquellos que adoptan esa clasificación dualista de las obligaciones, pues, no sería raro que su intervención se haga no para el mejoramiento estético y si para una reparación a consecuencia de un trauma, por ejemplo en los innumerables accidentes automovilísticos, que imponen verdadera

⁵ A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese, o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado, ocorre presunção de culpa do profissional. Presunção só afastada se fizer ele prova inequívoca de que tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser a própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração (180 salários mínimo). Ação julgada procedente, em parte, em primeiro grau de jurisdição. Provisamento, em parte, do apelo da autora, no que diz com a mensuração do dano moral, e não-conhecimento, por intempestivo, do apelo do réu (TJRS, 6ª C. Cív, Ap. Cív. 595068842, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 10.10.1995, RJTJRGS 175/572).

reconstrucción de la fisonomía de la persona, o los injertos de piel a consecuencia de graves quemaduras, entre otros casos.

La otra consideración es acerca de la cuestión que no es simple tal encuadramiento obligacional y, conforme ya tratado, no hay previsión legal en la legislación brasileña para imputar la responsabilidad objetiva al profesional liberal, aún calcada en una relación contractual.

Para que el cirujano plástico que actúa meramente con fin estético embellecedor responda por la no obtención de éxito esperado en la cirugía, deberá ser probada su culpa por negligencia, imprudencia o impericia, aunque, esta culpa no debe ser producida solo en el acto médico en si, o sea, en la cirugía. El cirujano médico, así como los médicos de las demás especializaciones, tienen un deber legal de informar su paciente sobre todos los aspectos inherentes al acto médico a ser realizado, incluso en la posibilidad de no obtención del resultado esperado. Tratase de obtener del paciente un consentimiento libre y esclarecido sobre todos los aspectos importantes.

En caso que el médico no cumpla esta obligación previamente a su intervención médica, podrá venir a responder por negligencia en no cumplir su deber de informar y de obtener el consentimiento informado y esclarecido. En esta posibilidad responderá asimismo por la lesión a autonomía de la voluntad del paciente, como será analizado más detenidamente en capítulo correspondiente. También se responde aún, por asunción unilateral de los riesgos inherentes al acto médico realizado.

Incluso siendo el médico diligente, esclareciendo al paciente sobre los posibles riesgos, obteniendo del paciente su consentimiento después de ser debidamente informado y esclarecido y, durante el acto médico, empleando

todos los medios necesarios conforme técnica reconocida por las entidades médicas y, aún así, si por cuestiones propias de la alea inherente a su actividad, no sea obtenido el resultado pretendido, no hay como imputar la responsabilidad al cirujano plástico.

A propósito, Kfoury Neto (2002, p. 248) aclara bien la tendencia que viene surgiendo en la doctrina, al enseñar que:

[...] dois aspectos fundamentais são levados em linhas de conta: a informação devida ao paciente e a obtenção de seu consentimento (sem se olvidar que o princípio da integridade do corpo humano é norma de ordem pública – ‘volenti no fit injuria’ – não se faz injuria a quem quer.

Así, es por demás injusto y falta amparo legal al tratamiento que ha sido dispensado a responsabilidad del cirujano plástico, como siendo un contrato de resultado, el que impone una responsabilidad objetiva.

Hay dispensa si existe una exigencia mayor de información sobre todos los riesgos, aún aquellos que excepcionalmente ocurren (KFOURI NETO, 2002, p. 248), respondiendo por incumplimiento de este deber legal, lo que a su vez hace que el médico asuma para si unilateralmente todos los riesgos de ese acto.

Cavaliere Filho (2007, p. 369) también refuerza estos aspectos de la información en cirugía estética:

O ponto nodal, conforme já salientado, será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser adverti-

do dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.

Concluye el doctrinario que la responsabilidad del profesional liberal será siempre subjetiva y, aún considerada una obligación de resultado. El único efecto generado será la presunción de culpa, por lo que queda al médico la carga de eludir esta culpa por la ocurrencia de un *factor imponderable capaz de aplazar su deber de indemnizar* (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 370).

3.1.5 La prueba en la responsabilidad médica, efectos de la obligación.

Dejando de lado la clasificación de la responsabilidad médica ofrecida por la doctrina clásica, primeramente, podremos encuadrarla como subjetiva. Tal es lo que se establece en el Código Civil⁶ y en el Código de Defensa del Consumidor⁷ Brasileños.

Incluso la aproximación de la responsabilidad en razón de la contratación de un resultado o no, influirá en la mayor o menor transferencia de la carga probatoria, sea por la aplicación de la teoría Argentina de la carga dinámica de las pruebas; sea por la inversión de la carga de la prueba en los términos previstos en el Código de Defensa del Consumidor Brasileño.

No hay duda que, por indiferente que pueda ser la responsabilidad médica subjetiva en cuanto a tratarse de una obligación de medio o de resultado, ningún óbice hay a que el juzgador, presentes los requisitos legales, la veracidad y semejanza de las alegaciones o la hipo suficiencia

⁶ Art. 951.

⁷ Art. 14, §4°.

de la parte, determine la inversión de la carga de la prueba en Brasil.

En ese sentido, son esclarecedoras las lecciones de Cavalieri Filho (2007, p. 366), que aduce ser el médico:

[...] prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, pode o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, como observa oportunamente o insigne Nélson Nery Jr.

O aún, a tenor de la teoría Argentina de la carga dinámica de las pruebas como aplicación misma de los principios procesales, por ejemplo, de buena fe, de obligación de colaborar con la prestación jurisdiccional, de equidad, se permite al juez determinar a la parte la producción de la prueba que le sea más fácil o esté en su dominio.

En el decir de la articulista María Carolina Eguren (2005), la teoría de la carga dinámica de las pruebas fundamentase como:

[...] la ampliación del radio del ‘principio de cooperación (o efectiva de colaboración) que a su vez radica en el más comprensivo y mayor fuerza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fe. – en el decir de Morello -, se proyecta con particular relevancia en la redistribución del ‘onus probandi’, situación ésta que ha sido captada por la denominada Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas”.

Con esas medidas del cuño procesal y equilibrador de la relación procesal, alcanzase el propósito de asegurar al médico la garantía de no responder sino cuando actuó culposamente, como así también garantizar al paciente mayor equidad en la producción de la prueba.

No es inoportuno recordar que la prueba en el error médico es por demás difícil de ser producida, en especial porque envuelve conocimientos técnicos de a un conocimiento científico propio y distante del dominio común, incluso de los magistrados, abogados y del propio paciente, resultando casi siempre en la necesidad de recurrir a pericias, y, como bien advierte Cavalieri Filho (2007, p. 361):

[...] e nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o ‘spirit de corps’, a conspiração do silêncio, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado.

A su vez, también de destacada importancia es la histórica clínica del paciente, la cual, todavía, siempre está

en el dominio unilateral y exclusivo del médico. Así, cuando es presentada por él en su defensa, puede ser susceptible de ser adulterada, conforme advierte Rabinovich-Berkman (2004, p. 240):

Recordemos que este documento de enorme trascendencia probatoria es muy susceptible de ser alterado por los eventuales demandados. Ello, en razón de su carácter privado, de mantenerse reservado, y de no confeccionarse normalmente más que un solo ejemplar, que permanece en poder del nosocomio. Esas circunstancias configuran un estado de cosas desigual, en perjuicio del paciente, que la jurisprudencia debe procurar revertir.

No se olvide que hay medidas y que pueden evitar este estado de cosas. Por ejemplo la cautelar de busca y aprensión de documentos en Brasil y la medida de secuestro en Argentina. No obstante, en Brasil aún los tribunales han insistido en considerar inadecuada esta medida cautelar, con el argumento que otra medida, la exhibición de documento, es la medida apropiada para la obtención de la historia clínica.

Esas y otras tantas razones tornan la posibilidad de éxito en acciones de reparación por daños generados por error médico cada vez más difíciles y, es por eso mismo que no hay como no corregir esta desigualdad, este desequilibrio procesal que ocurre de la hipo suficiencia del paciente en relación al médico, por medio de la inversión de la carga de la prueba.

3.2 La bioética y su influencia en la responsabilidad civil médica.

El surgimiento de la bioética remonta a fines de la década de 60, cuando empezó la discusión de las cuestiones morales que implicaban principalmente los experimentos en el área médica.

El termino bioética fue “*originalmente proposto pelo biólogo e oncologista Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, Madison-EUA, no ano de 1970*” (FABRIZ, 2003, p. 73). Conforme esclarece Fabriz el termino bioética fue elegido por Potter para reunir la idea de un contenido de valores humanos insertos en el conocimiento biológico, o sea, “*ciência da sobrevivência*”.

La Encyclopedia of Bioethics, define la bioética como “*o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais*” (GUERRA, 2005, p. 3).

Aunque, conforme enseña Fabriz (2003, p. 75), encontramos en las palabras del Prof. Warren Reich, el concepto bioético de “[...] *estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e política – das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar.*”

Pero la bioética supera esas limitaciones conceptuales, como bien advierte el Embajador Uruguayo Espiell (Rev. Brasileira de Bioética. 2007, p. 11) al abordar la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco y, también, la Declaración de Santo Domingo sobre Bioética y Derechos Humanos:

[...] la bioética no puede ser tomada solo como una técnica, ni únicamente una rama de la ciencia médica ni de su práctica. No es, tampoco, exclusivamente un proceso de investigación en torno de las llamadas ciencias de la vida. Es mucho más. Es la ética de lo vital. En consecuencia, lo social es parte de su necesario contenido. Una bioética que no tenga en cuenta las grandes cuestiones económicas y sociales – la pobreza, el trabajo, la alimentación, el agua, la atención médica, la asistencia social, el acceso a los medicamentos, incluyendo también los temas del medio ambiente y de la biodiversidad – no es una bioética admisible. Es sólo una técnica de una pseudo elite científica, inhumana y antisocial, y por ello obsoleta y superada.

El desarrollo de la bioética con su contenido interdisciplinario y axiológico tiene como importante marco para su consolidación la creación en los Estados Unidos de América de la *National Commission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research*, responsable por la publicación en 1978 del *Belmont Report*. Se trata de un informe que influenció decisivamente toda la ética médica, por haber establecido los principios del *respeto por las personas, beneficencia y justicia* como pilares del actuar médico y que son conocidos como la *trinidad de la bioética*.

Otros principios surgirán y desarrollarán a partir de la abordaje del estudio bioético o, asimismo, como consecuencia lógica o aún como derivado de los principios declarados en el *Belmont Report*. Por ejemplo el *principio de*

la primacía del derecho a vida (GUERRA, 2005, p. 13) y de la dignidad.

Destacase entonces, al lado del principio de la *dignidad*, los principios que la doctrina trata por *trinidad de la bioética*, reconocidos como sus pilares.

3.2.1 Principio de la dignidad.

La dignidad es concepto axiológico inherente a todo ser humano, protegido y resguardado como derecho natural en todos los discursos bioéticos surgidos a partir del tratamiento multidisciplinario que mereció la investigación científica y el estudio relacional de las actividades biomédicas con el paciente.

Así que en el Convenio de Asturias de Bioética, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina adoptada por el Consejo de Europa en Abril de 1997 y, más recientemente, la Declaración Universal Sobre Derechos Humanos y Bioética, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, podremos constatar la declaración de la *dignidad* como principio básico para una bioética centrada en el integral respecto a los derechos humanos.

No es por menos que la Constitución de los Estados como el Brasil, traen explícitamente como *principio fundamental* la dignidad de la persona humana⁸, la cual también se extrae implícitamente de las declaraciones de derechos y garantías en la Constitución de la Nación Argentina.

Con propiedad Alexandre de Morais (2001, p. 48) delinea los contornos de este principio fundamental de la *dignidad humana, in verbis*:

⁸ Inc. II, del art. 1º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988.

[...] é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...].

Para Morais, es ese principio que concede unidad a los derechos y garantías fundamentales. Entonces, podremos decir que, también en la bioética es el principio de la dignidad quien atribuye una unidad a los demás principios consagrados por los tratados y declaraciones internacionales.

Es en ese sentido que primeramente se enumeró como principio bioético la *dignidad humana y los derechos humanos*, en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y Bioética adoptada por la Conferencia General de la UNESCO, determinando en su artículo 3º que:

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Por lo tanto, podremos decir que el principio de la *dignidad* contiene y está contenido en todos los demás principios bioéticos, de forma de conferirles una unidad capaz de direccionar el respeto y la aplicación de la bioética.

Más la dignidad no se restringe a un concepto firme y seguro. Aún todos podremos extraer, a partir del momento que tenemos consciencia de nosotros mismos, algún concepto respecto de ese valor propio al que resumimos como *dignidad*.

El cambio acelerado de las relaciones que envuelven todo el globo, que rompe fronteras del espacio y del tiempo, que acerca lo distante y revela lo hasta hace poco desconocido, determina que ese sentimiento de dignidad esté en constante cambio y reconstrucción, el que más una vez revela la importancia del tratamiento dispensado a ella (dignidad) como principio bioético.

A propósito, el jusfilosofo romano Francesco D'Agostino (2006, p. 71) erige la *dignidad* como único, posible y autentico fundamento de una bioética europea, al verificar que el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina adoptada por lo Consejo de la Europa en abril de 1997 invoca el referido principio por tres veces en su preámbulo, más, tras abordar con mucha propiedad el tema, advierte que:

[...] na grande temática da dignidade, a bioética (a italiana, em particular, e a europeia, em geral) possui um precioso arraigamento axiológico que não deve ser nem banalizado, nem minimizado. O tema da dignidade, aliás, é um tema que precisa mudar constantemente de enfoque semântico para adequar-se à rápida transformação

dos contextos simbólicos e experimentais (é essa a tarefa, ou melhor, a razão única de ser, de uma bioética geral). (D'AGOSTINO, ob. cit., p. 78.).

3.2.2 Princípio de la beneficencia.

El principio de la *beneficencia* tradujese en lo actuar médico siempre en busca del hacer el bien al paciente, evaluando los riesgos y sopesando el mal causado en busca de un bien incierto o menor, de ahí también la consagración actual del principio de no maleficencia, desdoblamiento lógico de aquel, y que consiste en no causar el mal, maximizando los beneficios y minimizando los riesgos posibles.

Daury César Fabríz (2003, p. 107) aduce con propiedad acerca del principio de *beneficencia*, en el contorno de esta regla, *verbis*:

O princípio da beneficência demonstra ser, em seus imperativos, de extrema importância na delimitação de padrões de conduta. Fundado nas máximas no nocere e bonum facere, engloba um outro princípio, o da não maleficência (primum non nocere), o de não impingir a alguém qualquer dano. Tal princípio põe em pauta uma série de indicativos que devem ser levados em consideração nas práticas ligadas à biociência. O princípio da beneficência sugere, em sentido mais amplo, que seria bom beneficiar as pessoas que têm necessidade; seria bom, por exemplo, que os médicos proporcionassem assistência à saúde de pacientes indigentes. No entanto, essas questões não são de simples aplicação, visto que a medicina, em sentido estrito, constitui-se em uma profissão, e, como tal, devem levar-se em conta as várias implicações que daí advêm.

El origen de este principio puede ser constatado en los mandamientos que provienen del juramento Hipocrático, “*auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente*” (GUERRA, 2005, p. 8).

La *beneficencia*, en cuanto principio ético, se confunde con el propio objetivo de la medicina, de ahí que el alejamiento, aún que breve, de este principio bioético cause grande daño a persona humana y, a su vez, caracteriza la *mala praxis médica*. Precisamente este ha sido el pensamiento del Tribunal de Ética del Consejo Federal de Medicina del Brasil⁹.

⁹ PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINAR ARGÜIDA: INCLUSÃO EM EMENTA DE ARTIGO DO CEM EM QUE O MÉDICO NÃO FOI CONDENADO. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 2º, 4º, 5º, 6º, 29, 57 E 69 DO CEM: O ALVO DE TODA A ATENÇÃO DO MÉDICO É A SAÚDE DO SER HUMANO, EM BENEFÍCIO DA QUAL DEVERÁ AGIR COM O MÁXIMO DE ZELO E O MELHOR DE SUA CAPACIDADE PROFISSIONAL. – AO MÉDICO CABE ZELAR E TRABALHAR PELO PERFEITO DESEMPENHO ÉTICO DA MEDICINA E PELO PRESTÍGIO E BOM CONCEITO DA PROFISSÃO. – O MÉDICO DEVE APRIMORAR CONTINUAMENTE SEUS CONHECIMENTOS E USAR O MELHOR DO PROGRESSO CIENTÍFICO EM BENEFÍCIO DO PACIENTE. – O MÉDICO DEVE GUARDAR ABSOLUTO RESPEITO PELA VIDA HUMANA, ATUANDO SEMPRE EM BENEFÍCIO DO PACIENTE. JAMAIS UTILIZARÁ SEUS CONHECIMENTOS PARA GERAR SOFRIMENTO FÍSICO OU MORAL, PARA O EXTERMÍNIO DO SER HUMANO, OU PARA PERMITIR E ACOBERTAR TENTATIVA CONTRA SUA DIGNIDADE E INTEGRIDADE. – É VEDADO AO MÉDICO: PRATICAR ATOS PROFISSIONAIS DANOSOS AO PACIENTE, QUE POSSAM SER CARACTERIZADOS COMO IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA. – É VEDADO AO MÉDICO: DEIXAR DE UTILIZAR TODOS OS MEIOS DISPONÍVEIS DE DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO A SEU ALCANCE EM FAVOR DO PACIENTE. – É VEDADO AO MÉDICO: DEIXAR DE ELABORAR PRONTUÁRIO MÉDICO PARA CADA PACIENTE. MA-

Siempre proporcionar el bien al paciente y nunca causarle el mal, envuelve una carga axiológica, pues, muchas veces, una intervención indeseada por el paciente, conforme el ejercicio de su autogobierno, podrá producir un mal mucho mayor que el beneficio pretendido, revelándose de esta forma el actuar médico como un pseudo-beneficio.

Por esta razón, la orientación *principalista* revela ser un valeroso instrumento para la bioética, una vez que permite la congruencia de sus principios en la construcción de una ética y moral que tenga siempre como primacía el ser humano y sus valores supremos.

3.2.3 Principio de la autonomía.

A su vez, el consagrado principio del *respeto a personas* que se lee del *Belmont Report*, se traduce en lo que hoy es conocido como principio de la *autonomía*, que reconoce al individuo la autonomía en conducir su vida y su salud, admitiendo aún que esta autonomía pueda estar por varios aspectos disminuida, mereciendo, por lo tanto, protección especial.

NUTENÇÃO DA PENA DE “CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL”. I- A inclusão em ementa de artigo em que o médico não foi condenado é mero erro material, incapaz de anular o julgamento realizado. II- Comete infração ética o médico que indica procedimento cirúrgico desnecessário e inútil, provocando dano por imprudência e negligência, sem elaborar prontuário, vulnerando os Princípios deontológicos de beneficência e respeito ao paciente, além de não zelar pelo perfeito desempenho ético da Medicina. III- Preliminar acolhida, para extirpar da ementa do acórdão do julgamento no CRM a menção de violação ao artigo 95 do CEM. IV- Recurso de apelação conhecido e negado provimento. (Conselho Federal de Medicina, Tribunal de Ética Médica, 7ª Câmara, Apelação nº 7664/2005, Relator José Hiran da Silva Gallo, DOU em 11.07.07, Seção 1, p. 74. No mesmo sentido, Apelação nº 3077-055/2001).

Conforme el informe *Belmont*, persona autónoma es el individuo que es capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y de actuar conforme sus propias decisiones.

Es notorio que todo individuo posee proyecto propio de la vida, por lo que busca guiar sus acciones para cumplir este proyecto pre establecido; en tanto, siendo la vida un complejo de emociones, convicciones, comprensiones internas y externas sobre las diversas cosas que nos cercan, conforme se desarrolla el vivir social, este proyecto de vida del individuo también va se reconstruyendo, sufriendo alteraciones o asimismo siendo abandonado para que un nuevo proyecto sea empezado.

La *autonomía* está, por lo tanto, intrínsecamente ligada a propia dignidad de la persona humana, como exigencia por el individuo del respeto a sus convicciones filosóficas, religiosas, morales y sociales, no justificándose una ofensa a este plexo de convicciones ni aún para un actuar pseudo-benefico, una vez que no sólo la salud física debe ser deseada, más también y principalmente la psíquica.

De ahí que el principio de la *autonomía* importa en la medicina la obligatoriedad del médico en establecer una previa comunicación con el paciente capaz de informarle adecuadamente de todas las implicaciones necesarias de la enfermedad, desde tratamientos posibles hasta los riesgos inherentes a los procedimientos adoptados, para entonces obtener del paciente su debido consentimiento al tratamiento elegido y concordante a su proyecto de vida, preservando sus convicciones y la propia dignidad.

Conforme nos dice Baracho (*In Guerra*, 2005, p. 68), en la Argentina el ejercicio de la autonomía por la

persona humana encuentra amparo en el texto constitucional:

[...] No mesmo sentido a Constituição, no art. 19, possibilita a discussão da autonomia individual e do direito à privacidade, entendendo-se que a liberdade pessoal só pode ser limitada por algum interesse público relevante. Lembra-se aí o precedente norte-americano do “direito de estar só” (Right to let be alone).

En Brasil el derecho a información está garantizado por la Constitución Federal¹⁰ y tratándose de informaciones sobre tratamiento de salud, existe además la Ley 8.080/90 que regula, en todo el territorio nacional, las acciones y servicios de salud, ejecutados aislada o conjuntamente, en carácter permanente o eventual, por personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, la cual establece, de entre otros principios, el derecho a información, de las personas asistidas, sobre su salud¹¹, además de la imposición de preservación de la autonomía de las personas en la defensa de su integridad física y moral¹².

También el Consejo Federal de Medicina en Brasil ha dado especial atención a autonomía del paciente, en ese sentido podremos decir, a título de ejemplo, una vez más la actuación del Tribunal de Ética Médica del Consejo Federal de Medicina que tiene reiteradamente declarado en sus decisiones¹³ la obligatoriedad del médico en respe-

¹⁰ Art. 5º, inciso XIV: É assegurado a todos o acesso à informação.

¹¹ Art. 7º, inciso V.

¹² Art. 7º, inciso III.

¹³ PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 42, 56 E 67 DO CEM: PRATICAR OU INDICAR ATOS MÉDICOS DESNECESSÁRIOS OU

tar la autonomía¹⁴ del paciente aislando resabios de una equivocada lectura exageradamente paternalista¹⁵ del juramento Hipocrático.

PROIBIDOS PELA LEGISLAÇÃO DO PAÍS. DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE A EXECUÇÃO DE PRÁTICAS DIAGNÓSTICAS OU TERAPÊUTICAS, SALVO EM CASO DE IMINENTE PERIGO DE VIDA. DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE MÉTODO CONTRACEPTIVO OU CONCEPTIVO, DEVENDO O MÉDICO SEMPRE ESCLARECER SOBRE A INDICAÇÃO, A SEGURANÇA, A REVERSIBILIDADE E O RISCO DE CADA MÉTODO. REFORMADA A DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO PARA A PENA DE “ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO”. I- Comete falta ética o médico que realiza procedimento não autorizado pelo paciente desobedecendo ao princípio da autonomia, ainda que movido por boas intenções. II- Apelação conhecida e provida. (CFM, Tribunal de Ética Médica, 1ª Câmara, Ap. 2867-053/2004, Rel. Pedro Pablo M. Chacel, DOU 28.07.04, Seção 1, p. 76)

¹⁴ PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 2º, 4º, 46 E 56 DO CEM: O ALVO DE TODA A ATENÇÃO DO MÉDICO É A SAÚDE DO SER HUMANO, EM BENEFÍCIO DA QUAL DEVERÁ AGIR COM O MÁXIMO DE ZELO E O MELHOR DE SUA CAPACIDADE PROFISSIONAL. AO MÉDICO CABE ZELAR E TRABALHAR PELO PERFEITO DESEMPENHO ÉTICO DA MEDICINA E PELO PRESTÍGIO E BOM CONCEITO DA PROFISSÃO. É VEDADO AO MÉDICO: EFETUAR QUALQUER PROCEDIMENTO MÉDICO SEM O ESCLARECIMENTO E CONSENTIMENTO PRÉVIOS DO PACIENTE OU DE SEU RESPONSÁVEL LEGAL, SALVO IMINENTE PERIGO DE VIDA. É VEDADO AO MÉDICO: DESRESPEITAR O DIREITO DO PACIENTE DE DECIDIR LIVREMENTE SOBRE A EXECUÇÃO DE PRÁTICAS DIAGNÓSTICAS OU TERAPÊUTICAS, SALVO EM CASO DE IMINENTE PERIGO DE VIDA. MANUTENÇÃO DA PENA DE “ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO”. I- Comete infração ética o médico que não esclarece devidamente o paciente, ou familiares, a respeito do procedimento e possíveis complicações, assim como impede a autonomia dos pais em decidir pelos procedimentos diagnós-

Cuanto mayor efectividad sea dada al principio de la autonomía, más rápidamente será asimilado por la comunidad jurídica que, ciertamente, pasará a exigir el cumplimiento de los deberes impuestos al médico e investigadores en la relación con sus pacientes, rompiendo un concepto arraigado de invulnerabilidad de las decisiones tomadas por los médicos.

3.2.4 Principio de la justicia.

¿El que es Justicia? ¿En que concepción se revela el principio bioético a que expresa su nombre? Son cuestiones que debemos aclarar antes de buscar el sentido del *principio bioético da justicia*.

La Justicia ya fue erigida en la antigüedad y en la edad media como una de las cuatro Virtudes Cardinales siendo totalmente en esencia diferente de las otras tres:

ticos e terapêuticos. II- Recurso conhecido e negado provimento. (CFM, Tribunal de Ética Médica, 5ª Câmara, Ap. 5324/2004, Rel. Edevard José de Araújo, DOU 11.07.07, Seção 1, p. 73)

¹⁵ Reconocemos en el pensamiento del *jusfilosofo* Romano Francesco D'agostino la coherencia que permite o por lo menos propone la convivencia pacífica de entre el modelo hipocrático y los principios modernos, así que es para nosotros razonable y perfectamente un actuar ético el informar y educar al paciente, para que, consintiendo él (respeto a autonomía), sea preservada la relación interactiva médico-paciente y éticamente (hipocrático) para que sea la dolencia conocida y combatida en conformidad con la voluntad del paciente y dentro de un plan de acción comprendido por el paciente y formulado por el médico.

Así es el actuar médico, como bien resalta el *jusfilosofo* D'agostino, "*ter a consciência de que só pode ser considerado médico aquele que se refere ao paciente como pessoa, na radical universalidade que esse termo veicula*" (D'AGOSTINO, 2006, p. 47) y, por eso, reconociendo sus deberes éticos de sólo actuar en la medida necesaria a proporcionar el bienestar de su paciente, reconociendo los límites de intervención solamente para educar, sin usurpar la autodeterminación del individuo.

prudencia, templanza y coraje; y eso porque estas pueden ser empleadas también en la práctica del mal, mientras que, no se concibe Justicia en beneficio del mal, pues eso implicaría injusticia, lo que vaciaría de pronto todo contenido de valores que contiene la Justicia. Por lo tanto, la Justicia es un valor que solamente existe a partir de su práctica.

Comte-Sponville (1997, p. 71-72) dice que la Justicia es comprendida en “*dois sentidos: como conformidade ao direito (jus, em latim) e como igualdade ou proporção*”. Así que, para Aristóteles “*o justo é o que é conforme à lei e o que respeita a igualdade, e o injusto o que é contrário à lei e o que falta com a igualdade.*”

¿Pues bien, cual sentido de Justicia contiene el principio bioético? ¿El de conformidad al derecho u o de la igualdad? Sin temor de equivocarme o ser malentendido, afirmo: - ¡no es sentido de la igualdad, es de proporción!

Es que no todo lo que es legal, conforme el derecho, es justo. Esa conclusión ya es habitual en la propia ciencia del derecho, razón por la cual es permitida la impugnación de la norma por medio propio, la revisión de las decisiones enunciadas por medio del recurso o, hasta incluso, de la impugnación por acción autónoma, o sea, el propio derecho reconoce su falibilidad en cuanto justo, permitiendo, así, su discusión dentro de ciertas reglas y determinado lapso temporal.

Ya en el segundo sentido, Justicia en cuanto equidad, prevalece siempre su esencia de orientar la mejor conducta, la búsqueda constante, la batalla, el objetivo de hacer, concretizar el ideal de Justicia.

Esa es la lectura que se hace del *principio de la Justicia* en cuanto modelo orientador de la bioética.

El principio de *justicia* exige un actuar gubernamental en distribuir de forma ecuánime las conquistas médicas alcanzadas en el campo de las investigaciones y, también, en los servicios de salud.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho (*in GUERRA*, 2005, p. 38-39), este principio “*é entendido como a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios*” y, aún, estando “*vinculado ao mesmo os critérios éticos, na consagração e distribuição dos recursos à saúde*”.

Más ¿podría decirse que ese principio puede ser traducido en la máxima extraída del *principio constitucional de la igualdad*, cual es, de tratar los iguales con igualdad y los desiguales con desigualdad en la medida de la desigualdad?

Hay dudas. ¡El *principio bioética de la Justicia* va allá de la concepción insertada en las constituciones de los Estados acerca de la igualdad!

Los valores de Justicia bioética superan, ciertamente, las propuestas políticas de un Estado en el esfuerzo de amenizar o compensar las diferencias existentes entre comunidades o grupos sociales.

Exactamente por estar directamente vinculada a principios superiores inherentes a propia naturaleza humana, como vida y dignidad, la justicia bioética no permite el tratamiento desigual, incluso en razón de la desigualdad existente.

¿O será que, por ejemplo, los negros o indios, u otro grupo étnico cualquier, deberían tener cota especial

para los trasplantes de órganos, estableciendo así criterios de preferencia, teniendo como justificación una compensación a la histórica discriminación y ofensa a sus derechos como personas humanas? Es obvio que no. Sería odiosa tal diferenciación de tratamiento, de la misma forma como es odioso el tratamiento discriminatorio a las etnias impuesto en algunas comunidades.

Más, para la bioética, no debe haber diferencias, sean ellas étnicas o sociales. De ahí el deber de todos, indistintamente, de beneficiarse de los descubrimientos científicos en el campo de la medicina. Apláudase en ese contexto la quiebra de patentes impuesta por el Gobierno Brasileño a los medicamentos de tratamiento de SIDA. Eso es Justicia Bioética. ¡El rescate de valores supremos, vida, libertad y dignidad!

3.2.5 Los principios bioéticos en la responsabilidad médica.

Ciertamente que hoy, ante las declaraciones de los principios bioéticos en tratados internacionales a los cuales la gran mayoría de los Estados, independientemente de los regímenes que adopten, son signatarios, irradiase al ordenamiento jurídico de dichos países estas normas generales, influyendo en el deber de estricta observancia a tan caros preceptos humanos.

Cierto que por tratarse de principios, los cuales se prefieren a las demás normas de carácter rígido y estricto, no trae su observancia óbice al desarrollo de la ciencia médica en todos sus variados campos de actuación, o asimismo, no se traducen en la imposición de conductas rígidas en la relación médico-paciente.

A proposito, conforme asevera Maria Celeste Cordeiro dos Santos (*apud* FABRIZ, 2003, p.120):

[...] os princípios, por si sós, nunca decidem questões éticas, isto é, podemos aferir a força moral dos princípios somente através de estudo de como eles são aplicados e dentro de situações particulares. A aceitação dos princípios citados não descarta a possibilidade de que surjam discordâncias radicais quanto ao objeto de sua aplicação. [...] Em caso de conflito, serão a situação concreta e suas circunstâncias que indicarão a precedência. Não podemos confundir-los com um simples código deontológico.

En ese sentido es valiosa la lección que trae Ricardo Luiz Lorenzetti (1997, p. 272) al afirmar que *“la aplicación de un principio no desplaza al otro sino que lo precede en el caso concreto. Se dice que los principios tienen diferente peso en el caso concreto pero no son inválidos.”*

Revelase así la importancia del modelo teórico *principalista* en cuanto capaz de efectivamente tener un alcance genérico y valorativo superior a las reglas, además de permitir por el medio de la hermenéutica el desarrollo de las cuestiones bioéticas, principalmente en el campo de la responsabilidad médica.

A propósito, acerca de la hermenéutica en la bioética, enseña Jungues (2006, p. 35):

Trata-se de um discurso ético orientado por princípios que pretendem oferecer um esquema teórico de moral para a identificação, análise e solução dos problemas morais enfrentados pela medicina atual. Os princípios englobam certas considerações morais: obrigações de respeitar os desejos de pessoas competentes (respeito pelas pessoas ou por sua autonomia); obrigações de não provocar dano aos outros, principalmente não matar nem tratar com crueldade (não-maleficência); obrigação de produzir benefícios para os outros (beneficência); obrigações de ponderar

danos e benefícios (utilidade); obrigações de distribuir, com equidade, danos e benefícios (justiça); obrigações de manter promessas e contratados (fidelidade); obrigações de dizer a verdade (veracidade); obrigações de não revelar informações, de respeitar a privacidade e de proteger informações confidenciais (confidencialidade).

Así que, a partir del principio de la *dignidad de la persona humana*, el cual presente hoy en la gran mayoría de los Estados como precepto humano fundamental, pasó influir en todas las relaciones personales y sociales.

En razón de eso es que está garantizada también, la inviolabilidad de la *vida, de la salud, de la intimidad, de la privacidad, de la honra y de la imagen de las personas*, lo que a su vez, asegura la indemnización por los daños material, moral y estético causados, cuando ocurra la violación de esos derechos y garantías.

De esa forma, la modernidad y transformación de las relaciones médico-pacientes a lo largo de la historia humana, principalmente con el advenimiento de bioética en cuanto materia interdisciplinaria direccionada en la preservación de los valores supremos de *la vida, la ética, la dignidad y de la libertad*, que se consagró a partir del *Informe Belmont*¹⁶ y sigue con las declaraciones internacionales que se produjeron en el ámbito de las comunidades políticas y científicas, es que la responsabilidad médica rompió la barrera de la simplicidad impuesta en el análisis culpa/dolo – nexa – daño, que muchas veces, se revelaba en verdadera injusticia para con el paciente.

En Brasil, los principios bioéticos son adoptados como normas constitucionales, o si no, como normas su-

¹⁶ Publicado en 1978, por la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research en los EUA.

pralegales, conforme sean adoptadas y por fuerza de lo dispuesto en la Constitución¹⁷. Incluso los principios se revelan en las propias normas contenidas en la Constitución Brasileña. Por ejemplo el principio bioético de la *justicia* está textual y taxativamente explicitado en su artículo 196, que aduce:

La salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado por medio de políticas sociales y económicas que procuren la reducción del riesgo de enfermedades y de otros agravios y el acceso **universal e igualitario** a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

En la Argentina, conforme enseña Rabinovich-Berkman, también ingresaron en su ordenamiento jurídico las normas y principios declarados en los tratados internacionales, en los términos del segundo párrafo, del inciso 22, del artículo 75, de la Constitución Nacional.

Para Rabinovich-Berkman (2007, p. 8), la forma como los tratados internacionales de derechos humanos integraran la Constitución Nacional Argentina no es la más deseada, conforme sus severas críticas, *in verbis*:

Estos ingresaron, sí, pero por la puerta de atrás, en forma indirecta y limitada. Porque (y esto también había sido acordado en Olivos) al disponerse las “atribuciones del Congreso”, en el inciso 22 (no en el primero, ni siquiera en el segundo...) del extensísimo artículo 75 (casi al fondo), se confirió “jerarquía constitu-

¹⁷ Normas supralegais en los términos del §2º, do art. 5º, o normas constitucionales en razón al régimen de probación establecido en el §3º, do art. 5, de la Constitución Federal de Brasil.

cional” (aunque aclarando: “en las condiciones de su vigencia”) a una serie de declaraciones y convenciones internacionales, que tratan sobre aspectos de los derechos que nos interesa aquí. De modo que hoy, en pleno siglo XXI, si un abogado argentino debe defender la prerrogativa de su cliente a que, digamos, no se le extraiga un riñón en contra de su voluntad, en lugar de citar en apoyo de su postura algo así como el artículo primero, o segundo, o tercero, de la Constitución Nacional, tiene que invocar el art. 75 inciso 22 segundo párrafo, y luego mencionar los textos internacionales en que se ampara el derecho de la persona sobre su cuerpo, y los artículos respectivos dentro de estos. Realmente, no parece una manera acorde con la importancia que supuestamente se atribuiría a estas facultades [...].

Tal como entiende el profesor Rabinovich-Berkman que los referidos tratados merecían del legislador constituyente un especial destaque, desde Brasil el profesor Baracho (*In Guerra*, 2005, p. 66) reconoce en la Constitución Argentina un gran avance en materia de protección a personalidad y de consagración de los derechos humanos:

Destaca-se, na doutrina daquele país, as normas constitucionais que consagram o “princípio da reserva” e protege a esfera da privacidade da pessoa e sua autodeterminação, nas ações denominadas “autoreferentes”, desde que não afetem a moral pública, nem os direitos legítimos de terceiros. Ao mesmo tempo a Constituição reconhece e protege os “direitos implícitos” ou “direitos e garantias inominados ou não elencados”. O texto de 1994, no art.

75, 22, outorga hierarquia constitucional a instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, reconhecendo os tratados, hierarquia superior às leis.

Aunque, los principios bioéticos integran también las normas deontológicas¹⁸ impuestas a los médicos, en su incumplimiento se revela una ofensa a los dictámenes normativos profesionales, lo que, por sí sólo, ya trae una presunción de mala praxis médica.

De esta forma, todo el actuar comisivo u omisivo médico que ofenda la *autonomía* del paciente, cause *maleficencia* o, aún, no asegure el acceso *justo* a todos los recursos a salud ofende, lesionando la *dignidad*, por consecuencia, Derechos Humanos Supremos, consagrados y asegurados por los Estados que son signatarios de los tratados internacionales de bioética y derechos humanos, y se traduce también en responsabilidad médica que produce la necesidad de reparación.

3.3 La responsabilidad médica en consecuencia del actuar sin el previo consentimiento informado y esclarecido.

3.3.1 El consentimiento informado.

Como consecuencia de la consolidación de los principios basilaes de la bioética y, de entre ellos, la *autonomía*, definida como respeto a las personas, se desarrolló la necesidad en el actuar médico del deber de informar el paciente y de obtener su consentimiento para legitimar la intervención necesaria. La exigencia del consentimiento informado sintetizó el respeto a la autonomía del paciente, siendo ampliamente reconocido en los códigos de ética médica de varios países y, hasta en legislaciones específi-

¹⁸ Código de Ética Médica Brasileño.

cas, principalmente cuando se identifica la disminución de esta autonomía por motivos diversos, etarios o por consecuencia del desarrollo de la propia dolencia.

En la Argentina el consentimiento informado surge a partir de la ley de trasplante de órganos de 1977, evolucionando su concepto a partir de entonces, principalmente con su amplia aplicación por el Poder Judicial, conforme informa Baracho (*In Guerra*, 2005, p. 67):

Na legislação Argentina o conceito de consentimento informado apareceu após a lei de transplante de órgãos, nº 21.541, de 1977, que passou a ser tratado na Lei nº 24.193, 1993.

[...] Em várias sentenças posteriores, o conceito de consentimento informado, por via da analogia, foram examinados em temas médicos e bioéticos, de conformidade com o art. 16 do Código Civil Argentino. [...] No mesmo sentido, a Lei nº 23.978 e o decreto que a regulamentou, de nº 1.244, nos anos de 1990 e 1991, contêm normas expressas sobre o consentimento informado.

El deber de informar significa que el médico necesita establecer un relacionamiento abierto al dialogo con su paciente, informándolo de la gravedad de la dolencia, de las investigaciones necesarias para comprensión de la extensión o grado de avance, los muchos tratamientos posibles y el desarrollo de cada uno (en cuanto es invasivo y doloroso cada tratamiento), los beneficios posibles alcanzados bien como los riesgos de ese procedimiento. Bernstein (2005. p. 86) define los principales elementos que deben ser informados para la obtención del consentimiento:

a) Naturaleza de la decisión o del procedimiento; b) Alternativas razonables a la intervención propuesta; c) Riesgos, beneficios e incertidumbres más importantes relacionados con cada alternativa; d) Evaluación de la capacidad de entendimiento del paciente; e) Aceptación de la intervención por parte del paciente.

A su vez, a la par de todas las informaciones necesarias, tiene el paciente el derecho de confrontar los tratamientos ofrecidos con sus propios valores subsecuentes del proyecto de vida trazado, para entonces contrabalancear los beneficios y los riesgos inherentes a cada uno y, entonces, consentir o no con el tratamiento. Pero, el necesario consentimiento informado no podrá nunca resumirse en un documento preestablecido o elaborado por el hospital que traiga informaciones generales y solicitud de autorización de tratamientos. Esos documentos no son aceptados por la doctrina y jurisprudencia como jurídicamente válidos para reconocer el respecto a *autonomía* del paciente. Acerca de eso enseña Berstein (2005. p. 86):

El consentimiento informado no es una acción aislada destinada a lograr que el paciente firme un documento autorizando al equipo de salud a realizar tal o más cual tratamiento o investigación. Es un proceso donde todas las acciones para la salud en cualquiera de los tres niveles de prevención debe ser explicado. Cada examen complementario o fase del tratamiento, sobre todo los más invasivos y dolorosos, deben ser informados con los beneficios que aportaría y los riesgos que conlleva.

En el mismo sentido Duque (1999) enseña que el consentimiento informado es más un proceso de comunicación que un acto formal de carácter meramente documental:

Es un proceso gradual, no un papel ni un documento. Por esta razón, entendemos que consentimiento informado es más un intento dialogado para superar distancias y lograr aproximaciones empáticas más allá de un formalismo legal, el cual, en ciertas circunstancias y formalidades, puede incluso congelar e inhibir el ambiente de confianza requerido para que la relación médico-paciente sea exitosa. Según sea su forma de redacción y contenido, el documento puede, incluso, colocar al profesional en el ejercicio de una Medicina a la defensiva, la cual es contraria a los intereses del paciente y de la sociedad. Actitud defensiva que puede ser percibida por el paciente como una actuación tendiente a proteger contra la irresponsabilidad al mismo profesional de la salud, lo cual aminora la confianza del paciente y le coloca en expectativa para no dejar perder el menor atisbo de error en la actuación del profesional.

En verdad no se exige que el consentimiento del paciente sea expreso, siendo posible consentir de toda y cualquier forma válida y verificable, desde que haya sido informado eficazmente acerca de todas las implicaciones médicas.

Otra cuestión muy importante acerca de la validez del consentimiento es que haya sido asegurado al paciente el ejercicio pleno de su libertad en evaluar los diversos aspectos sin sufrir cualquier tipo de coacción. Esa expresión plena de la libertad sin cualquier especie de coacción envuelve un gran plexo de cuestiones, una vez que no se puede concebir hoy un individuo que disfrute tal plenitud de libertad y, por eso, que lo coloque ajeno a las coacciones sociales propias de la construcción del modelo familiar y capitalista. Decir que la familia no influenciará en la decisión a ser tomada por el paciente, que no ejercerá cierta coacción psicológica para que tome determinada deci-

sión y consienta con un u otro tratamiento, es descaracterizar al individuo como ser sociable e inserto en el tejido social. Por eso, esta especie natural de interferencia no debe ser considerada como apta a reducirle el discernimiento y autonomía, al contrario, compone ella el propio proyecto de vida del individuo, sus valores, concepciones y creencias. Ya en lo que concierne a interferencias en la capacidad de decidir libre del paciente en razón del sufrimiento o mismo como secuela del avance de la dolencia, deberá ser apreciado caso a caso, prestigiándose siempre al máximo la autonomía del individuo como corolario de su propia dignidad como persona humana.

Pero no se puede decir lo mismo de la influencia o inducción a determinadas decisiones por el médico que, debido a autoridad conferida por su saber y posición debe abstenerse, al máximo, en conducir las decisiones del paciente, auxiliándole solamente con todas las informaciones necesarias. Tal proceder aún es por demás difícil para los médicos, formados en una cultura paternalista, ya hace mucho instalada en el medio profesional, que, no obstante, necesita ser superada. No se quiere con eso disminuir la importancia de las decisiones medicas advenidas del estudio y actuar ético, al contrario, buscase una construcción de decisiones interactivas entre médico-paciente, en respeto mutuo entre profesional y paciente. Muchas veces la actuación implica decisiones urgentes, no proporcionando el previo consentimiento o asimismo información en momentos que exigen decisiones rápidas, pues el no actuar implicará consecuencias graves para la salud y la vida del paciente. A su vez, pasado el momento crítico y restablecida la autonomía del paciente, este debe ser informado de todo y consentir en el tratamiento que se seguirá.

Otra cuestión de graves implicaciones es el reconocimiento de la disminución de la autonomía por razones

etarias o de incapacidad del paciente de comprender plenamente el tratamiento y sus implicaciones. En esos casos las informaciones deberán ser llevadas al conocimiento del responsable legal del paciente, el cual deberá consentir en el tratamiento, respondiendo por todo y cualquier consecuencia de sus elecciones.

La exigencia del consentimiento informado ha sufrido severas críticas por parte de la clase médica, que comprende tal deber como una restricción del actuar del profesional médico que detenta ciertamente el conocimiento técnico y práctico necesario para buscar la beneficencia a favor del paciente. Aún se puede afirmar que más una vez no sólo de dolencias físicas padece el hombre. No raras veces las dolencias se desarrollan como consecuencia de un mal psíquico y, no reconocer la autonomía, el autogobierno de los individuos, es imponerles muchas veces un mal en la conciencia, en sus convicciones, el que implica ciertamente en maleficencia.

3.3.1.1 Consentimiento libre y esclarecido.

A partir de la consolidación de la autonomía en cuanto uno de los principios rectores de la bioética y, del consentimiento informado como corolario de este principio, pasaron a ser desarrolladas reglas para atender a estas normas-principio, surgiendo, a partir de entonces, nuevas vertientes de la concepción del consentimiento informado como medios capaces de atender plenamente al principio de la autonomía.

De entre estas vertientes surgió en la doctrina el consentimiento libre y esclarecido, como más eficaz al completo alcance respecto de la autonomía del paciente. Los que defienden esta concepción asignaron primeramente que el acto de consentir tiene que ser calificado, o sea, libre de cualquier injerencia externa capaz de viciar la de-

cisión del paciente, el que, como se ha visto, también debe ocurrir en el consentimiento informado.

Los defensores de ese consentimiento calificado entienden que su validez no se limita a la libertad de elección frente a la información y exigen que esta información sea, en verdad, un esclarecimiento amplio sobre todas las implicaciones inherentes al tratamiento. Así, la plenitud respecto a la autonomía del paciente solamente estaría contemplada si y cuando el médico estableciera un canal de comunicación claro y completo con el paciente, de forma que no solamente le informe del mal que le aflige, sino también de los exámenes necesarios, de los tratamientos posibles y consecuencias sobrevenientes de todo el plan de acción médica. La comprensión sobre la necesidad de profundizar en las informaciones, propiciando, de facto, esclarecimiento, proviene de la interpretación de las recomendaciones de la Declaración de Helsinki, que en su artículo 22 dispone:

Em toda pesquisa em seres humanos, cada indivíduo deve receber informação adequada sobre os objetivos, métodos, fontes de financiamento, possíveis conflitos de interesses, vinculação institucional do investigador, benefícios calculados, riscos previsíveis e danos derivados da pesquisa. A pessoa deve ser informada do direito de participar ou não da pesquisa e de retirar seu consentimento em qualquer momento, sem se expor a represálias. Depois de assegurar-se de que o indivíduo entendeu a informação, o médico deve obter então, preferivelmente por escrito, o consentimento esclarecido e voluntário do indivíduo. Se o consentimento não pode ser obtido por es-

crito, o processo para obtê-lo deve ser documentado formalmente mediante testemunhas.

La Declaración de Helsinki explicita aún que:

Ao obter o consentimento esclarecido para o projeto de pesquisa, o médico deve ter especial cuidado quando o indivíduo está vinculado com ele por uma relação de dependência ou se consente sob pressão. Neste caso, o consentimento esclarecido deve ser obtido por um médico bem informado que não participe da pesquisa e que nada tenha a ver com aquela relação.

Como se lee en esas reglas el consentimiento acá es precalificado por el esclarecimiento amplio, en lenguaje accesible al paciente. Otros reglamentos posteriores incorporaran esta precalificación como requisito del consentimiento valido. En Brasil, el capítulo IV de la Resolución 196/96, de Consejo Nacional de Salud, que trata del consentimiento libre y esclarecido, define que:

O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

Aunque ambos documentos se refieran específicamente al área de investigación médica, parece claro que tales recomendaciones pueden ser (y así sucede) transpuestas para la práctica clínica. Más allá de éstas, también existen reglamentos relativos al tratamiento que conducen

a una interpretación acerca de la exigibilidad de un amplio esclarecimiento al paciente. De entre ellas se puede citar la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997) que, entre otras recomendaciones, establece como regla general en su artículo 5º que una intervención en el campo de la salud solo puede ser realizada después que la persona ha dado su consentimiento libre y informado para el caso. El texto resalta que antes de una intervención la persona debe recibir informaciones apropiadas acerca del propósito y naturaleza del procedimiento, bien como sus riesgos. En el artículo 9º considera también que cuando el paciente no puede expresar su voluntad en el momento de la intervención, sus deseos previamente expresos, concernientes a intervenciones médicas, deben ser tenidos en cuenta.

El mismo sentido de exigir que el médico informe suficientemente (esclarezca) el paciente acerca de todos los aspectos que envuelvan a intervención médica, lo establecen las reglas contenidas en la Declaración Universal Sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos (Unesco, 1997) y la Declaración Ibero-Americana sobre Ética y Genética (Manzanillo, 1996).

Por fin, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por aclamación por la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, en 19 de octubre de 2005, establece en su artículo 5 y 6 acerca de la autonomía y del consentimiento:

Artículo 5. Autonomía y responsabilidad individual.

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los

demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

Artículo 6. Consentimiento.

1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esta entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

El Código de Ética Médica (Brasilia, 1999) vigente en Brasil trae un capítulo exclusivo sobre Derechos Humanos, en el cual la primera regla apunta sobre la necesidad del consentimiento esclarecido. Según ese documento es prohibido al médico dejar de obtener consentimiento del paciente o de su representante legal después de esclarecerlo sobre el procedimiento a ser realizado, a excepción de caso de riesgo inminente de muerte¹⁹, aún, cuando para la preservación de la autonomía del paciente, dispone en su artículo 24 que constituye infracción ética dejar de garantizar al paciente el ejercicio del derecho de decidir libremente sobre su persona o su bienestar, bien como ejercer su autoridad para limitarlo.

En los artículos 31 y 34 del Capítulo V, que trata de la relación del médico con pacientes y familiares, tam-

¹⁹ Art. 22 do Código de Ética Médica aprovado pela Resolução 1.931/2009.

bién han consagrado el principio de la autonomía, considerando que es prohibido al médico no respetar el derecho del paciente de decidir libremente sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas, a excepción del caso de inminente peligro de vida. También constituye infracción ética dejar de informar al paciente del diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y los objetivos del tratamiento, a excepción de cuando la comunicación directa le pueda provocar daño, debiendo, en ese caso, hacer la comunicación a su representante legal.

Esa visión moderna y en plena consonancia con los principios de la beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia presente en el Código de Ética Médica brasileño demuestra la preocupación de esa clase profesional con el respecto a los Derechos Humanos consagrados universalmente.

En ese contexto, son oportunas las consideraciones lanzadas por Callegari (Rev. Bioética. 2010; 18(2), p. 367) sobre el reciente Código de Ética Médica brasileño:

Consoante a esses anseios da classe médica, o Código de ética Médica de 2009 altera a perspectiva do documento anterior, dando ênfase à autonomia do paciente, com quando assevera, por exemplo que o médico deve fazer aquilo que considera melhor para o seu paciente, desde que haja esclarecimento e consentimento do mesmo. A exemplo dos códigos de outros países, o Código de Ética Médica atual contempla princípios éticos fundamentais, como respeito absoluto pela vida humana, obrigação de aprimorar continuamente os conhecimentos e manutenção do sigilo profissional.

nal. Reafirma a incorporação de aspectos relevantes no campo da medicina, como: direitos dos médicos e pacientes, direitos humanos, doação e transplante de órgãos e tecidos, e pesquisa médica.

Nesse novo código, o capítulo dedicado aos princípios éticos fundamentais e direitos dos médicos são apenas orientadores de condutas, enquanto os deveres do médicos são considerados deontológicos e seus artigos passíveis de punibilidade. Com o avanço científico e tecnológico na área médica, assim como em decorrência dos novos deveres e direitos na relação médico-paciente, os profissionais vêm se deparando com situações de conflito ético em várias situações, como nos casos de reprodução assistida, definições sobre o início e terminalidade da vida, alocação de recursos, entre tantas outras – as quais foram incorporadas no código atual.

El Consejo Federal de Medicina en Brasil ha dado plena aplicación a las reglas de su actual Código de Ética Médica que ya se hacían presentes en el Código anterior²⁰, con especial preocupación respecto a la autonomía del paciente y a la necesidad del consentimiento informado. Algunas decisiones disciplinarias en recurso de apelación de proceso ético-profesional refuerzan esa afirmación. En los términos de cierto voto de un consejero esos procesos definen que el médico debe respetar la autonomía del paciente, no debiendo tomar decisiones por el paciente a no

²⁰ Código de Ética Médica aprobado por la Resolución CFM n.º 1.246/88.

ser en riesgo inminente de vida²¹ y que comete falta ética el médico que realiza procedimiento no autorizado por el paciente desobedeciendo al principio de la autonomía, aun que sea movido por buenas intenciones²².

Como se desprende del entendimiento de los fallos éticos, está el principio de la autonomía debidamente amparado en el Código de Ética Médica brasileño y el Tribunal Superior de Ética Médica del Consejo Federal de Medicina da primacía a la aplicación de las reglas deontológicas. También la doctrina contempla esta vertiente del consentimiento informado, afirmando la necesidad de prestigiar siempre y con la mayor amplitud posible el principio de la autonomía, el que justificaría exigir más que la simple información del médico, o sea, exigir esclarecimiento. En ese sentido, concluye Hélio Antônio Magno (*apud* GUERRA, 2005, p. 323) en un artículo que trata sobre la autonomía del paciente frente al profesional de la medicina:

1) O paciente tem que ser capaz para dar o seu consentimento, não só sob o ponto de vista do Código Civil, mas que tenha capacidade de pensar e decidir, capacidade de entendimento, de compreensão ampla de seu estado de saúde e do esclarecimento que lhe será proporcionado pelo médico, bem como de poder avaliar as al-

²¹ Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, Autos n. 3077-055/2001, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel, publicado no D.O.U. 06/11/03, Seção 01, p. 47.

²² Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, Autos 2867-053/2004, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel, publicado no D.O.U. 28/07/04, Seção 01, p. 76.

ternativas que lhe serão apresentadas e de decidir sobre elas. Modernamente, a tendência é exigir que o paciente tenha “alta capacidade para decidir”, nos casos de recusa de tratamento ou nos casos que envolvam grandes riscos para o paciente. Inexistindo capacidade, a família, ou o responsável legal, é quem deve ser informada e esclarecida e decidir pelo paciente. 2) O paciente deve ser amplamente informado e esclarecido pelo médico sobre seu estado de saúde, as opções de tratamento, os riscos e benefícios, de modo que o mesmo possa decidir conscientemente o que será melhor para ele. Para que isso seja possível, deve ser repassado ao paciente o maior número de informações possíveis, em linguagem acessível ao mesmo e, logo após, indagar se o mesmo compreendeu tudo que lhe foi dito. O processo deve ser repetido quantas vezes for necessário e em casos mais complexos, pode demandar várias entrevistas do médico com o paciente, até que o mesmo tenha compreendido tudo que lhe foi dito.

Justifica el doctrinario citado, antes de sus conclusiones, en su excelente artículo, que la información sola no es suficiente para subsidiar la comprensión de los riesgos por el paciente, siendo, por lo tanto, necesario el esclarecimiento. Inclusive cuando se busque en esta interpretación textual atribuida un nuevo concepto de exigencia al consentimiento, algunas consideraciones necesitan ser hechas.

Primero, sin embargo que el término “esclarecido” tenga un alcance más amplio de que el “informado”, el uso

de una u otra terminología en las reglas establecidas no irá imponer una menor o mayor obligación al médico. A propósito, éste es el espíritu de las normas principiológicas que orientan la bioética, lo que reafirma la gran ventaja en elegirse principios y no reglas. Por eso, aunque contenga la regla que el consentimiento procede de información y no de esclarecimiento, una interpretación teleológica fundada en los principios bioéticos sólo puede conducir a la conclusión de que siempre deberá el médico establecer un diálogo claro y suficiente para respetar la autonomía del paciente, sob pena de infligir preceptos humanos caros y, por eso, responder a la falta ética cometida.

Por otro lado, exigir la información o esclarecimiento del médico también no es imponer lo que parte de la doctrina tiene denominado *dictadura de la autonomía y de la voluntad del paciente*, que no es realmente lo que se ambiciona con la exigencia del respeto a los principios bioéticos consagrados. El profesional médico es - sin duda - quien detenta el conocimiento técnico necesario para proporcionar el bien al paciente. Es también quien está capacitado para evaluar su conducta dentro de los preceptos éticos, del respeto a la autonomía y a la prestación de informaciones al paciente para obtener su consentimiento al tratamiento, que no sustraiga del médico su papel activo y fundamental en el ejercicio de su profesión. Lo que se busca con el consentimiento informado o esclarecido es la integración médico-paciente en la búsqueda del mejor resultado, conforme enseña Berstein (2005, p. 85), concluyendo que:

Aceptar la autonomía del paciente (respetar la capacidad de las personas para la toma de decisiones, desacreditando parcialmente el paternalismo médico) logra que el paciente pase de ser receptor del tra-

tamiento, para erigirse en socio del plan terapéutico.

Además, las informaciones o esclarecimientos a ser prestados al paciente deberán pasar por la discrecionalidad del médico; no se exige que el paciente tenga comprensión de los aspectos técnicos, más sino de los riesgos que ellos implican y beneficios buscados con el tratamiento, de forma de poderse preparar y hasta colaborar para su éxito. En ese contexto, Marín (1999), en un artículo acerca del alcance y extensión del consentimiento informado, enseña:

La facultad discrecional que tiene el Profesional de la Salud para graduar el contenido de la información y su forma es uno de los aspectos que presenta mayor sutileza fáctica y jurídica, si decimos que está obligado a informar absolutamente todo o que directa o indirectamente tenga que ver con el usuario del servicio, en protección de la autonomía del paciente, ello de por sí constituiría un imposible fáctico y por ende jurídico (a lo imposible nadie está obligado). Y estaríamos cayendo en lo que se ha dado en llamar la dictadura de la autonomía de la voluntad del paciente.

De donde surge que el médico avalará el resultado práctico de las informaciones a ser revisadas por el paciente, buscando siempre respetarle la autonomía como ser humano portador de dignidad. Solamente no le serán prestadas informaciones en casos excepcionales que la legislación ya prevé, como en situación de urgencia en que no es posible la información al paciente o familiares, o existiendo un primer estado de inconsciencia o perturbación ante el riesgo inminente de vida. Las demás hipótesis son por

la falta de tiempo ante la gravedad y urgencia en el actuar médico.

A propósito, acerca de estas situaciones el Tribunal Superior de Ética Médica del Consejo Federal de Medicina Brasileño se ha reiteradamente manifestado, reconociendo los casos de excepción a la previa obtención del consentimiento informado²³.

Por eso, mantiene el médico cierta independencia discrecional acerca del cumplimiento de su obligación de información al paciente, cuando estén presentes elementos que justifiquen la mitigación del deber de informar, en casos excepcionales. Así, en una interpretación teleológica teniendo como fundamento el principio de la autonomía, exista o no la regla que imponga la información o el esclarecimiento para obtención del consentimiento del paciente al tratamiento, el médico deberá siempre pautar su actividad profesional inspirado en las normas principiológicas que irradia la bioética para trabar con el paciente una rela-

²³ RECURSO EM SINDICÂNCIA. RECURSO DE ARQUIVAMENTO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE INFRAÇÃO ÉTICA. MANUTENÇÃO DO ARQUIVAMENTO. I- Não comete infração ética o médico que, em situação de urgência e em condições psicológicas desfavoráveis, deixa excepcionalmente de solicitar o consentimento informado, visando o benefício do paciente, embora os princípios bioéticos estejam cada vez mais restringindo estas exceções. II- Recurso de Apelação conhecido e negado provimento. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da Câmara Especial nº 03 do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que determinou o ARQUIVAMENTO dos autos, nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator. (Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, Autos n. 6010/2004, Câmara Especial nº 3, Relator Conselheiro Elcio Luiz Bonamigo, D.O.U. 16/05/2006, Seção 1, p. 78).

ción próxima y de confianza, transmitiendo el máximo de informaciones claras sobre su cuadro de salud, los exámenes necesarios, sus consecuencias, tratamientos posibles y resultados esperados, para que éste pueda elegir cual conducta es más conducente con su proyecto de vida.

Asimismo se acepta que la muerte es el desencadenamiento natural de todo proceso vital, siendo comprendida por los individuos de formas diferentes conforme sus propias convicciones religiosas, filosóficas y sociales. Por eso, no se debe a toda costa combatir ese proceso que tiene por fin la muerte, pues su retardamiento muchas veces implica efectos indeseables que causan mucho más prejuicios físicos y psicológicos al individuo, suprimiendo o retirándole la propia dignidad.

3.3.1.2 Consentimiento educado.

Esta otra vertiente es defendida en el modelo médico comunitario practicado en Cuba, como función del médico en no solamente informar y tratar de acuerdo del consentimiento del paciente, más sin informar al paciente tanto cuanto sea necesario con el objetivo de educarle para que cambie algunos padrones de comportamiento y con eso evite complicaciones o desdoblamientos de la dolencia, dejando así de ser objeto de tratamiento para ser sujeto de tratamiento. Se exige aún la obligatoriedad de amplia información y esclarecimiento al paciente en respeto al principio de la autonomía, pues aunque tenga el paciente el derecho de recibir informaciones sobre su propio estado de salud y todos los aspectos del tratamiento posibles, esta obligatoriedad debe sufrir cierta mitigación en casos de enfermedad de larga duración, que pueda desencadenar crisis psicosomáticas.

Obsérvese que casos como esos que necesitan cierta mitigación del deber de informar son excepciones y

deben ser plenamente justificables, manteniéndose la norma general de información que puede traer grandes beneficios al tratamiento, incluso permite adoptar una postura de educación para el paciente en su comportamiento orientado por el médico, evitando así complicaciones de variada naturaleza durante todo el proceso de combate a la dolencia.

El educar que califica el consentimiento es exactamente la prestación de información necesaria para la comprensión del paciente de la dolencia, de los tratamientos y sus varias etapas, adoptando el médico una postura activa en debatir los comportamientos sociales cotidianos del paciente de forma de esclarecerlo de la necesidad de abstenerse de ciertas conductas, como, por ejemplo, el consumo de bebidas alcohólicas, el tabaquismo, la alimentación no saludable, el ejercicio físico en demasía o desorientado, la excesiva vida nocturna, de entre otros aspectos de conductas que influirán en el éxito o no del tratamiento escogido por el paciente.

Ese actuar médico activo no implica la supresión de la información, ni interferencias indeseables en la autonomía del paciente. Al contrario, privilegia la amplia información y esclarecimiento como instrumentos de educación del comportamiento del paciente para obtención de mejores resultados en el tratamiento elegido libremente por él.

Acerca de este punto, Porro (2006) en un artículo publicado en la Revista Cubana *on-line* de Salud Pública, concluye:

Se insiste ahora en declarar que el uso adecuado del consentimiento informado es un avance importante en la práctica médica, se pudiera mantener ese nombre

despojándolo de la regla que impide al médico realizar su trabajo como educador y guía de la salud, pero como en realidad se preconiza otra forma de actuar preferimos llamarlo consentimiento educado.

Es claro que esta función activa del médico frente al paciente en el intento de educarle, el facultativo deberá comportarse conforme a los valores y motivaciones del paciente, interviniendo así en aspectos íntimos lo que, no necesariamente, implica cualquier coacción capaz de ofender la autodeterminación de su vida.

Tratándose de salud y vida de las personas, bienes inalienables, esto no significa discutir reglas absolutas que limiten la actuación del médico y hasta de la sociedad en cuanto organizada en un Estado que asume responsabilidades en nombre de todos. Así, que el principio de la autonomía asegure al individuo la participación activa en todo lo que al respecto le concierna, especialmente a su vida y salud. Por otro lado, la utilización de ese principio no impone un vaciado de la responsabilidad social inherente a actividad médica, o sea, la exclusión total de la participación del médico en los procesos de elección por el paciente. Tal situación no es deseable y no trae los beneficios esperados por todos al elegir principios basilares que aseguren la libertad y ejercicio pleno de derechos.

Dentro del contexto de un consentimiento educado en los moldes que la doctrina médica cubana ha propuesto, la relación médico-paciente asumiría contornos deliberativos, asegurándose la decisión final al paciente en respeto a su autonomía. Tal modelo de relación basada en el consentimiento educado se establece sin alejar al médico de la participación activa, como afirma el médico cubano Porro (2006):

El médico debe ser un abogado de las acciones preventivas, curativas y de rehabilitación de sus pacientes y un educador que lucha para que en la jerarquía de valores y en la escala de motivos de sus enfermos, estas acciones ocupen un alto lugar jerárquico en el momento de la toma de decisiones por ellos. En esta relación deliberativa debe lucharse para que sea el paciente el que oferte los sacrificios que está dispuesto a hacer en cuanto a cambios de hábitos y costumbres dañinas para la salud. En la búsqueda de un estilo de vida más saludable, el médico debe tener paciencia y comprender que ir dejando que el paciente logre un pequeño cambio tras otro puede conducirlo a la meta deseada. Los obstáculos que conducen al paciente a decisiones autonómicas no deseadas pueden ser externos o internos, entre estos últimos, el miedo no controlado y en ocasiones irracional a las acciones médicas es un problema frecuente que exige de la participación del equipo de salud en la ayuda del paciente. No parece ético decirle al paciente: la decisión es tuya cuando estés listo vuelve a verme.

Esta es la interactividad médico-paciente deseada, donde haya mutuo respeto, del médico para con la autonomía del paciente y del paciente para con el conocimiento y compromiso ético del médico en promover el bienestar. Por eso, informar, esclarecer y educar parecen conductas concatenadas, con el objetivo de asegurar un consentimiento realmente válido, que represente el verdadero

sentido del principio de la autonomía responsable. No está demás reconocer la presencia en esta vertiente presentada del consentimiento educado, aunque mitigada, del carácter relacional del modelo hipocrático, tan criticado en la contemporaneidad en razón de su papel paternalista, hoy inaceptable frente a los principios bioéticos que informan a medicina.

También es necesario reconocer en el pensamiento del *jusfilósofo* D'agostino la coherencia que permite o por lo menos propone la convivencia pacífica entre el modelo hipocrático y los principios bioéticos modernos. Siendo que, desde punto de vista histórico, resulte bien posible que matrices hipocráticas (desarregladas) están en la base de la sensación de la disconformidad que vive la medicina actual, es innegable que ese modelo, en principio, no merece absolutamente tales acusaciones (lo que no significa que estas no tengan vínculos objetivos con los hechos), en virtud de ser asimilables más a las acusaciones que Platón promovía al “médico de los esclavos”. Por eso, nos parece razonable y perfecto en un actuar ético el informar y educar al paciente, para que, consintiendo éste (respeto a la autonomía), sea preservada la relación interactiva y ética (hipocrática) médico-paciente para que la dolencia resulte conocida y combatida conforme la voluntad del paciente y dentro de un plan de acción comprendido por éste y formulado por el médico.

Ese es el actuar médico, como bien resalta D'agostino (2006, p. 46), “*ter a consciência de que só pode ser considerado médico aquele que se refere ao paciente como pessoa, na radical universalidade que esse termo veicula*” y, por eso, reconociendo sus deberes éticos de sólo actuar en la medida necesaria para proporcionar el bienestar de su paciente, reconociendo los límites de inter-

vención solamente para educar, sin usurpar la autodeterminación de la persona que él trata.

3.3.1.3 Capacidad para consentir.

Una importante cuestión jurídica que envuelve el ejercicio de la autonomía por el paciente es su capacidad para consentir, toda vez que el Derecho regula varias hipótesis en que la capacidad para determinados actos de la vida civil no existe o es reducida por aspectos etarios y psicobiológicos.

La capacidad es requisito esencial de la validez del consentimiento, sin el cual él es nulo, no generando ningún efecto jurídico o incluso ético. Existe una gran disparidad de conceptos adoptados para atribuir o no la capacidad etaria en los variados órdenes jurídicos de las diversas sociedades organizadas en Estados independientes y supremos dentro de su extensión territorial. Hay aún algunos aspectos que reducen o suprimen la capacidad para consentir aunque se dé la edad necesaria para la mayoría civil, de lo que resultan importantes cuestiones jurídicas respecto a la validez del consentimiento.

3.3.1.3.1 La capacidad etaria para consentir.

Un primer asunto que debe ser considerado para cotejar acerca de la validez del consentimiento del paciente en someterse o no a tratamientos propuestos, con todas sus implicaciones y complejidades es la capacidad jurídica adquirida por el establecimiento de una edad mínima, considerada conforme el ordenamiento jurídico de cada Estado. Esta capacidad es presumida, o sea, es una ficción jurídica que solamente se da por sí, en tanto no se demuestre que la persona no posee el discernimiento compatible en razón de algún mal físico o psíquico.

En Brasil, la mayoría civil es establecida en el Código Civil²⁴, que actualmente fija tal condición a la edad cumplida de 18 años. Asimismo, considerase como de incapacidad relativa el período inmediatamente anterior a esa edad siendo, por eso, reconocida cierta capacidad en aquellos que aún no tienen 18 años, pero ya posean 16 años, independientemente de su sexo.

La primera cuestión que se presenta en relación a la capacidad de consentir es con relación a la exigencia o no de la absoluta capacidad civil o si se reconoce a los relativamente capaces en los términos de la ley civil, de forma plena o relativa. En términos legales, no hay en Brasil una norma específica acerca de la cuestión, siendo solamente posible un análisis legal que considere normas de las cuales, implícitamente, se permita una interpretación lógica.

La cuestión del ejercicio pleno de la autonomía debe ser apreciada en una interpretación armónica entre el Código Civil que establece la regla de la presunción de la plenitud de la capacidad etaria y el Estatuto de los Niños y Adolescentes, que asegura el respeto a la autonomía²⁵ tanto del niño cuanto del adolescente. Esta autonomía erigida como respeto a la dignidad humana por el Estatuto Brasileño encuentra límites en la propia capacidad de discernimiento, inteligencia y grado de madurez de la persona, rechazando así una ficción jurídica.

En razón de esta norma, entiendo plenamente aplicable en el Derecho Brasileño la doctrina norteamericana

²⁴ Art. 5º, Código Civil Brasileiro.

²⁵ Ley nº. 8.069/90, art. 17: “*O Direito ao Respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais*”.

del *menor maduro*. A respecto de esa teoría Berstein (2005, p. 90) enseña:

La corte de algunos estados han adoptado lo que se denomina la norma, regla o disposición del menor maduro, entendiéndose por tal al mayor de 14 años, con madurez, inteligencia y discernimiento para comprender la naturaleza de su enfermedad y las consecuencia de no realizar o posponer tratamientos. El criterio casi unánime para llegar a esto fue la convicción de que si no se aseguraba el acceso a la confidencialidad, los adolescentes simplemente dejarían de buscar consejo o la ayuda médica que ellos desean o necesitan.

Eso quiere decir que siempre que el grado de comprensión del niño y del adolescente permitan que él participe en la toma de decisiones, debe ser respetada su autonomía y, conforme la gravedad del caso y conflicto entre las decisiones del niño o adolescente y sus padres o responsables legales, se impone que la cuestión sea discutida judicialmente, asegurando así al máximo la autodeterminación de la persona humana.

Es claro que si el tiempo no permite que se busque una solución judicial, la ética médica impone a los profesionales involucrados que privilegien la decisión que mejor proteja a preservación de la salud y de la propia vida del niño o del adolescente. No quiere la ley y la sociedad que niños y adolescentes, aún en proceso de formación en cuanto personas aptas para responder por sus actos, actúen de forma de suprimir la opinión o igualmente el control que sus padres o representantes legales tienen sobre ellos. Con esto se busca permitir que todos los involucrados

puedan comprender ese complejo proceso médico de investigación y tratamiento de los males físicos y psíquicos. Así, aunque la participación efectiva del niño o del adolescente sea obligatoria por el respeto a su autonomía, deben los padres o representantes legales tener en rigor la última palabra sobre el consentimiento y solamente es este poder mitigado en casos especiales.

Ese pensamiento que privilegia la capacidad efectiva del niño o del adolescente en participar de la toma de decisiones acerca de su vida, ha sido difundido en las principales declaraciones internacionales que tienen como objetivo discutir los derechos humanos, por ejemplo el Convenio de Asturias de Bioética (Oviedo, 1997), del cual destacase el artículo 6, que trata de las personas que no tienen capacidad para expresar su consentimiento:

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo; 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez²⁴.

Conforme se puede verificar en la norma arriba citada, aunque el menor no tenga capacidad para consentir, aun así debe ser respetada su opinión conforme edad y

grado de madurez. Otras declaraciones de importante contenido en el escenario internacional contemplan el respeto a autonomía de los niños y de los adolescentes, por ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención Sobre los Derechos de los Niños adoptada por la ONU, la Declaración de Mónaco: Bioética y los Derechos de los Niños. Conforme Magno (*apud* GUERRA, 2005, p. 328) esta última trata con especialidad el tema, prescribiendo que:

As medidas tomadas para assegurar a proteção dos direitos das crianças devem ser adequadas a seu grau de autonomia. A criança deve participar na tomada de decisões relativas tanto a sua saúde quanto a sua educação, de maneira crescente e mais qualificada, à medida que sua autonomia se afirmar. Cabe aos pais aceitar essa necessidade. Quando houver diferença de interesses, o interesse da criança deve, em princípio, prevalecer sobre o do adulto.

Por esa vía de análisis se puede concluir que la legislación brasileña es acorde con los preceptos internacionales, debiendo estar atento el médico cuando confronte con situaciones que le impongan el respeto a la autonomía de los niños y de los adolescentes, aunque a sus padres o representantes legales incumbe definitivamente el derecho de consentir válidamente.

3.3.1.3.2 Ausencia o reducción de la capacidad.

Aunque la persona sea civilmente capaz por disposición de la edad legal exigida, podrá ocurrir que por problemas en su desarrollo físico o mental se le impongan limitaciones que reduzcan o le retiren a capacidad de au-

todeterminación. De tal modo, en razón de una realidad fáctica es rechazada la presunción jurídica de la mayoría de edad civil. Así, los que por enfermedad o deficiencia mental, no tengan el necesario discernimiento para la práctica de los actos de la vida civil y, aún, los que igualmente por causa transitoria, no pudieren expresar su voluntad, no son aptos para consentir. También los que, por razón psíquica o patológica tengan el discernimiento reducido, dependen del consentimiento de sus representantes legales, aunque les deba ser respetada la autonomía conforme el grado de comprensión que poseen.

Aún, no son pocas las veces que el propio conocimiento de la existencia de la dolencia y la propia comprensión de los males decurrentes y de su acción en el cuerpo, bien como los efectos colaterales de su tratamiento, conducen algunas personas a un estado transitorio de sumisión, reduciendo asimismo su capacidad de actuar racionalmente en la toma de decisiones necesarias para su bienestar. Estas hipótesis comprenden un estado transitorio de reducción o incapacidad para el autogobierno, el que impone la interferencia de una persona responsable y capaz para sustituirle en el poder de consentir válidamente o no en los tratamientos propuestos y todo lo demás necesario respecto al conocimiento de la dolencia.

Al respecto, las normas establecidas por Convenio de Asturias de Bioética determinan que cuando una persona mayor de edad, según determina la ley, no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención como consecuencia de una disfunción mental, enfermedad o por cualquier otro motivo, ésta no podrá ocurrir sin la autorización de su representante o de una autoridad, sea persona o institución, designada legalmente para representarla. De cualquier forma, la persona afectada debe intervenir en la medida de lo posible en el procedimiento

de autorización, considerando aún que la autorización podrá ser retirada, en cualquier momento, en el interés de la persona afectada.

El artículo 7 de aquel convenio internacional, y que se refiere a protección de las personas que sufren trastornos mentales, establece:

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

El respeto a la autonomía de las personas que por alguna razón tengan su capacidad suprimida o reducida debe ser orientado por la máxima de la interpretación del principio de igualdad, cual sea, *tratar los iguales con igualdad y los desiguales en la medida de su desigualdad.*

Por eso, la igualdad impone el respeto a voluntad de todos en cuanto las decisiones que importen en su autonomía, mitigando esta autodeterminación en la medida en que aspectos psíquicos y físicos impongan limitaciones a su ejercicio pleno.

3.3.2 El daño a autonomía del paciente en consecuencia de la ausencia de obtención previa del consentimiento.

Este es el punto central de los análisis propuestos en ese estudio. A partir del examen de los aspectos de la

responsabilidad médica, de la bioética, de sus principios y reflejos en lo que trata la responsabilidad civil médica y, aún, en especial sobre el consentimiento informado, resta la investigación sobre la responsabilidad civil como consecuencia del incumplimiento del deber de informar ampliamente al paciente como condición para obtención de su consentimiento legitimador de la intervención médica.

La cuestión es objeto de gran controversia, incluso cuando no se concretiza un daño físico al paciente o, asimismo, si de la intervención resulte un beneficio.

Por eso es que sobre esta cuestión hay pocas sentencias, en especial en Brasil, conforme advierte Ragazzo (2006, p. 87) que, no obstante han ocurrido considerables avances en los últimos años “*as decisões judiciais ainda são insuficientes para conceber todos os aspectos e possíveis celeumas envolvendo a doutrina do consentimento informado*”, dándose por eso, en la doctrina un enfrentamiento más detenido sobre el problema, alternando los autores en grados de extensión, límites y condiciones.

La gran dificultad encontrada en la responsabilidad civil del médico es la ausencia, en algunos casos, de daños la salud, pudiendo hasta ocurrir una mejora en la condición física general del paciente, así que no estaría caracterizado uno de los elementos de la responsabilidad civil, cual sea, el daño.

En ese punto, Ricardo Luiz Lorenzetti, en su obra responsabilidad civil de los médicos (1997, Tomo 1, p. 211), basado en la regla del denominado *informed consent* del derecho anglosajón, afirma que la responsabilidad por el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado, constituye una lesión autónoma.

Lorenzetti (1997, Tomo 1, p. 211) trae el análisis de un importante fallo de la Corte Inglesa datado de 1.767, el caso “Slater *versus* Baker/Stepleton”, donde se responsabilizó al médico por haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del paciente, caso ese paradigmático en la historia de la responsabilidad civil médica, citado ampliamente en la literatura especializada, incluso en Brasil, conforme se constata en la obra de Miguel Kfoury Neto (2007, p.39), el cual concluye que la Corte condenó los médicos por quiebra del contrato en la relación asistencial con el paciente, siendo claro que el juez estaba preocupado tanto con la ausencia del consentimiento cuanto por la ausencia de información.

En otro caso también presentado por Lorenzetti (1997, Tomo 1, p. 211), “Schloendorff *versus* Society of new Cork Hospital”, la paciente, teniendo un fibroma, sufrió intervención quirúrgica y se extrajo el tumor, no obstante se trataba en principio solo de una cirugía para confirmar un diagnóstico (no se consultó a la paciente sobre si deseaba o no la extracción) En este caso ocurrió el agravamiento del cuadro de la paciente, que tuvo otros males, de los cuales imputó al médico. El tribunal consideró entre sus argumentos que además de la responsabilidad por culpa hubo una invasión de la libertad.

A partir de esos casos emblemáticos citados, escribe Lorenzetti (1997, Tomo 1, p. 211) que:

El consentimiento debe ser fundado en la libertad, de modo que su ausencia importa una invasión que por sí sola resulta dañosa [...].

Naturalmente, en estos casos habrá que discriminar el nexo causal con el daño, examinando aquellos que suceden como de-

rivación de la afectación de la esfera de la libertad y los que derivan de un tratamiento culposo.

Con esas consideraciones, concluye Lorenzetti que es posible en el derecho Argentino la responsabilización por la ausencia de información. Incluso, al trazar los límites de esta responsabilidad, el doctrinario argentino acaba por establecer cierta mitigación considerando que la obligación de informar es secundaria a la actividad médica (1997, Tomo 1, p. 212-213):

Deben establecerse con precisión las consecuencias jurídicas de la omisión del deber de informar o de su cumplimiento defectuoso.

Siendo un deber secundario de conducta cuyo incumplimiento puede darse en la etapa precontractual, el mismo puede dar lugar a la nulidad y al resarcimiento del daño al interés negativo.

Durante el contrato, puede cumplirse correctamente la prestación principal y existir falta de información, o bien un cumplimiento culposo de la prestación principal y del deber de informar.

En estos casos hay que discriminar adecuadamente.

Cuanto el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto.

En cambio, cuando la prestación es correcta y no se informó, la cuestión es relevante. También lo es cuando no se puede probar claramente que hubo culpa en el incumplimiento de la prestación principal.

En estos casos hay que discriminar tanto la culpa como el nexo causal.

La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente, lo que se juzga conforme a los modelos prescriptos. No es necesario negligencia en el tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido.

Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no se somete al tratamiento la enfermedad le causará mayores perjuicios, y por ello es irrelevante la cuestión.

Debe demostrar que una persona común hubiera rehusado el tratamiento de haber sido informado. La Corte de los Estados, en la causa “Canterbury”, ya citada, estableció un standard objetivo, en términos de qué habría hecho una persona prudente en la posición del paciente si hubiera estado debidamente informada; aunque si el paciente en el caso particular pudo haber rehusado el tratamiento después de la

información, la Corte niega la indemnización si una persona razonable la hubiera aceptado bajo las mismas circunstancias.

Con lo cual se depende de las consideraciones de Lorenzetti, que para él, aunque el incumplimiento del deber de informar caracterice una lesión autónoma, solamente habrá responsabilidad civil relevante cuando de la lesión ocurra un mal mayor al paciente, o sea, que los males causados por la intervención médica sin el consentimiento informado sean más acentuados o relevantes de los que naturalmente ocurrirían en el proceso de la dolencia en caso de no sufrir el paciente la intervención. Así que, para Lorenzetti, no hay que hablar de daño moral puro consecuente de esta lesión autónoma.

En Brasil, Kfori Neto (2007, p. 40), también reconoce a posibilidad de una lesión autónoma en consecuencia de la ausencia del consentimiento informado, todavía, en la misma línea de pensamiento de Lorenzetti entiende ser exigida la prueba de un perjuicio y la demostración del nexo causal entre éste y la ausencia del consentimiento informado:

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica.

Para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de formação e o prejuízo final. Assim, o dano

deve ser consequência da informação falha ou inexistente, esta se liga àquele por nexo de causalidade. Exemplifica-se com a cirurgia de hérnia inguinal. Presente o risco de necrose do testículo, o cirurgião não transmite tal informação ao paciente. Ocorre a cirurgia, sem falha técnica – e a necrose se verifica. Será imputável ao médico o dano moral, por não ter advertido o paciente quanto àquele risco, que acabou por se concretizar: mutilação foi o resultado da necrose.

Ya en una visión más amplia acerca del patrimonio en juego, cual sea, la libertad y autonomía de la persona humana, Horacio G. López Miró (2000, p. 27) concluye que la ausencia del consentimiento informado, aunque no resulte en un daño físico o perjuicio, siempre implicará en un daño moral, por existir “avasallamiento de un derecho, que causa un daño inmaterial. Esto es: aun en caso de falta de lesión física, siempre habrá daño ‘moral’”.

Para Miró (2000, p. 27-29) trátase de una responsabilidad objetiva y que envuelve una obligación de resultado, cual sea, obtener del paciente su consentimiento informado previamente a la intervención, con la salvedad apenas de los casos en que legalmente se excepciona este deber:

Nosotros entendemos que el deber legal de obtener el consentimiento informado del paciente, en los casos en que las leyes civiles y la lex artis así lo determinan, es de cumplimiento imperativo y de naturaleza jurídica objetiva. Su mero incumpli-

miento genera la obligación de resarcir sin que quepa aquí la prueba de la “no culpa”.

Al analizar la responsabilidad contractual objetiva, ya en 1989 decía el Dr. Bueres que “si, en efecto, estamos todos de acuerdo en que si se prueba la exigibilidad del deber no cabe al deudor la posibilidad de demostrar su ausencia de culpa. La responsabilidad será objetiva pues sólo interesa la conducta eficaz”.

Nosotros pensamos que los criterios de imputación están ínsitos en el deber genérico de seguridad, y que además podría invocarse, específicamente, la protección del derecho constitucional de paciente a la autodeterminación, a recibir información adecuada y veraz y a decidir por sí y sobre sí mismo, o dicho de otra manera: la tutela del derecho a ejercer en forma irrestricta el señorío sobre el propio cuerpo.

La mera violación del deber objetivo de obtener el consentimiento informado del paciente genera, como mínimo, un daño moral que debe indemnizarse, maguer el éxito o el fracaso de la conducta médica obrada.

No se trata tan sólo de un contrato privado, cuyo incumplimiento puede acarrear la aplicación de la responsabilidad objetiva, tal como – por ejemplo – lo prevén nuestros Códigos Civil y Comercial en los casos de transporte, hotelería, ruina de edificio, infortunios laborales y los supues-

tos de responsabilidad civil de las clínicas y demás entes asistenciales. Se trata aquí de un doble juego de responsabilidades: 1) el que surge de la violación de un contrato y 2) el que nace de la transgresión de la norma constitucional que protege la mayor y la más cara de las garantías constitucionales: la libertad del hombre y el derecho a la autodeterminación.

La garantía constitucional del art. 42, que llamaríamos “del derecho a la libertad”, es de tan profundo contenido democrático, esencial para la vida del hombre, que su sola violación justifica y hace procedente la obligación de reparar el daño causado, aunque el mismo fuera solamente de naturaleza inmaterial.

Cuando la conducta médica ataca la libertad del hombre y le causa un daño, el agente causal debe responder según el estudio que el magistrado realice de sus acciones, bajo la luz de máximo rigor jurídico. Si se ignora el deber de obtener el consentimiento del paciente, la conducta obrada por médico (o por el personal auxiliar de los establecimientos asistenciales), transgrede no solamente los deberes específicos de su profesión, sino que hiere de muerte los preceptos de raigambre constitucional que preservan el fin más altruista, que es la protección de la libertad.

Estas razones, de indudable peso y consideración, justifican – en nuestro modo

de ver las cosas – que se analice el específico deber médico de obtener el consentimiento informado del enfermo como una excepción a la regla general y se lo considere como una obligación de resultado.

Interesantes son las propuestas de Miró en el raciocinio que desarrolla acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil como consecuencia de la ausencia del consentimiento informado, valiéndose de las clásicas divisiones doctrinarias en responsabilidad subjetiva y objetiva y, de obligaciones de medio y de resultado.

Ya para Ragazzo (2006, p. 88), decía que con la llegada del Código Civil de 2002, en Brasil tomaron fuerza algunos derechos de la personalidad hasta entonces relegados a un según plano, entre ellos la autonomía del paciente, así que concluye que la lesión a este derecho por sí sólo genera un deber de reparación:

Recentemente, alguns dispositivos do novo Código Civil (arts. 13 a 15) inseriram a autonomia da vontade nas relações médicas como tópico da legislação nacional. A inserção desses dispositivos no capítulo pertinente aos direitos da personalidade confirmou a conclusão de que a inobservância do dever legal de obter consentimento informado do paciente merece reparação própria. Basicamente, a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo que todo paciente detém merece proteção jurídica por si só.

Para Ragazzo (2006, 50-51) la autonomía en cuanto expresión de un derecho de la personalidad tiene como punto central la información, que se manifiesta mediante

el consentimiento informado y esclarecido, pues “*um paciente informado está mais apto para lidar com os desafios impostos à medicina decorrentes das alterações introduzidas pelo pós-modernismo*” ejerciendo así con libertad su autonomía y participando efectivamente del proceso terapéutico.

En un análisis a partir de la Constitución Federal Brasileña, reconociendo la autonomía como un derecho fundamental humano, Fabriz (2003, p. 299-300) afirma que:

Com o surgimento da teoria dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, e o reconhecimento do princípio da autonomia, a omissão de informações por parte do profissional de saúde na relação terapêutica implica a figura jurídica da responsabilidade.

O paciente é um centro autônomo de decisão, tendo o direito de recusar um tratamento, por mais recomendável que ele seja. Mas, para que tal decisão seja uma decisão fundamentada, necessita do maior esclarecimento possível. Na omissão dessas informações, por parte do médico, age este com imprudência, infringindo o direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde.

El constitucionalista reconoce en la autonomía de la persona un derecho fundamental que merece, por sí sólo, amplia protección y, por eso, la agresión al autogobierno de la persona humana por la omisión a la prestación de informaciones, salvo en los casos autorizados en la ley,

impone al médico la obligación de responsabilidad a imponer adecuada reparación.

También Carlos Alberto Silva, en un trabajo publicado acerca del consentimiento informado y la responsabilidad civil del médico (2003, p. 42), defiende que:

[...] o direito ao consentimento informado é dever do médico que, em não observando, age com negligência, bem como viola o direito da personalidade, que encontra salvaguarda no novo Código Civil.

Para alguns doutrinadores, a violação ao consentimento informado somente teria o efeito de agravar a responsabilidade do médico na aferição da culpa, pois sua inobservância constituiria negligência profissional, elemento da culpa.

Todavía, acreditamos que a violação ao consentimento informado, além de constituir elemento caracterizador da culpa do médico, tem também proteção autónoma. Em outras palavras, a disposição sobre o próprio corpo e o direito à integridade física de que decorre o consentimento informado são bens jurídicos que merecem proteção em si (p. 42).

Y aún prosigue para concluir que (SILVA, 2003, p. 43-44):

Assim, é possível a indenização (satisfação) pela violação ao consentimento informado que agride a liberdade, autodeterminação do paciente, podendo trazer angústias e dificuldade de recuperação mé-

dica, principalmente considerando o poder das doenças psicossomáticas, que podem ser ocasionadas pelo estresse dos tratamentos médicos indesejados.

O direito à disposição sobre o próprio corpo merece proteção com imposição de indenização por violação ao consentimento informado, que certamente pode ocasionar sofrimentos íntimos desnecessários.

Para Silva (2003, p. 46-47), la culpa del médico ya es consecuencia de la negligencia por causa de la inexistencia de la obtención del consentimiento informado, por eso, para él, mismo que el médico haga uso de todos los medios adecuados y disponibles y que ningún mal físico ocurra de esta intervención, aun así se impone el deber de reparación civil, por ofensa a autonomía del paciente añadida al poder relativo de disposición sobre el propio cuerpo. En su entender, la única excepción a ese deber de reparación ocurrirá en pequeñas intervenciones médicas cuando el beneficio supere en mucho el daño extrapatrimonial soportado.

Por fin, en el entendimiento de Silva (2003, p. 54) el consentimiento informado es un instrumento de elaboración técnica, el cual es expresión de un “*valor elevado do ser humano que deve receber tutela efetiva independente da existência de dano corporal, sendo possível a satisfação de dano moral puro consistente na violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo*”.

La responsabilidad civil del médico por ausencia de consentimiento informado del paciente

4. DISCUSIÓN.

Es cierto que mucho ya se evolucionó en la protección de la vida, libertad, igualdad y dignidad de la persona humana en los Estados de Derecho, en especial en la protección a la injerencia física y psicológica a la que todos están sujetos en una comunidad mundial cada vez más globalizada.

Respecto a la relación médico-paciente, esta evaluación pasó de la irresponsabilidad médica a responsabilización por la mala praxis médica, a partir de teorías civilistas de la responsabilidad, teniendo como importante marco de esta evolución la teoría de las obligaciones de medio y resultado del jurista francés René Demogue en 1931.

Todavía, el desarrollo constante de la tecnología-médica, la dinámica de los cambios sociales, en especial las relaciones interpersonales, la exigencia cada vez mayor del llamado capitalista presente en las actividades profesionales y, por fin, la constatación de la vulnerabilidad de las personas acometidas por un mal físico o psíquico, exigen, por su parte, una efectiva protección del Estado en cumplimiento de su papel de garantizador de los Derechos y Garantías proclamados por sus diplomas legales y, también, de aquellos incorporados mediante tratados internacionales.

En lo que trata a protección que merece la autonomía de la persona humana, no restan dudas de que tanto en Brasil cuanto en Argentina, así como en los demás Estados de Derecho, en especial aquellos signatarios de los tratados internacionales de derechos humanos, es inadmisibles que el médico actúe sin informar y esclarecer el paciente

sobre todos los aspectos necesarios a su libre consentimiento. Ese presupuesto del actuar médico, más que legitimarlo a intervenir en la persona humana, acaba por establecer una ligación de cooperación y participación del paciente en todo el proceso de investigación, diagnóstico y tratamiento.

Así que, si es unísona la doctrina en que merece amplia y efectiva protección la autonomía del paciente, corolario del principio fundamental de la dignidad de la persona humana y que, la inobservancia por el profesional médico de esta obligación, a excepción de las hipótesis en que el propio derecho le asegura actuar sin su obtención, implica una verdadera mala praxis médica, se revela como consecuencia de esta inobservancia por el médico de una obligación en ofensa a los derechos humanos supremos del paciente, una lesión autónoma y no es razonable exigir, en el estado actual de protección de los derechos humanos, la verificación de un mal físico que se revele en un daño como elemento del deber de reparación del ofendido por el ofensor.

Ya quedó superada la figura paternalista del médico, al menos de aquella lectura común empleada al juramento hipocrático; también la relación médico-paciente sufrió significativos cambios en las últimas décadas, surgiendo así cada vez más un distanciamiento entre esos dos sujetos. No hay lugar más en la estructura de prestación de servicios médicos para el médico de la familia tal como funcionan hoy los regímenes capitalistas, no hay lugar más para el médico amigo. El profesional médico cada vez más tornase un especialista de especialidades, restringiendo su examen e intervención en subespecialidades de la salud.

En razón mismo de todos esos elementos sociales que interfieren en la relación médico-paciente, no es pon-

derable aceptar que un extraño, aun que bien intencionado, incumpla una obligación que le es impuesta por la ley y principios de derecho y éticos que rigen su profesión, de los cuales es conocedor, ofendiendo a su vez valores inherentes a la propia personalidad del ser humano, directamente ligados a la propia dignidad y, no responda por esta ofensa simplemente porque, en aquel caso, no se verificó un daño físico concreto, sea por suerte o por dominio pleno del profesional de la medicina en aquella situación médica de acuerdo con su ciencia.

El hecho es que el profesional retiró del paciente, persona humana, el derecho supremo de tomar sus propias decisiones, de sufrir los riesgos de la medida del que comprende razonablemente, de ponderar el sufrimiento de la recuperación, de evaluar su capacidad de superar el dolor y la rehabilitación conforme sus propios límites, de aceptar muchas veces la reducción de la capacidad para desempeñar ciertas habilidades que posee o mismo actividades comunes a todos a cambio de una perspectiva de vida mayor, en fin, fue sustraído de la persona humana el propio proyecto de vida, sus valores, concepciones y creencias, además de otros aspectos del autogobierno.

No hay dudas que el actuar médico en tal disconformidad implica una ofensa directa al principio de no-maleficencia, principio ampliamente divulgado a partir de la teoría bioética principialista, que tuvo en el *Belmont Report* su propalador, aunque, declarado en el propio juramento hipocrático históricamente observado como fuente de preceptos éticos a todos los médicos.

En razón de todas esas ponderaciones, no pueden los operadores del derecho, en especial los jueces que son la expresión del cumplimiento por el Estado de los Derechos y Garantías consagrados en los Estados de Derecho,

sea por fuerza del ordenamiento jurídico nacional, sea por fuerza de tratados internacionales, conservarse detenidos a teorías civilistas que presentan fórmulas como medios para constatar la obligación de indemnizar, pues las fórmulas sirven como método orientador que, aunque se presenten aptas para auxiliar, ciertamente deben sufrir constantemente una lectura o reformulación en razón de la evaluación del derecho y transformaciones sociales.

En la cuestión en estudio, el daño o lesión que implica en una reparación no es siempre el que se concretizará en una ofensa física de la persona humana, conforme reconocen los doctrinarios más autorizados en la materia. Tratase de una lesión autónoma y, como tal, debe merecer análisis y reparación autónoma y, no como tiene sostenido gran parte de aplicadores del derecho, en un agravamiento de la responsabilidad verificada a partir de un daño físico.

A propósito, la solución jurídica para la teoría civilista, por lo menos en Brasil, ya encuentra lugar en la doctrina y jurisprudencia, aunque no venga siendo aplicada en los casos de mala praxis médica. Tratase de la *in re ipsa*, teoría por la cual se establece la presunción judicial del daño moral, o sea, probada la conducta el daño es consecuencia inexorable de la gravedad del propio hecho ofensivo, de suerte que está probado el daño moral.

Primero hay que reconocer el derecho a autonomía como inherente a la propia personalidad, ligado directamente a la dignidad de la persona humana y, a partir de entonces, la ofensa deliberada a ese derecho humano supremo fuera de los casos excepcionados por la ley, implicará en un daño moral puro, por lo cual es totalmente dispensable la prueba de su ocurrencia, una vez que de la gravedad de la conducta surge objetivamente la gravedad del *factum* ofensivo, dispensándose cualquier prueba de

que la persona humana haya soportado un menoscabo psíquico.

La teoría *in re ipsa*, ampliamente adoptada en el derecho Brasileño, tiene lugar en casos que se aplica la reparación por daños morales puros: Por, ejemplo en la inscripción del nombre de la persona humana en bancos de datos; en casos de mal pago o indebido o en casos de devolución indebida de cheques, entre otros.

Es oportuno el cuestionamiento de Silva (2003, p. 42) a la devolución indebida de un cheque por insuficiencia de fondos justificando la indemnización por daños morales puros, consignando que “[...] a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo com afetação à integridade física [...]” merece, por lo menos, igual tratamiento.

Así que, no obteniendo el médico el debido consentimiento informado y esclarecido del paciente cuando le era exigido, incurrirá en la responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación, pues ciertamente no solo la reparación por la lesión física debe ser asegurada al paciente, más también la lesión moral, la cual ante la gravedad verificada en la ofensa a la personalidad de la persona humana, es presumida conforme la teoría *in re ipsa* ampliamente aplicada en Brasil.

La responsabilidad civil del médico por ausencia de consentimiento informado del paciente

5. CONCLUSIÓN.

La bioética es un importante conjunto de principios que orientan una nueva postura médica frente a los derechos humanos conquistados a partir de las revoluciones ocurridas en todo el mundo. De entre estos principios destaca el de la autonomía como respeto a propia dignidad de la persona humana que tiene el derecho a la autodeterminación conforme un proyecto de vida construido y que se renueva a todo momento, de acuerdo con las decisiones que tienen que ser adoptadas frente las realidades de la vida. Así, exige del médico una postura positiva en relación al paciente, informándole, esclareciendo y hasta mismo educando su comportamiento para que comprenda todos los aspectos necesarios no solo para la detección de las dolencias por medio de los complejos exámenes, como también de los posibles tratamientos ofrecidos ante los modernos recursos disponibles.

Mientras, al paciente le es asegurada la autonomía para consentir o no en el actuar médico sobre su cuerpo y mente, a partir de la comprensión libre y racional de todos los aspectos inherentes en subyugarse o no al tratamiento, siendo cierto que el fin de los principios bioéticas es la integración médico-paciente en búsqueda de mejores resultados y calidad de vida, no implicando, por lo tanto, la desconsideración de la responsabilidad por la vida que envuelve el actuar médico.

Por fin, es exigido no solamente la información, más también el esclarecimiento libre de cualquiera coacción o injerencia indeseable para que pueda el paciente consentir válidamente. Además debe él reunir ciertos atributos psíquicos, físicos y legales para hacerlo y, cuando

no pueda válidamente expresarse por la ausencia o reducción de cualquiera de esos requisitos, aun así es importante respetar en lo máximo su autonomía en la medida de su capacidad de comprender las informaciones y esclarecimientos transmitidos y los reflejos en su vida de las decisiones a ser tomadas.

La desobediencia de esta obligación por parte del profesional de la medicina implica en una grave ofensa al derecho de autonomía del paciente, o sea, a su propia personalidad que es un corolario de la propia dignidad de la persona humana, que implica en la verificación de un daño moral puro y autónomo.

Por eso, es cierto que ocurrirá la responsabilidad del médico por la ausencia del debido consentimiento informado y esclarecido del paciente cuando no esté autorizado por la ley a hacerlo, a ejemplo de los casos de urgencia o emergencia en que no se presenta posible obtener en su debido tiempo el consentimiento del paciente y, a excepción de las hipótesis legales, la no obtención del previo consentimiento implica una intervención médica ilegítima.

En esa hipótesis, verificase claramente una lesión de orden puramente moral, aunque pueda también ocurrir concurrentemente una lesión moral y física y, aunque la conducta en relación a la práctica médica esté correcta, persiste la ofensa a libertad, a la autodeterminación del paciente, patrimonio inherente a la personalidad del individuo que merece protección por sí solo.

Cierto que, la constatación del daño moral puro dispensa la prueba, una vez que la gravedad ocurrida en la ofensa a la personalidad del ser humano es presumida, conforme la teoría *in re ipsa* ampliamente aplicada en Brasil.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. Declaración de Helsinki de junio de 1964. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Helsinki, 18ª Asamblea Médica Mundial.

BARACHO JAO. Bioética e Direitos Humanos: Direitos Constitucionais Gerais e Específicos. Teoria Geral da Família. Direito Constitucional da Família. Jurisprudência Constitucional. Processualidade Constitucional. In GUERRA MAS. Bioética e Biodireito: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica; 2005, p. 27-129.

BERSTEIN PH. El Error Médico: aspectos médicos, médico legales, jurídicos. Buenos Aires: Ediciones D&D S.R.L.; 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 1988 out 05.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 1990 jul 16; Seção 1:13563.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 1990 set 20.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Fede-

rativa do Brasil, Brasília (DF); 2002 jan 11; Seção 1:1.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução 196, de 10 de outubro de 1996. Aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 1996 out 16.

CALLEGARI DC, OLIVEIRA RA. Consentimento livre e esclarecido na anestesiologia. Rev. Bioética. 2010; 18(2): 363-372.

CAVALIERI FILHO S. Programa de responsabilidade civil. 7ª ed., São Paulo: Atlas; 2007.

COMTE-SPONVILLE A. Pequeno tratado das grandes virtudes. São Paulo: Martins Fontes; 1995.

CONSEJO DE EUROPA. Convenio de Asturias de Bioética de 04 de abril de 1997. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Oviedo, Depósito Legal M-10.383-1997, 19 p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1931 de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília (DF); 2009 set 24; Seção I:90.

D'AGOSTINO F. Bioética: Segundo o enfoque da filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos; 2006.

DUQUE ZJH. El consentimiento informado ¿Cuestión de formalismo legal o cuestión de humanidad? Rev. Colombiana de Responsabilidad Médico Legal.

1999; [citado 2007 may 08]; V(3): 31-33. Disponible en: <http://www.medicolegal.com.co>.

EGUREN MC. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio “libertad-igualdad”. *Rev. de Derecho Procesal*, 2005, 1(1): 201-214.

ESPIELL HG. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco y la Declaración de Santo Domingo sobre Bioética y Derechos Humanos. *Rev. Brasileira de Bioética*. 2007; 3(1): 7-13.

FABRIZ DC. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos; 2003.

GUERRA AMS. Humanismo constitucional no Brasil: Os Reflexos da Bioética no Contexto Constitucional Brasileiro, Fundando no Paradigma da Dignidade Humana, em *Questões de Manipulação Genética*. In GUERRA MAS. *Bioética e Biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica; 2005, p. 1-25.

JUNGES JR. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Edições Loyola; 2006.

KFOURI NETO M. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: *Revista dos Tribunais*; 2002.

KFOURI NETO M. *Responsabilidade civil do médico*. 6ª ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*; 2007.

- LORENZETTI RL. Responsabilidad civil de los médicos. Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores; 1997.
- MAGNO HA. A Responsabilidade Civil do Médico Diante da Autonomia do Paciente. In GUERRA MAS. Bioética e Biodireito: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica; 2005, p. 315 a 345.
- MARÍN HA. Alcance y extensión del consentimiento informado en la práctica odontológica. Rev. Colombiana de Responsabilidad Médico Legal. 1999; [citado 2007 may 08]; V(3): 19-23. Disponible en: <http://www.medicolegal.com.co>.
- MELLO CAB. Curso de direito administrativo. 15 ed., São Paulo: Malheiros; 2002.
- MIRÓ HGL. Responsabilidad civil médica: últimas propuestas doctrinarias. Casos y soluciones prácticas para el abogado litigante. Rosario: Editorial Zeus S.R.L.; 2006.
- MORAES A. Direito constitucional. 9ª ed., São Paulo: Atlas; 2001.
- PORRO FNV. Consentimiento educado vs. Consentimiento informado. Rev. Cubana de Salud Pública. 2006; [citado 2007 may 02]; 32(4). Disponible en: <http://scielo.sld.cu>.
- RABINOVICH-BERKMAN R. Actos jurídicos y documentos biomédicos. Buenos Aires: La Ley; 2004.
- RABINOVICH-BERKMAN R. Derechos Humanos. Una introducción a su naturaleza y a su historia. Buenos Aires: Quorum; 2007.
- RAGAZZO CEJ. O dever de informar dos médicos e o consentimento informado. Curitiba: Juruá; 2006.

- RODRIGUES S. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4º vol., 19 ed., São Paulo: Saraiva; 2002.
- SILVA CA. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Rev. do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. 2003; 15(5): 27-56.
- UNESCO. *Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997. Declara principios de protección al genoma humano y derechos humanos*. 29ª reunión de la Conferencia General.
- UNESCO. *Declaración Universal sobre Derechos Humanos y Bioética de 19 de octubre de 2005. Trata de las cuestiones de ética suscitadas por la medicina, por las ciencias de la vida y por las tecnologías que les están asociadas, aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones social, jurídica y ambiental*. 33ª reunión de la Conferencia General.
- VENOSA SS. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2º vol., 3 ed., São Paulo: Atlas; 2003.