

4.4 Consentimiento médico

El consentimiento médico es uno de los aspectos críticos en materia de responsabilidad médica, lo que en buena medida se debe a que la práctica y la cultura médicas medias en este campo, en nuestros países, van muy rezagadas respecto de la doctrina, la jurisprudencia e incluso al derecho positivo.

No se trata de una simple formalidad útil en la prevención de reclamaciones sino que constituye un derecho esencial del paciente y una obligación ética y legal para el médico.

Como bien se ha escrito, el consentimiento "*es un presupuesto de la lex artis y, por lo tanto, un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad*" (GALÁN CORTÉS).

Corresponde subrayar los siguientes elementos:

* Al ser un *presupuesto de lex artis*, su ausencia cuestiona la legitimidad del acto médico (salvo los casos en que esté justificada).

* Es un *acto clínico*, parte indisoluble del acto médico; el deber de informar en el contexto de la relación médico-paciente no puede ser sustituido por un acto meramente formal o de carácter administrativo.

* Su incumplimiento puede generar responsabilidad médica *per se*, en ausencia de cualquier otro reproche a la actuación médica.

4.4.1 Evolución histórica

En su origen, el consentimiento es una categoría jurídica del ámbito del derecho civil.

Se ha señalado que el consentimiento informado es ajeno a la tradición médica, la que lo ha desconocido a lo largo de su historia, si bien en la actualidad constituye un presupuesto esencial de la relación médico-paciente, lo que redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial. Y también que el "*consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina*" (GRACIA GUILLÉN). Se le considera "*una de las últimas aportaciones a la teoría de los derechos humanos*".

Esta llegada del consentimiento a la medicina acompaña un cambio cultural de modificación de paradigma en la relación médico paciente, cuyo modelo hegemónico se desplaza del paternalismo a la autonomía.

Dentro de sus orígenes jurisprudenciales, suele citarse la sentencia del Tribunal Supremo de Illinois en el caso *Pratt versus Davis* (1906), donde se limita la admisibilidad del

consentimiento implícito a los casos de urgencia y aquellos en que el paciente en pleno uso de sus facultades deja en manos del médico la toma de las decisiones.

También se recuerda la sentencia en el caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital* (Nueva York, 1914) donde, a raíz de laparotomía coordinada con fines diagnósticos, se extirpó un tumor abdominal contra la voluntad expresa del paciente. En su fallo, el juez establece que *"todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños"*.

Se han señalado cuatro etapas en la evolución del concepto de consentimiento médico en la segunda mitad del siglo (voluntario, informado, válido y auténtico):

* El *consentimiento voluntario* es la expresión surgida del proceso de Nüremberg y rápidamente dejó paso a la de *consentimiento informado*.

* Cuando se habla de *consentimiento válido* se presupone la información, a la que vez que se exige como requerimiento de validez, la capacidad del sujeto para consentir y la libertad de quien consiente. La libertad para consentir implica la ausencia de toda clase coacción por parte del paciente, requisito que debe subrayarse en la práctica médica donde están presentes relaciones de poder más o menos explícitas.

* El nuevo concepto de *consentimiento auténtico*, expresa la necesidad de que la voluntad expresada por el sujeto en el acto de consentir se corresponda efectivamente con su sistema de valores. GALÁN CORTÉS se ha transformado *"el tradicional esquema autoritario y vertical en otro tipo de relación democrática y horizontal, en el que se pasa de un modelo de moral de código único a un modelo pluralista, que respeta los diferentes códigos morales de cada persona"*.

4.4.2 Titular del derecho a consentir

El titular es la propia persona, ya que se trata de un derecho personalísimo que involucra decisiones sobre su propia vida y su cuerpo.

Naturalmente requiere capacidad de juicio, quedando excluidos quienes estén privados de ella por razones transitorias o permanentes. La capacidad de juicio requerida no es otra que la necesaria para tomar una decisión acorde con el sistema de valores del individuo.

En situaciones excepcionales serán los familiares directos o sus representantes legales aquellos a quienes se les transfiere la capacidad de decidir.

Los menores de edad no tienen capacidad civil. Sin embargo, el consentimiento médico tiene un componente de naturaleza ética que trasciende la formalidad de los requisitos para su validez jurídica. Cada vez se afianza más el concepto del derecho de los menores a ser informados y a participar en la toma de las decisiones. Cuando los padres de un

menor se opondrán a un tratamiento, con lo que pongan en peligro su vida o salud, el médico pondrá la cuestión en conocimiento del juez competente.

4.4.3 La oportunidad

El consentimiento debe ser previo al acto médico y, además, debe ser mantenido a lo largo de todo el proceso.

Debe hacerse hincapié en el carácter esencialmente revocable del consentimiento, sin que para ello sea necesaria ninguna clase de formalidad, bastando sólo la voluntad del titular.

4.4.4 La información

La información es obligatoria en toda actuación médica, aún en aquellas en que no se exige el consentimiento por tratarse de tratamientos impuestos por la ley.

Es, a la vez, un elemento decisivo para apreciar la validez del consentimiento, siendo la cuestión de la información un problema cualitativo y no cuantitativo.

La información debe ser la razonable para tomar una decisión válida y acorde a los valores del individuo. Debe comprender, entonces, todo lo que sea razonable para influir en una decisión de esas características.

Asimismo, debe ser ofrecida en una forma y en lenguaje inteligible para el paciente, esto es, de acuerdo a su nivel cultural y sus posibilidades de comprenderla.

Como lo ha señalado GALÁN CORTÉS, *"el consentimiento se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado"*.

No todos los actos médicos tienen la misma exigencia en materia de información. Existen determinadas situaciones que requieren una información más cuidadosa y detallada, a saber:

* Alternativas terapéuticas. Un mayor número de alternativas terapéuticas exige mayores niveles de información. En especial, debe subrayarse la obligación del médico de informar sobre técnicas que él no practica o no puede ofrecer.

* Riesgos. Cuanto más riesgoso sea el acto médico, mayor deberá la información. La información sobre los riesgos debe incluir todo lo razonablemente previsible (*riesgos típicos*), más allá de que sea tal o cual el porcentaje de pacientes que sufran los efectos indeseados del procedimiento.

* Menor necesidad. Algunos actos médicos no son estrictamente necesarios. Esto ocurre con las cirugías de indicación cosmética. Este tipo de acto médico requiere una muy precisa información sobre las eventuales consecuencias negativas.

* Tratamientos novedosos. Los nuevos tratamientos sobre los cuales hay menos experiencia, requieren mayor información que los convencionales. El caso extremo está dado por los tratamientos experimentales.

4.4.5 La forma

Si bien el consentimiento es en su origen una categoría del derecho civil, al instalarse en la medicina adquiere un gran componente ético integrado a la relación médico-paciente. Es decir, es un acto clínico, un componente de la *lex artis* y no una fórmula meramente administrativa.

En principio, el consentimiento no requiere ninguna clase formalidad. "*Es un contrato consensual (puede estipularse verbalmente)*" (SOSA).

No es infrecuente que en nuestros países se confunda *consentimiento informado* con *consentimiento firmado*, y exista la errónea creencia de que la firma de un formulario de consentimiento pone al médico al resguardo de reclamaciones. Sin embargo, un formulario de consentimiento firmado por el paciente en nada limita la responsabilidad médica si existió culpa en la actuación del profesional. Por el contrario, un acto médico correctamente realizado y consentido por el paciente excepcionalmente dará lugar a reclamaciones y no determinará responsabilidad profesional.

Lo sustantivo del consentimiento es la información al paciente y que el acto médico se realice a favor de su voluntad. En realidad, en la mayoría de los actos médicos el consentimiento se presta en forma verbal.

Es aconsejable la firma del consentimiento médico para aquellos procedimientos más riesgosos o invasivos. Pero esta firma no sustituye la información y se vuelve absolutamente irrelevante en ausencia de aquella.

En todo caso, el proceso de información y consentimiento debe ser registrado en la historia clínica ya que se acepta que la carga de la prueba de la información le corresponde al médico.

En suma, como ya se expresó, el consentimiento médico integra la *lex artis* y ninguna discusión sobre sus aspectos formales puede olvidar que su valor es en tanto producto natural de una buena relación clínica, en el marco de la respecto a la autonomía, los valores y el derecho a una decisión consciente del paciente.

5. Conclusiones

La responsabilidad médica es una cuestión jurídica de gran complejidad técnica y en pleno desarrollo teórico.

Sin embargo, su prevención pasa ante todo por prestar la debida atención a ciertos aspectos estrictamente médicos, íntimamente vinculados entre sí e interdependientes, que

girar en torno a la relación médico-paciente, la *lex artis*, el adecuado registro y el consentimiento.