

# Implicancias Legales de la Ausencia o Déficit del Consentimiento Informado.

Walter Fabián Martínez

Hemos escuchado hablar durante los últimos años del consentimiento informado en todos los ámbitos relacionados con el quehacer médico; revistas especializadas con largas y tediosas exposiciones, consejos de agrupaciones médicas de toda índole y extensas disertaciones en congresos de nuestra profesión; nos informaron de su origen, de algunos de sus características esenciales, de la necesidad imperiosa de su adhesión a la historia clínica como medio imprescindible para evitar conflictos médico-legales, pero es muy difícil saber cuáles son exactamente las consecuencias en el ámbito judicial de la ausencia o el déficit en la confección del Consentimiento Informado.

## ***Definición y breve reseña sobre requisitos de validez***

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (1). La información recibida debe ser suficiente, adecuada y oportuna para que el paciente este en condiciones de aceptar validamente el proceso terapéutico propuesto, consentimiento que el médico estará ineludiblemente obligado a obtener antes de iniciar la práctica respectiva (2). La información se adaptará a las posibilidades de comprensión del asistido, quien por lo general será profano en la materia. En consecuencia, ha de ser simple (3), acorde a su instrucción, personalidad y nivel cultural y tenderá a la comprensión por parte del paciente de la importancia de la enfermedad, el tratamiento necesario, alternativas del mismo y los riesgos a los que se verá sometido con el tratamiento que se propone (4,5). Debe despejar todas las dudas que se le puedan plantear y plasmar las respuestas en el instrumento. Por último, para que el consentimiento sea tomado en consideración el mismo ha de ser eficaz, esto es, ser prestado por un sujeto capaz, ser anterior al procedimiento y finalmente no ha de ser obtenido por error, amenazas o engaño (6).

## ***Consecuencias legales por la no obtención del consentimiento informado***

Ante el surgimiento de un conflicto jurídico uno de los problemas que se presenta es el referido a lo que en Derecho se conoce como *extensión del resarcimiento*, es decir que daño debe ser reparado, que indemnización debe pagarse en caso que el paciente haya sido intervenido o tratado sin que previamente se le haya requerido el consentimiento informado o haya sido obtenido en forma deficitaria (haciendo firmar los formularios que existen en muchas instituciones de salud que son iguales para todas las cirugías). En otras palabras y a través de un ejemplo. Un paciente es sometido a una Artroplastia Total de Cadera sin que previamente fuera informado respecto al riesgo de que pueda sufrir algún tipo de incapacidad como consecuencia del procedimiento (7).

Supongamos que la cirugía se realiza siguiendo al pie de la letra la técnica quirúrgica, sin que pueda imputarse al profesional culpa alguna; no obstante ello, el paciente tiene una secuela (daño) como consecuencia del riesgo propio de la intervención quirúrgica, presentando una asimetría en la longitud de los miembros inferiores de 2 cm. Las complicaciones normales y que habitualmente suceden a una operación son conocidas en el ámbito legal con el nombre de *caso fortuito* y el daño que ellas generan no son susceptibles de reparación, no deben indemnizarse.

En este caso, ¿cuál es el daño que el médico deberá pagar como indemnización?, ¿deberá reparar todo el daño (incluida la incapacidad sobreviniente por el asimetría) o solo el perjuicio derivado de la falta de obtención del consentimiento informado?. La omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una violación a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad (de máxima protección en el Derecho argentino), no significa que los médicos hayan causado daño, pues la secuela no obedece a una mala praxis del profesional sino que constituye un riesgo propio de esa intervención.

Entonces, nuevamente ¿debemos indemnizar al paciente por no obtener el consentimiento aunque hayamos actuado diligentemente?. Siguiendo en este tema la claridad del Dr Roberto Vazquez Ferreyra podemos afirmar que la reparación podrá fijarse teniendo en cuenta que la violación legal ha recaído sobre un derecho de la personalidad al que podemos llamar de *autodeterminación*. Solo este

incumplimiento jurídico es el que debe repararse ( y no el reclamo principal derivado de la complicación quirúrgica por supuesta negligencia medica) . Esta claro que no es lo mismo indemnizar la secuela generada como consecuencia del procedimiento operatorio (aun cuando no haya habido culpa del profesional) que indemnizar la lesión al derecho de autodeterminación del paciente. El daño que debe repararse consiste en la privación de la posibilidad del paciente de rechazar el acto medico después de haberse informado debidamente de los pormenores del acto operatorio.

En definitiva, se trata de averiguar como juega la responsabilidad médica de los profesionales cuando, si bien han realizado su actividad medica en forma intachable desde el punto de vista científico-técnico, el único reproche que se les puede hacer es el de no haber informado debidamente al paciente y haber obtenido su consentimiento (7). El medico ha cumplido correctamente la prestación principal, resolviendo correctamente la patología del paciente pero omitió un deber secundario de conducta, el de informar debidamente sobre el procedimiento a realizar. El profesional asume deberes complementarios impuestos por la buena fe, como el de información, reserva y secreto (8, 9). Se constituye en un derecho del paciente otorgar su consentimiento informado con anterioridad al inicio de toda practica, tratamiento o intervención quirúrgica (10). La Corte Suprema se ha pronunciado en este sentido en un caso de relevancia en esta materia: “La recta interpretación de esta disposición legal (art. 19 de la Constitución Nacional) aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento”(11).

### ***Conclusiones***

El Consentimiento Informado es un instrumento de importancia vital en el ejercicio profesional a la hora de evitar reclamos judiciales.

Debemos tener en cuenta en nuestro accionar profesional el respeto al derecho a la autodeterminación de los pacientes, que consiste en la facultad de aceptar o rechazar la alternativa terapéutica propuesta por nosotros, una vez informado del procedimiento elegido, las complicaciones más usuales y significativas del mismo y las alternativas terapéuticas. La sola violación de este deber del medico (establecido en el art. 19 de la Ley de Ejercicio de la Medicina) nos genera la obligación legal de reparar el daño causado a nuestro paciente si somos demandados, independientemente de haber cumplido con toda diligencia el procedimiento realizado y haber seguido con toda minuciosidad la técnica quirúrgica, utilizando el proceso terapéutico adecuado a la patología y sin descuidar detalles en el postoperatorio. La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente. Se considera que si el paciente hubiera sido advertido del riesgo, probablemente no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido (14). En este sentido predomina en la doctrina autoral (12) y judicial (13) la idea de que tal omisión compromete por sí misma la legitimidad del acto medico y tiene aptitud para generar obligación reparatoria.

Retomando el ejemplo de la Artroplastia Total de Cadera, no tuvimos ninguna dificultad en el acto quirúrgico, colocamos la prótesis adecuada para la edad del paciente, no se desarrollo ninguna complicación en el posquirúrgico, realizamos un seguimiento adecuado del mismo, comprobando solamente una discrepancia en la longitud de los miembros inferiores de 2 cm., secuela habitual en esta cirugía, que en este ejemplo (y como suele acontecer frecuentemente en la practica medica) nos genero una demanda por mala praxis por un lado y un reclamo interpuesto en el mismo juicio por violación de los derechos de información y autodeterminación del paciente por no haber obtenido el consentimiento informado o ser a todas luces deficiente. De esta manera es muy probable que se determine la ausencia de responsabilidad civil del medico, por haber actuado cumpliendo las reglas de la *lex artis* ,sin culpa, sin negligencia, pero por otro lado se obligue a indemnizar por la no obtención del consentimiento del paciente. Como conclusión final, surge la imperiosa necesidad de aconsejar asegurarse la obtención de este instrumento antes de todo procedimiento invasivo, de protegerlo una vez conseguido y de lograr obtener los consentimientos acorde a las exigencias legales y no meros formularios de igual tenor para todas las cirugías y pacientes. *Actualmente la Comisión Directiva junto al Comité de Ejercicio Profesional de la AAOT trabajan en la elaboración de este documento para ponerlo a disposición de los socios.*

### ***Referencias bibliograficas***

- 1-Highton-Wierzba, *La relacion medico-paciente: el consentimiento informado.*
- 2-Amilcar Urrutia. *Responsabilidad medico-legal de los traumatologos.* Buenos Aires. Ed Hammurabi
- 3-Alberto J Bueres. *Responsabilidad civil de los medicos.* Buenos Aires. Ed Hammurabi, 2006
- 4-Luis Anunziato. *El conflicto en la relacion medico-paciente.* Ed Centro Norte, 2000
- 5-Luis A Fumarola. *Eximentes de responsabilidad civil medica.* Ed Hammurabi, 2002

- 6-Ruben A Chaia. Responsabilidad penal medica. Ed Hammurabi, 2006
- 7-Roberto Vazquez Ferreyra. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Ed Hammurabi, 2002
- 8-Cuartas jornadas sanjuaninas de derecho civil. Responsabilidad por el ejercicio de profesiones liberales. San Juan, 1989
- 9-Quintas jornadas rioplatenses de derecho. Responsabilidad Profesional. San Isidro, 1989
- 10-Ricardo L Lorenzetti. Responsabilidad civil de los medicos. Buenos Aires. Ed Rubinzal- Culzoni
- 11-CSJN, 6/4/93, “Bahamondez, Marcelo”, ED, 153-249.
- 12-Roberto Vazquez Ferreira, El consentimiento informado en la practica medica, JA, 2001-III-1085  
Weingarten, Contrato y responsabilidad medica: el deber de información y el consentimiento informado
- 13-CNCiv., Sala I, 25/10/90, “Favilla, Humberto c Piñeyro, Jose y otro”, LL, 1994.D-114.
- 14-Felix Trigo Represas, Reparacion de daños por “mala praxis” medica, Ed. Hammurabi, 1995