

El consentimiento informado: aspectos destacados^(*)

por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUIÑAZÚ^(**), CARLOS ALBERTO FOSSACECA^(***) y PILAR MOREYRA^(****)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. CIERTA AMBIGÜEDAD EN LA TERMINOLOGÍA: NOCIÓN. – III. NATURALEZA JURÍDICA. – IV. RAZÓN DE SER. – V. REVOCABILIDAD. – VI. NECESIDAD DE INFORMACIÓN CLARA Y PRECISA. – VII. PRIVILEGIO TERAPÉUTICO. – VIII. PREDICAMENTO NEGATIVO DEL PACIENTE. – IX. FORMALIDAD. – X. CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN DEL DAÑO. – XI. FOMENTO DEL CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE. – XII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

En la Argentina de las últimas décadas, sin duda, los médicos son los profesionales que han recibido el mayor número de reclamos vinculados con el ejercicio de su actividad.

Las causas de tal fenómeno obedecen a una multiplicidad de factores. Entre ellos, el hecho de asociarse su labor con la vida y la salud de las personas genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa de la propia experticia del galeno.

La manifestación de la voluntad del paciente en acogerse a un tratamiento médico constituye uno de los aspectos centrales y delicados que conforman el ecosistema de los derechos personalísimos.

Si conjugamos esta voluntad con la *incertidumbre* y el *desconcierto* provocados por la pandemia de COVID SARS 2, el tema se convierte en un eje central de discusión científica, pues se ha dicho “evitar contagios en un cuadro pandémico como la COVID-19 justificó, por la emergencia sin precedentes, el uso de dispositivos de telemedicina, mensajería y video llamadas por Whats-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial argentino*, por ÚRSULA C. BASSET, EDFA, 57/-3; *El nuevo Código Civil y Comercial y las personas con discapacidad: Fundamentos filosóficos*, por GABRIEL M. MAZZINGHI, EDFA, 64/-5; *El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad*, por MARÍA FLORENCIA MALDONADO, EDFA, 81/-6; *El rol del juez frente a las personas con discapacidad*, por SERGIO NICOLÁS JALLI, EDFA, 83/-4; *Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)*, por MARCELO J. LÓPEZ MESA, ED, 266-703; *El consentimiento o asentimiento informado*, por KARIN ALFIE, ED, 269-719; *La obligación internacional de los Estados de obtener el consentimiento informado en la realización de actos médicos: el caso “I. V. c. Bolivia”*, por SOFÍA MARÍA PARRA SENFET, ED, 276-544; *Consentimiento informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos*, por NICOLÁS PILDAYN y MARINA M. SORGI ROSENTHAL, ED, 279; *El médico y la virtud de la prudencia en tiempos de pandemia*, por GERMÁN CALABRESE, ED, 289-1581; *Odonólogos. Responsabilidad civil profesional en tiempos de pandemia*, por DANTE GÓMEZ HAISS, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista*, por MILTON H. KEES, ED, 290-809; *Responsabilidad del médico: necesidad de deslindar el casus de la no culpa*, por FEDERICO OSSOLA y JULIETA BOLLERO HAUSER, ED, 291; *Autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado*, por JESICA E. GRÜNBLATT PELOSI, ED, 292-344; *El derecho a la información de salud y el hábeas data específico*, por EDUARDO MOLINA QUIROGA, ED, 294-972; *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 295; *Derecho a la intimidad de los datos de salud*, por JULIÁN PRIETO, ED, 300-90; *La importancia del consentimiento informado en la configuración de la violencia obstétrica: apuntes a propósito del caso “Britez Arce”*, por MERCEDES ALES URÍA, El Derecho Constitucional, Diciembre 2023 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Este artículo fue realizado en memoria de la profesora Silvia Yolanda TANZI con quien siempre coescribíamos ponencias en las Jornadas de Derecho Civil. Pudimos concordar con nuestra querida maestra los lineamientos generales de este artículo antes de su fallecimiento. Nuestro mayor agradecimiento hacia ella por la calidez que nos profesaba.

(**) Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Especialista en Derecho de la Alta Tecnología (UCA), y Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), en “Derecho de las Obligaciones”, y “Derecho de Daños”. Por las mismas asignaturas es Profesor Titular en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) y Webmaster en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

(***) Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), también Especialista en Derecho de Daños (UCA) y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Autor de diversos trabajos de doctrina. Email: fossaceca@uca.edu.ar.

(****) Profesora adscripta de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Autora de diversos trabajos de doctrina. Email: moreyrp.cs@gmail.com.

App y las correspondientes prescripciones electrónicas o digitales de tratamientos o medicamentos para las personas”⁽¹⁾.

II. Cierta ambigüedad en la terminología: noción

El tecnicismo *consentimiento informado* que recogen los artículos 58 y 59⁽²⁾ del Código Civil y Comercial no ilustra de manera precisa el fenómeno.

El paciente no propone modificaciones al tratamiento que le ofrece el galeno; por el contrario, debe aceptarlo o rechazarlo.

En virtud de la circunstancia apuntada, creemos que se tornaría más preciso hablar de *asentimiento*.

Hecha esta aclaración, es dable definir al consentimiento informado como “la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual este decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto”⁽³⁾.

Pero es más flexible en materia de representación, ya que, ante la falta de aptitud de una persona para otorgar el consentimiento informado, el Código unificado admite que lo haga en su lugar el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que lo acompañe, superando el régimen rígido previsto por el artículo 6⁽⁴⁾ de la citada legislación especial. Y si bien tal representación se prevé para casos de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del interesado, cabe interpretar que se aplicará a las distintas situaciones en las que el enfermo se vea impedido de expresar su voluntad, ya que la emergencia constituye justamente una excepción a la exigencia del consentimiento informado.

III. Naturaleza jurídica

Se trata de una declaración *unilateral* de voluntad⁽⁵⁾.

Es decir, una manifestación por parte del paciente que acepta los tratamientos, sugerencias y prácticas indicadas por el médico para resolver el problema o cuestión de salud que se le presenta.

IV. Razón de ser

La creación de la figura radica en la posibilidad de *autodeterminación* que goza cualquier persona humana.

Todo sujeto debe expresar su deseo de asumir los riesgos que puede acarrear el acto médico, como lo contrario, rechazar, por ejemplo, el tratamiento sugerido o un medicamento indicado.

V. Revocabilidad

Al ser un *derecho personalísimo*, una nota esencial consiste en la posibilidad de *revocar* el asentimiento expresado.

(1) INÍGO PETRALANDA, María Isabel y FERNÁNDEZ, Ariel Leonardo, “Ley de Receta Electrónica Argentina. Estado del arte y sus implicancias operativas, éticas y legales. Decreto 98/2023: reglamentación de la ley 27.553 de Recetas Electrónicas o Digitales y Plataformas de Teleasistencia”, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable”, El Derecho editorial jurídica, Número 14, cita digital: ED-MVDCCLX-71.

(2) El CCyCN, en su artículo 59 se refiere a esta figura, recogiendo la esencia de la definición citada en el texto principal y exigiendo su implementación como paso previo a todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico, salvo disposición legal en contrario. Además, se detiene en algunos de sus aspectos críticos, como qué y cuánto debe informarse, a cuyo respecto sigue la letra de la Ley de Derechos del Paciente (26529/09, actualizada conf. Ley de Muerte Digna, 26742/12).

(3) HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, 2ª edición actualizada y ampliada, pág. 1.

(4) **Artículo 6 de la ley 26.529:** “Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”.

(5) El contrato médico se refiere a aquel negocio jurídico a través del cual el paciente se compromete a pagar un estipendio y el galeno a ejercer el arte de curar.

Dado el matiz indicado, no es dable imponer alguna cortapisa legal o convencional al respecto⁽⁶⁾.

Siendo un derecho personalísimo del paciente, digamos que se trata de una categoría propia del Derecho Privado y son objeto de relaciones entre particulares más allá del indudable relacionamiento con el Derecho Constitucional (Público) al tratarse de derechos fundamentales⁽⁷⁾.

El acto indicado podría ocasionar el resarcimiento de los gastos ocasionados, pero no la indemnización del lucro cesante no obtenido.

VI. Necesidad de información clara y precisa

Constituye una labor de primigenia importancia por parte del médico la comunicación exacta del problema, el diagnóstico y el tratamiento. Imprecisiones leves pueden suscitar la responsabilidad profesional.

La regla que impregna la información debe ser la buena fe: los riesgos conocidos al momento del tratamiento como los que posteriormente se descubran.

Debe haber un intervalo de tiempo suficiente entre la explicación médica y el asentimiento del paciente⁽⁸⁾. Este último, por regla general, debe reflexionar sobre qué decisión adoptar.

La explicación del galeno debe ser clara para el paciente teniendo en cuenta que este último es un profano.

Los riesgos excepcionales, según la estadística médica, no advertidos pueden ser excusables, no ocasionando resarcimiento.

Desde el punto de vista contrario, el paciente goza legítimamente de la facultad de no recibir información⁽⁹⁾.

VII. Privilegio terapéutico

Consiste el instituto del acápito en la posibilidad por parte del galeno de no informar al paciente los detalles de su enfermedad.

Dado los derechos personalísimos involucrados, el privilegio terapéutico debe ser estimado de manera muy restrictiva.

En tales supuestos, se torna conveniente que el galeno se comunique con el representante del paciente, si lo tuviese.

VIII. Predicamento negativo del paciente

Cabe asentar como principio que prima la voluntad del paciente.

Las convicciones religiosas deben ser respetadas salvo que se encuentren involucrados menores de edad. En esta última hipótesis, hay que traer a colación la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público.

Cede la tesitura negativa en el supuesto de peligro general para la comunidad, verbigracia, la transmisión de virus en épocas de pandemias, como acaeció con el Covid 19.

IX. Formalidad

A fin de evitar equívocos y ocasionar inexactitudes, el asentimiento del paciente debe ser consignado por escrito, salvo supuestos de fuerza mayor.

(6) Dispone el **artículo 10 de la ley 26.529** que: "Revocabilidad. La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante solo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica".

(7) TOBIÁS, José W., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Tomo II, págs. 4, citado por NICOLAU, Noemí, "El impacto de las nuevas tecnologías en la relación médico-paciente" en Obra Colectiva "Las Nuevas Tecnologías y el Derecho", Thomson Reuters, 2022, pág. 30.

(8) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "I.V. vs BOLIVIA", sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016, Serie Serie C No. 329.

(9) **Artículo 2, inciso f, de la ley 26.529**: "Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información".

Lo dicho en el párrafo anterior nos obliga a desarrollar el que sigue consignando debidamente que es muy cierto que el desarrollo digital, expansivo y multidimensional, implica que la "utilización de IA en salud es una de áreas de mayor desarrollo y con mayor posibilidad de uso, en particular en análisis predictivos, medicina de precisión y apoyo a las decisiones clínicas"⁽¹⁰⁾.

Por ello, estimamos que debe reformularse de *lege ferenda* la redacción del artículo 7⁽¹¹⁾ de la ley 26.529 en el sentido indicado.

X. Causal de justificación del daño

El asentimiento del paciente regularmente obtenido excusa de los eventuales perjuicios que puede sufrir por el tratamiento. Constituyendo, por tanto, una de las causas de justificación del daño⁽¹²⁾. En tal sentido, *el consentimiento informado es un instituto clásico en la práctica médica, presente en la mayor parte de la legislación sanitaria de las últimas décadas y explícitamente regulado para ese ámbito en el art. 58 del Código unificado*.

Sin embargo, deberíamos reflexionar sobre su función como causa de justificación de la ilicitud del acto, en el ámbito de la salud: en este sentido, ¿qué efectos atribuirle a la prestación del consentimiento informado ante una propuesta profesional si, luego de su práctica, el interesado sufre un daño?⁽¹³⁾.

El médico no se eximirá de responsabilidad por haber consentido el paciente un acto culposo de su parte. Siendo aplicable a esta situación, el artículo 1743⁽¹⁴⁾ del CCyCN, precepto que regla la dispensa anticipada de la responsabilidad.

Tal virtualidad debe ser objeto de interpretación restricta.

XI. Fomento del conocimiento de los derechos del paciente

A raíz de una observación que nos hiciera el profesor Federico De Lorenzo sobre un trabajo de análisis sobre el derecho al olvido, hemos tomado conciencia de la importancia de fomentar el conocimiento de los derechos del paciente en los artículos de doctrina.

En este aspecto, se torna recomendable –para ejercer de manera plena el consentimiento informado– que se les otorgue la mayor publicidad posible a los derechos del paciente.

Tal tópico debe ser objeto de enseñanza, sobre todo en el nivel de enseñanza secundaria, en la materia que hace a la formación cívica de las personas.

(10) WIERZBA, Sandra y MAGLIO, Ignacio, "Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil", en "LEGALTECH. El Derecho ante la Tecnología", editorial Thomson Reuters, La Ley, noviembre de 2018, pág. 217.

(11) **Artículo 7 de la ley 26.529**: "Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación".

(12) "Más allá de que el aspecto medular de la norma sea el derecho a la información que tiene el paciente, el consentimiento informado integra –en nuestro Código Civil y Comercial– uno de los bloques de las denominadas "eximentes de la responsabilidad" y, dentro de estas, de las llamadas "causas de justificación" (arts. 1718 a 1720, Cód. Civil y Comercial), donde se aborda el llamado "daño justificado", siendo el otro bloque legal de las eximentes del responder, las que mencionan directamente el caso (interrupción del nexo causal)", LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano Carlos, "Daño Agravado por el Acreedor. Formas del debido comportamiento de la víctima", Astrea, Buenos Aires, 2020, pág. 202.

(13) La prestación adecuada y oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo al evento dañoso podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo. De tal manera, el médico podrá liberarse de la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria, siendo esta, claro está, debidamente advertida. En tal sentido, la norma contenida en el artículo 1720 del CCyCN, menciona al consentimiento libre e informado del paciente/damnificado, en la medida en que no sea una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por las lesiones que se deriven del mismo.

(14) **Artículo 1743 del Código Civil y Comercial de la Nación**: "Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder".

XII. Conclusiones

Hemos tratado de analizar los aspectos más destacados que ofrece la ponderación del consentimiento informado.

No obstante, debe ponerse el foco de la cuestión en que se trata de uno de los aspectos fundamentales del ser humano, más específicamente, su derecho a la salud.

Ello explica varias de las premisas consignadas, como el carácter revocable y la exigencia de una explicación completa y clara que debe realizar el médico ante su paciente. El principio de buena fe impera en la materia.

El consentimiento informado proyecta su virtualidad a otros campos del derecho. Por ejemplo, hemos visto que opera, reunidas determinadas condiciones, como causal de justificación del daño.

Y, por último, no debemos silenciar la importancia del fomento de la publicidad y el aspecto educativo de los derechos del paciente.

VOCES: ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - BIOÉTICA - CONSENTIMIENTO INFORMADO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - RELACIÓN DE CAUSALIDAD - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTIMIDAD - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS - SECRETO PROFESIONAL - MEDICAMENTOS - CONTRATOS - OBLIGACIONES - OBRAS SOCIALES - MEDICINA PREPAGA - PROFESIONALES DE LA SALUD