



**Universidad
Norbert Wiener**

**Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho**

Título

*La mala praxis médica y la obligación del
médico de informar a la paciente de su estado de
salud, año 2017.*

Tesis

**Presentada por la bachiller:
GLADIS MARIA LIMAYLLA VEGA**

Para optar el título profesional de abogada

Lima – Perú

2018

Dedicatoria:

*A mis queridos padres María y Pascual;
A mis queridos hermanos; a quienes les debo todo.
A la memoria de mi abuelita Susana y de mi hermano Abelardo,
a quienes los tengo presente.*

Agradecimiento:
Agradezco a los profesores de mi alma mater, por todo lo que aportaron en mi formación profesional.
En especial, doy las gracias a todos mis profesores de la Facultad de Derecho, por su orientación, asesoría y dedicación.

PRESENTACIÓN

Dando cumplimiento con las disposiciones del Reglamento Interno de Grados y Títulos de la Facultad Profesional de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada NORBERT WIENER, presento ante ustedes mi tesis titulada "*La mala praxis médica y la obligación del médico de informar al paciente de su estado de salud, año 2017*".

En nuestro país no existe un sistema de salud eficiente que garantice un adecuado trato al paciente, y mucho menos que garantice los derechos del paciente a ser informado sobre su estado de salud. El consentimiento informado constituye el acto sobre el cual se plasma el acto previo de informar al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles. El consentimiento del paciente o persona enferma antes de toda intervención de prevención, diagnóstico, o atención médica, se funda en el principio general del respeto de la dignidad de la persona humana y de la autonomía de esta, que se traduce en el respeto de la inviolabilidad e integridad del cuerpo humano, así como en la protección otorgada a la persona enferma.

A través de este trabajo deseo obtener el título profesional de Abogado, ansiado anhelo que me permitirá forjar mi futuro profesional.

El trabajo de investigación contiene en el capítulo I, la introducción la cual abarca la realidad problemática, la delimitación de la investigación, el problema de investigación, los objetivos, la justificación de la investigación y la factibilidad de la misma.

En el capítulo II, se desarrolla el marco teórico, donde se expone el tema en sí sobre la mala praxis médica, los derechos de los pacientes, el consentimiento informado, la responsabilidad del personal sanitario, algunos casos, y legislación comparada.

En el capítulo IV, tenemos los resultados que contiene, la presentación del resultado y la discusión; luego las conclusiones y recomendaciones.

ÍNDICE

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Descripción de la realidad problemática	10
1.2. Delimitación de la investigación	13
1.2.1. Delimitación espacial	13
1.2.2. Delimitación social	13
1.2.3. Delimitación temporal	13
1.2.4. Delimitación conceptual	13
1.3. Problema de investigación	14
1.3.1. Problema principal	14
1.3.2. Problemas específicos	14
1.4. Objetivos de la investigación	14
1.4.1. Objetivo general	14
1.4.2. Objetivos específicos	14
1.5. Justificación de la investigación	15
1.6. Factibilidad de la investigación	15
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	
2.1 Antecedentes	16
2.2 Marco teórico	20
2.2.1. Mala praxis médica	20
2.2.1.1. Derechos de los pacientes	21
2.2.1.2. Deber de información y falta de comunicación del médico con el paciente	26
2.2.1.3. El consentimiento informado	33
2.2.1.3.1. Antecedentes	33
2.2.1.3.2. Conceptualización	36
2.2.1.3.3. Formación y evolución de la doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano	38
2.2.1.3.3.1. Etapa de primacía del principio de beneficencia: La responsabilidad médica por intervención sin el consentimiento del paciente	39
2.2.1.3.3.2. Etapa de autonomía y constitucionalización del consentimiento informado “ <i>informed consent</i> ” del paciente	43
2.2.1.4. Elementos del consentimiento informado	52
2.2.1.5. Las excepciones	64
2.2.1.6. La responsabilidad médica y sus consecuencias	65
2.2.1.6.1. El error médico y su diferencia con la mala praxis	65
2.2.1.6.2. Negligencia médica	73

2.2.1.6.3. Impericia médica	74
2.2.1.6.4. Imprudencia médica	75
2.2.1.6.5. Inobservancia de los reglamentos	77
2.2.1.6.6. Requisitos que configuran la conducta negligente	78
2.2.1.6.7. Obligación de medios y obligación de resultados	84
2.2.1.6.8. Responsabilidad del profesional sanitario	90
2.2.1.6.8.1. Responsabilidad penal	90
2.2.1.6.8.2. Responsabilidad civil	91
2.2.1.6.8.3. Responsabilidad administrativa	114
2.2.1.7. Casos:	115
2.2.1.7.1. Caso Shirley Meléndez	115
2.2.1.7.2. Demandado: Clínica Ricardo Palma	116
2.2.1.8. Legislación comparada	121
2.2.1.8.1. Legislación de España	121
2.2.1.8.2. Legislación de Argentina	126
CAPITULO III	
HIPOTESIS Y METODO	
3.1. HIPÓTESIS	134
3.1.1. Hipótesis general	134
3.1.2. Hipótesis específica	134
3.2. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	134
3.2.1. Tipo de investigación	134
3.2.2. Diseño de investigación	135
3.3. VARIABLES	135
3.4. Población, muestra y muestreo	135
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	136
CAPITULO IV	
RESULTADO	
4.1 Presentación de resultados	138
4.2 Discusión	140
- Conclusiones	143
- Recomendaciones	144
IV. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	146

RESUMEN:

La presente investigación enfatiza la importancia de que el médico informe al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles de la intervención a la cual se someterá; y de cómo la ausencia de esta información genera consecuencias nefastas para el paciente, siendo por lo general una de las principales causas de mala praxis médica. Por ello, el paciente debe recibir una información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la actuación médica, extendiéndose dicha información, hacia los beneficios, las recomendaciones, los riesgos que implica y sus consecuencias, las contraindicaciones y las alternativas posibles. De esta forma, un médico no puede ser dispensado de su deber de información frente a su paciente, deber que tiene su fundamento en la exigencia de respetar el principio de la dignidad de la persona humana; de tal forma que la intervención del paciente sin ser informado adecuadamente constituye un hecho ilícito lesivo del derecho a la dignidad y a la autodeterminación del paciente. En consecuencia, la finalidad de la presente investigación es poder entender que ya no estamos ante un modelo de salud paternalista donde el médico decidía por sí solo el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente, sino que ahora estamos en un modelo de salud respetuoso de los derechos humanos, basado en la autonomía de la voluntad del paciente, que es capaz de tomar decisiones sobre su salud y que se respeten dichas decisiones.

Palabras claves:

Derecho de información del paciente; Consentimiento informado; modelo paternalista; derecho a la autodeterminación.

ABSTRACT

The present investigation emphasizes the importance of the doctor informing the patient about the diagnosis, treatment and possible risks of the intervention to which he will undergo; and how the absence of this information generates harmful consequences for the patient, being generally one of the main causes of medical malpractice. Therefore, the patient should receive adequate information about the purpose and nature of the medical action, extending this information, to the benefits, recommendations, risks involved and their consequences, contraindications and possible alternatives. In this way, a doctor cannot be exempted from his duty of information in front of his patient, a duty that is based on the requirement to respect the principle of the dignity of the human person; So that the intervention of the patient without adequate information is an unlawful act adversely affecting the patient's right to dignity and self-determination. Consequently, the purpose of the present investigation is to be able to understand that we are not before a model of paternalistic health where the doctor decided by itself the treatment to follow without consultation with the patient, but now we are in a model of health respectful of Human rights, based on the autonomy of the patient's will, who is able to make decisions about his health and that these decisions are respected.

Key words:

Right to information of the patient; Informed consent; Paternalistic model; Right to self-determination.

Introducción

Hoy en día la medicina viene experimentando grandes avances, producto en gran medida del desarrollo de la ciencia y la tecnología, que hace la vida del hombre más favorable a su entorno. Esto no solo incide en el tratamiento de enfermedades que antes no tenían cura, sino también en la mejora de la calidad de vida. El principal actor de estos avances es el médico, a quien le debemos la posibilidad de que la vida del hombre se alargue. Pero cuando la vida y la salud se ve afectada negativamente por factores vinculados a la medicina y al uso de la tecnología médica, consideramos al médico como el principal responsable, aun cuando no siempre haya sido el causante de la impericia, falta de diligencia o imprudencia, si lo hubo. Por ello es necesario establecer criterios adecuados que permitan delimitar con claridad los actos de mala praxis con hechos inevitables donde la acción del médico resulta inocua.

Dentro de esta relación médico-paciente-entorno, por lo general, el paciente siempre ha sido una voz pasiva; aceptando calladamente lo que la naturaleza –o la divinidad- y el médico decidían por él. Esta situación ha cambiado a partir del progresivo reconocimiento de los derechos humanos, que empezó a principios del siglo XX y terminó consolidándose a mediados del mismo siglo. Ahora, dentro de la relación médico-paciente, el papel de la voluntad de este último viene concitando gran interés y preponderancia, dando paso del tradicional paternalismo médico -donde el médico determinaba por sí solo que era lo mejor para el paciente-, al modelo de participación activa del paciente, como parte del reconocimiento de los derechos a la dignidad y a la libre autodeterminación.

En tal sentido, consideramos que la participación activa del paciente en la toma de decisiones que involucre todo lo relacionado a su enfermedad y al tratamiento propuesto para su recuperación, va a incidir favorablemente en la disminución de actos considerados como mala praxis médica; dado que al plasmarse positivamente el derecho que tiene el paciente de ser informado por el médico de todo lo que le atañe a su salud, éste va a poder dar su consentimiento de manera informada, voluntaria y consciente, aceptando los riesgos y beneficios que el procedimiento terapéutico recomendado le ofrece.

De esta forma, el “derecho a la información” y el “consentimiento informado” se presentan como dos caras de una misma moneda que resultan necesarias e indispensable para que el médico y el paciente puedan actuar dentro de lo permisible.

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Hoy en día, en pleno auge del reconocimiento y respeto de los derechos humanos, hemos pasado de un modelo paternalista y vertical en la relación médico-paciente, a otro más democrático, basada en la autonomía de la voluntad del paciente, de tipo horizontal y pluralista. En efecto, antiguamente, en la relación médico-paciente, el médico decidía en forma aislada el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente, por considerarlo una persona débil, sin firmeza física ni moral; de tal forma que “se concedía al médico autoridad suficiente para decidir lo que a su exclusivo criterio personal resultaba más beneficioso para el enfermo (*‘todo por el paciente, pero sin el paciente’*), consecuentemente, carecía de importancia brindarle información respecto a su situación médica o tratamiento a ejecutar porque su opinión no era relevante; éste tenía que resignarse a obedecer y confiar en el profesional de la salud”¹.

Esta visión tardía comienza a cambiar a finales del siglo XX. El principio de la autonomía de la voluntad del paciente y el respeto de su dignidad, son ahora los ejes principales en la relación médico-paciente. “La decisión de someterse o no a un determinado acto médico supone en última instancia un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente”². Estamos hablando del respeto de los derechos fundamentales que tiene el paciente en el ámbito de la actuación médica, y en contrapartida, el deber que tiene el médico de informar y obtener el consentimiento del paciente.

¹ García Huayama, Juan Carlos (2016). Responsabilidad civil médica y consentimiento informado. En: *Revista Derecho y Cambio Social*; Lima: p. 2.

² García Garnica, María del Carmen (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Thomson Reuters, España, julio, p.32

El derecho a decidir sobre nuestro propio cuerpo implica que, para tomar esa decisión con discernimiento, intención y libertad, debe estar adecuada y suficientemente informada sobre la naturaleza, los alcances, la necesidad, la utilidad o beneficio y los riesgos del tratamiento o práctica médica a realizar, y sobre la existencia de medios alternativos al propuesto³.

Pero, esta información, precisa Roberto Andorno⁴, debe ser expresada “en forma simple, inteligible, apropiada y veraz, teniendo en cuenta la personalidad y nivel socio cultural del paciente. Este deber no debe reducirse al mero llenado de ciertos formularios por el paciente, sin ninguna explicación verbal acerca de su significado y alcance. Al contrario, el sentido del consentimiento informado trasciende esta visión formalista, porque es mucho más que un mero requisito legal. Se trata de una obligación ética básica de todo profesional médico, que responde a la necesidad de respetar la dignidad del paciente”.

En nuestra legislación nacional, el consentimiento informado se encuentra regulado en el artículo 15° de la Ley General de Salud, aprobado por Ley 26842, y reglamentado por Decreto Supremo N° 016-2002-SA. En esta ley se establece la obligación de los establecimientos de salud a brindar atención médica en caso de emergencias; “se indica que el consentimiento informado es la aceptación por parte del paciente de una atención médica quirúrgica o procedimiento, en forma libre, voluntaria y consciente, después que el médico le ha informado de la naturaleza de dicha intervención y/o su tratamiento, incluyendo sus riesgos y beneficios”.

“El consentimiento informado es la contracara del deber de información que recae sobre el médico; una vez cumplido este último en debida forma, el paciente debe encontrarse en situación de poder decidir libremente si se somete o rechaza el tratamiento, efectuando un balance entre las ventajas y los riesgos que conlleva la intervención médica. La información constituye el requisito previo al consentimiento informado”⁵.

³ Sistema argentino de información jurídica (2016). Dossier: Mala praxis médica. Selección de jurisprudencia y doctrina, p.27.

⁴ Andorno, Roberto (2004). *Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber. Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley; Tomo I, p. 185.

⁵ García Huayama, Juan (2016). Ob. cit. p. 7.

De esta forma, así como existe y se reconoce un “derecho a saber”, también existe un “derecho a no saber”. A nivel internacional, los ejemplos más destacados son la Convención europea de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 (“Convención de Oviedo”) y las dos Declaraciones adoptadas por la UNESCO en este ámbito: la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 y la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003.

Por ejemplo, la Convención de Oviedo, luego de afirmar el derecho del individuo a tener acceso a la información relativa a su salud, agrega: “No obstante, debe respetarse la voluntad de una persona de no ser informada” (art. 10, inc. 2). El Informe Explicativo de la Convención justifica este derecho sobre la base de la autonomía de los pacientes, al afirmar que éstos “pueden tener sus razones para no desear conocer algunos datos sobre su salud”⁶.

Resaltar que los instrumentos internacionales exigen una manifestación expresa del individuo a fin de que el derecho a no saber pueda funcionar: la Convención europea se refiere a los “deseos” de la persona; las dos Declaraciones de la UNESCO citadas requieren la “decisión” del individuo.

A nivel internacional, algunos países europeos ya reconocen explícitamente el derecho a no saber. Por ejemplo, la ley francesa de derechos del paciente del 4 de marzo de 2002 dispone que “La voluntad de una persona de permanecer en la ignorancia acerca de un diagnóstico o pronóstico debe ser respetada, a menos que terceros estén expuestos a un riesgo de transmisión” (art. 1111-2 del Código de Salud Pública).

La ley holandesa de tratamientos médicos de 1994 incluye un nuevo artículo 449° del Código Civil según el cual “si el paciente ha expresado su deseo de no ser informado, no se le proveerá la información, a menos que se considere que debe darse más importancia que el interés del paciente a los daños que pueda sufrir él mismo o terceras personas a raíz de la no difusión de la información”.

⁶ Informe Explicativo de la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina, párr. 67.

La ley española del 14 de noviembre de 2002 sobre "autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica" establece en su artículo 4, inciso 1, que "toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada". A su vez, el artículo 9, inciso 1, dispone que "la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de su consentimiento previo para la intervención"⁷.

1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación se desarrolla en el Distrito Judicial de Lima.

1.2.2. Delimitación social

El grupo social objeto de estudio son los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lima que tienen bajo su competencia y conocimiento expedientes sobre mala praxis médica.

De manera específica, se realiza la encuesta a 45 abogados y 45 magistrados del Distrito Judicial de Lima.

1.2.3. Delimitación temporal

La investigación se desarrolla en el curso de los 12 meses que comprende el año 2017.

1.2.4. Delimitación conceptual

El paciente tiene el derecho a conocer el estado de salud en que se encuentra con la finalidad de tomar una decisión informada sobre el tratamiento que debe seguir. Por ello, se vulnera el derecho de información del paciente cuando el médico no informa adecuadamente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles de la intervención a la que es sometido.

⁷ Andorno, Roberto (2005). ¿Existe un derecho a no saber la propia información genética? Jurisprudencia Argentina. Suplemento Bioética.

De esta forma, “el médico tiene el deber de informar al paciente sobre su estado de salud y el tratamiento que pudiera seguir; una vez cumplido este último en debida forma, el paciente debe encontrarse en situación de poder decidir libremente si se somete o rechaza el tratamiento, efectuando un balance entre las ventajas y los riesgos que conlleva la intervención médica”⁸.

1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.3.1. Problema principal

¿En qué medida la mala praxis médica se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente de su estado de salud?

1.3.2. Problema específico

¿Se vulnera el derecho de información del paciente cuando el médico no informa adecuadamente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

Determinar en qué medida la mala praxis médica se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente sobre su estado de salud.

1.4.2. Objetivos específicos

Evaluar si se vulnera el derecho de información del paciente cuando el médico no informa adecuadamente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles.

⁸ García Huayama, Juan (2016). Ob. cit. p. 7.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia legal radica en que se establecen parámetros o criterios jurídicos que permitan establecer en qué situaciones el médico incurre en mala praxis médica, relacionados con los derechos de información del paciente ante la actuación del médico tratante.

Se justifica el trabajo de investigación desde el punto de vista ético porque obliga al médico, no sólo desde un punto de vista legal, sino también ético (deber ser) a informar adecuadamente al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles. Este deber ético, se fundamenta en el respeto de la dignidad que tiene el paciente como persona humana.

También es importante desde el punto de vista institucional porque sugiere la implementación de una serie de lineamientos políticos por parte del Estado, a fin de que se garantice en las dependencias de salud públicas o privadas, el derecho a la información adecuada.

Finalmente se justifica el trabajo de investigación desde el ámbito social porque ofrece a la colectividad en general mayor seguridad en la salud pública, al imponer a los médicos obligaciones de información sobre los cuales los pacientes van a poder decidir libremente su salud.

1.6. FACTIBILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Es factible desarrollar la investigación, pues existen los recursos necesarios para llevarlo a cabo. De otro lado existe material bibliográfico suficiente y documentado sobre el tema que posibilita su realización.

CAPITULO II MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES

Tesis extranjeras

A. Tesis presentada por las tesistas: Tapia Jara Tania Elizabeth y Tapia Tapia Viviana Ximena, intitulado: "La mala praxis médica, encuadre y consecuencias en el derecho penal y derecho civil; para optar el grado de abogado. Universidad Técnica de Cotopaxi; Ecuador; 2010.

La motivación de la tesis, afirman las tesistas, es proponer una sanción lógica a la impunidad por los delitos de mala práctica médica en el Ecuador, enmarcados en otros delitos ya tipificados, sin necesidad de incrementar más articulados, pues el problema central no es la falta de ley sino la aplicación de la misma. Es de interés para las tesistas, por ser un tema novedoso a tratarse en el derecho argentino, y el auge que los casos de mala práctica médica han tenido durante los últimos años.

La presente investigación es factible debido a la riqueza cognoscitiva sobre el tema que tiene la legislación ecuatoriana tanto en jurisprudencia como en doctrina.

Con el presente trabajo se propone generar directrices para la aplicación de las sanciones a los casos de la mala práctica médica en nuestro país, en base a un análisis prolijo del delito su estructura y enmarcación en otros delitos tipificados en el Código Penal.

Como objetivos se proponen los siguientes:

Objetivo General: Elaborar una propuesta de aplicación de sanción para la mala praxis en base a los arts. 434 y 436 del Código Penal, en concordancia con los artículos 459 y 472 ibídem.

Objetivos Específicos: a) Determinar la fundamentación teórica de la propuesta de aplicación de sanción a la mala práctica médica en el Ecuador, mediante un análisis comparativo con la legislación argentina. b) Establecer un esquema modelo de sanción conforme la legislación ecuatoriana.

Las tesis señalan como conclusiones las siguientes:

i) La mala práctica médica consiste en la falta del deber de cuidado, que en materia civil es sancionada por daños y perjuicios ocasionados a la víctima o damnificados indirectos, en materia penal en cambio es sancionada por lesiones cuando se provoca un daño corporal, que puede ser leve o permanente u homicidio cuando el facultativo provoca la muerte del paciente.

ii) En los procesos analizados, pudimos observar la aplicación de las sanciones tanto en materia civil como penal, a la mala práctica médica, concluyendo que se busca no dejar en la impunidad estos delitos.

iii) La propuesta que las tesis realizaron, para la aplicación de las sanciones a la mala práctica médica en la legislación ecuatoriana, más allá de una reforma al Código Penal, se enfoca en la aplicación de sanciones en base a los articulados ya existentes, tipificados en los delitos contra la salud pública.

B. Tesis presentada por las tesis: María Elisa Morón Baute y María Fernanda Ramírez García; intitulado: *“Contrato de seguro de responsabilidad civil médica”*; para optar el grado de abogado. Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá; 2002.

Las tesis señalan que en el ordenamiento jurídico privado colombiano existe una herramienta diseñada para proteger el patrimonio frente a amenazas de acciones judiciales por actuaciones profesionales:

Se trata del contrato de responsabilidad civil profesional, que en el caso de los profesionales de la salud presenta características especiales en razón a que el ejercicio médico se da en un esquema de relación jurídica con el paciente, en donde el paciente es poseedor de una serie de derechos derivados de su dignidad de ser humano, y al mismo tiempo es poseedor de derechos como consumidor que demanda servicios de salud.

De otra parte, los profesionales de la salud están advertidos de la problemática que los afecta y tienen mayor conciencia de los peligros a que se exponen cuando trabajan sin un seguro de responsabilidad profesional. Estas consideraciones justifican plenamente la existencia de un seguro de responsabilidad médica y plantea la necesidad de modernizar la legislación colombiana en el tema. Como conclusiones señala las siguientes:

1. La Medicina actual se encuentra en un avanzado nivel de evolución, pues no solo se limita al estudio de cada cuadro clínico (enfermedad y sanación del paciente), sino que se desarrolla como una medicina activa que busca intervenir y actuar frente a la enfermedad de manera rápida, ayudada por los avances tecnológicos.

Esto implica una rápida toma de decisiones que en un futuro podrán ser consideradas obsoletas a la luz de los avances que se presenten con posterioridad. Frente a esta situación, los médicos y entidades prestadoras del servicio de salud se encuentran expuestos a riesgos de naturaleza médico legal, y a la amenaza de tener que enfrentarse a las acciones judiciales que se intenten contra ellos, viéndose en la necesidad de hacer frente a las consecuencias patrimoniales adversas que ello conlleva.

Por esta razón concluimos, después de haber realizado este trabajo, que resulta necesario difundir la figura del legal del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, como mecanismo que les permitirá afrontar las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad que podría derivarse de sus actuaciones en el ejercicio de actividad profesional.

2. El tema de la protección del paciente, entendiendo al paciente como el usuario del servicio médico, ha adquirido hoy gran importancia debido a la política proteccionista del consumidor desarrollada por los Estados.

Esta situación ha llevado a que los profesionales tomen conciencia de que su relación profesional con el paciente se desenvuelve dentro del marco jurídico de la responsabilidad civil, en la que el paciente es poseedor de una serie de derechos para obtener la indemnización de los perjuicios que pudiere llegar a sufrir.

La importancia dada hoy a los derechos del consumidor se ha presentado como una consecuencia del reconocimiento de la dignidad del ser humano, como poseedor de derechos para demandar servicios adecuados a sus necesidades, principio que resulta plenamente aplicable cuando se trata de la prestación de servicios médicos y actividades relacionadas con la salud.

3. El Seguro de Responsabilidad Civil Médica como tal, ha tenido un tímido y limitado desarrollo en el mercado colombiano, pues son pocas las condenas en los procesos judiciales que se llevan por mala praxis médica. La razón de esto es la escasa cultura de reclamo con la que contamos en nuestro país. A esto se agrega que no existen abundantes elementos sobre los cuales estructurar un sistema de interpretación de las disposiciones aplicables tanto a la responsabilidad civil del médico, como a las estipulaciones contractuales consignadas en las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional, pues la legislación y la jurisprudencia sobre el tema son escasas.

De lo anterior concluimos que es sentida la necesidad de contar con una legislación clara y unificada sobre la Responsabilidad Médica, para que, de ahí, se pueda determinar cuáles son los riesgos de cubriría el Seguro de Responsabilidad Civil Médica. Resulta evidente que esto contribuiría a facilitar la solución de las controversias derivadas del contrato de prestación de servicios médicos.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. Mala Praxis Médica

Si partimos que mal es apócope de malo, y praxis es un vocablo de origen griego que significa práctica, entonces diremos que “mala praxis” significa cualquier forma de ejercicio inadecuado de una profesión. Ante ello, “la mala praxis en el área de la salud, se verifica cuando se provoca un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable”⁹.

Para Jorge Romero, la mala praxis del médico “se da cuando ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta a los deberes profesionales”¹⁰.

Para Martínez Calcerrada, la mala praxis médica es definida como “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y de la trascendencia vital del actor, y en su caso, de la influencia de otros factores vinculados al propio enfermo, a sus familiares, a la misma organización sanitaria”¹¹.

En sentido estricto, la “mala praxis médica” tiene diferentes acepciones como, por ejemplo, las siguientes: i) El ejercicio inadecuado de la profesión médica; ii) El daño corporal producto del acto médico; iii) La violación de las normas del adecuado ejercicio profesional; iv) La omisión, por parte del médico, de una prestación apropiada de los servicios a que está obligado”¹².

⁹ Salazar, Bernan y Quintana, Roxana (1993). La mala praxis. Responsabilidad penal del profesional en medicina. En: *Medicina Legal*. Vol. 10, N° 2, pp. 30-33.

¹⁰ Romero Pérez, Jorge (2014). Apuntes sobre la mala praxis médica. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 35, setiembre-diciembre, pp. 107-122 (110).

¹¹ Martínez-Calcerrada Gómez (1998). *Lex artis ad hoc y la responsabilidad médico profesional*. Anales de la Real Academia de Doctores, Tomo II, p. 156.

¹² Tiffer, Carlos (2001). Mala praxis médica y sus consecuencias penales. En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 2013, agosto, N° 19, pp. 63-92 (65).

En sentido amplio, “La mala praxis médica consiste en un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la salud o vida del paciente”.¹³

2.2.1.1. Derechos de los pacientes

Cuando se habla de los derechos de los pacientes, tenemos que dividir estos en dos tipos: “Los derechos sociales y los derechos individuales. Los primeros se encuentran relacionados con el nivel cultural, educativo, el desarrollo político social y económico de la sociedad y, tienden a enfatizar la igualdad de posibilidades de los integrantes de la sociedad en el acceso a la asistencia en salud, sin discriminación de ninguna naturaleza. Entonces se dice que la capacidad de goce de los mismos es colectiva”¹⁴.

En cambio, los derechos individuales se refieren a la esencia del ser humano: intimidad, dignidad, religiosidad e integridad. La capacidad de goce de los derechos individuales es personal.

Bajo un modelo paternalista, “el paciente recibe las intervenciones necesarias y que mejor garantizan su salud y bienestar por parte de un médico que en base a sus conocimientos determina la situación clínica del paciente, y elige que pruebas diagnósticas y tratamiento son las más adecuadas con el objeto de restaurar la salud del paciente. Bajo este modelo, el médico discierne qué es lo mejor para el paciente, sin que sea necesaria su participación. De esta forma, en la tensión entre la autonomía del paciente y su bienestar, entre la capacidad de elección y la salud del paciente, el médico paternalista pone énfasis en lo segundo”¹⁵.

¹³ Ibidem, p. 66.

¹⁴ Avila, Inés. Los derechos de los pacientes. En: consultado en la página electrónica: http://consejomedicosde.com.ar/descargas/Guia_FRP.pdf

¹⁵ Emanuel, Ezekiel y Emanuel, Linda (1999). Cuatro modelos de la relación médico paciente. *Revista Bioética para clínicos*. N°20. pp. 109-126. Consultado en http://rillo.educsalud.cl/Curso%20Transv%20Bioetica%202012%20/Emanuel%20E.%20Cuatro_modelos_relacion_M-P.pdf

En cambio, “bajo un modelo informativo, o modelo del consumidor, en la relación médico-paciente, éste último recibe del médico toda la información relevante para que pueda elegir la intervención que desee, tras lo cual el médico la llevará a cabo”¹⁶. “En el modelo informativo hay una clara distinción entre los hechos y los valores. Los valores del paciente son conocidos y están bien definidos; sin embargo, lo que el paciente no conoce son los hechos; por ello, es obligación del médico facilitar al paciente todos los datos disponibles, y será el paciente, desde sus valores, quien determine que terapéutica se le debe aplicar”¹⁷. Por ello, bajo un modelo informativo o autonomista, el paciente decide sobre su salud, mediante una información adecuada por parte del médico.

Dentro de los derechos individuales fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pacientes¹⁸, tenemos los siguientes:

- Derecho a una prestación profesional e institucional calificada y a la libre elección de la misma.
- La confidencialidad
- El consentimiento informado o información consentida.
- La segunda opinión
- El acceso a la historia clínica.
- La privacidad e intimidad
- La protección contra abusos de poder
- Derecho a un trato digno
- Derecho a un trato respetuoso.
- Derecho a la asistencia religiosa

¹⁶ Ibidem, p. 110.

¹⁷ Ibidem, p. 111.

¹⁸ Declaración de Lisboa, Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981; Asociación Médica Mundial (1995); Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la biología y la medicina, Consejo de Europa, 1997; Convenio relativo a los derechos humanos y la medicina, Oviedo, 1997; Código de ética y deontología médica de la OMC.

Por su parte, la Ley General de Salud, aprobado por Ley N° 26842, modificada por la Ley N° 29414, que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, establece los siguientes derechos:

- **“Acceso a los servicios de salud**, que comprende:
 - a) recibir atención de emergencia médica, quirúrgica y psiquiátrica en cualquier establecimiento de salud público o privado, Médica en Caso de Emergencias y Partos, y su Reglamento;
 - b) elegir libremente al médico o el establecimiento de salud, según disponibilidad y estructura de éste, con excepción de los servicios de emergencia;
 - c) recibir atención de los médicos con libertad para realizar juicios clínicos;
 - d) solicitar la opinión de otro médico, distinto a los que la institución ofrece;
 - e) obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, conservar o restablecer su salud, según lo requiera la salud del usuario”.

- **“Acceso a la información**, que comprende:
 - a) ser informado adecuado y oportunamente de los derechos que tiene en su calidad de paciente y de cómo ejercerlos;
 - b) conocer el nombre del médico responsable de su tratamiento, así como el de las personas a cargo de la realización de los procedimientos clínicos;
 - c) recibir información necesaria sobre los servicios de salud a los que puede acceder y los requisitos necesarios para su uso, previo al sometimiento a procedimientos diagnósticos o terapéuticos;
 - d) recibir información completa de las razones que justifican su traslado dentro o fuera del establecimiento de salud, otorgándole las facilidades para tal fin, minimizando los riesgos;
 - e) tener acceso al conocimiento preciso y oportuno de las normas, reglamentos y condiciones administrativas del establecimiento de salud;

- f) recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren;
- g) ser informada sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa;
- h) ser informada sobre la condición experimental de la aplicación de medicamentos o tratamientos, así como de los riesgos y efectos secundarios de éstos;
- i) conocer en forma veraz, completa y oportuna las características del servicio, los costos resultantes del cuidado médico, los horarios de consulta, los profesionales de la medicina y demás términos y condiciones del servicio”.

- **“Atención y recuperación de la salud**, que comprende:

- a) ser atendida con pleno respeto a su dignidad e intimidad sin discriminación por acción u omisión de ningún tipo;
- b) recibir tratamientos cuya eficacia o mecanismos de acción hayan sido científicamente comprobados o cuyas reacciones adversas y efectos colaterales le hayan sido advertidos;
- c) su seguridad personal y a no ser perturbada o puesta en peligro por personas ajenas al establecimiento y a ella;
- d) autorizar la presencia, en el momento del examen médico o intervención quirúrgica, de quienes no están directamente implicados en la atención médica, previa indicación del médico tratante;
- e) que se respete el proceso natural de su muerte como consecuencia del estado terminal de la enfermedad;
- f) ser escuchada y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se encuentre disconforme con la atención recibida, para estos efectos la Ley proveerá de mecanismos alternativos y previos al proceso judicial para la solución de conflictos en los servicios de salud;

- g) recibir tratamiento inmediato y reparación por los daños causados en el establecimiento de salud o servicios médicos de apoyo, de acuerdo con la normativa vigente;
- h) ser atendida por profesionales de la salud que estén debidamente capacitados, certificados y recertificados, de acuerdo con las necesidades de salud, el avance científico y las características de la atención”.

- **“Consentimiento informado**, que comprende:

a) otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones:

a.1) En la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública;

a.2) cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, supuesto en el cual el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital;

a.3) cuando se trate de exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes, el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

b) que su consentimiento conste por escrito cuando sea objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos. El consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital”.

La enumeración de los derechos señalados anteriormente (artículo 15° de la Ley General de Salud) no excluye los demás contenidos en dicha Ley o los que la Constitución Política del Perú garantiza.

Para garantizar que estos derechos se cumplan, los establecimientos de salud deben aprobar normas y reglamentos de funcionamiento interno; asimismo, el Ministerio de salud debe establecer los estándares de atención de la salud de las personas a través de protocolos. Asimismo, para garantizar estos derechos existe el “Sistema nacional de protección de los derechos de los usuarios”, que se constituyen como instancias de carácter independiente, autónomo y confidencial que garantizan equidad y justicia para la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de salud.

2.2.1.2. Deber de información y falta de comunicación del médico con el paciente

- Deber de información

El deber de información que tiene el médico con el paciente, dentro del nuevo modelo informativo, o modelo del consumidor, en la relación médico-paciente, se encuentra regulado en el artículo 63° inciso d) del Código de Ética y Deontología Médica del Colegio Médico del Perú (2007), que establece que el paciente tiene derecho a:

“obtener toda la información que sea veraz, oportuna, comprensible, acerca de su diagnóstico, tratamiento y pronóstico”. Complementando lo dicho el artículo 68° señala que: “El médico debe explicar al paciente sobre la naturaleza de sus síntomas o su enfermedad, posible o probable, hasta que éste comprenda su situación clínica, ponderando el principio del privilegio terapéutico, por el cual el médico decide las restricciones pertinentes. En caso de incompetencia del paciente, la información debe ser proporcionada a las personas legalmente responsables del mismo”.

En igual sentido, el artículo 15° de la Ley General de Salud -Ley N° 26842-, modificada por la Ley N° 29414, señala que el paciente tiene derecho a:

“recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren”; asimismo, señala que tiene derecho a “ser informado sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa”.

Complementando lo dicho, el Código de Ética y Deontología Médica del Colegio Médico del Perú (2007), establece en el artículo 63° inciso e) que “el paciente tiene derecho a: (...) aceptar o rechazar un procedimiento o tratamiento después de haber sido adecuadamente informado o a revocar su decisión en cualquier momento, sin obligación de expresión de causa”. En contrapartida, el artículo 75° del citado, indica que: “es deber del médico tratante informar al paciente que tiene derecho a solicitar una segunda opinión si lo considera conveniente”; mientras que el artículo 64° del mismo cuerpo normativo señala que “el médico debe relacionarse con el paciente en igualdad de condiciones respecto de su condición humana, en forma tal que supere el paternalismo tradicional, lo cual no implica que abdique de su competencia profesional”.

Resulta interesante que el artículo 15° de la Ley General de Salud -Ley N° 26842-, modificada por la Ley N° 29414, señala que “el paciente tiene derecho a recibir la información del médico en términos comprensibles. El médico se encuentra en una situación cultural diferente a la del paciente, basado en la ciencia que desarrolla; por lo que el lenguaje y la terminología particular con la que describe su ciencia debe ser adaptada a un lenguaje simple, comprensible al hombre común”¹⁹.

“Es fundamental que el médico explique de modo simple las ventajas e inconvenientes de una u otra posibilidad diagnóstica y terapéutica, manifestando su opinión sobre las razones por las que se inclinaría hacia una de ellas. Lo contrario supone abandonar al paciente en su desconocimiento, y vulnerar el derecho a la información que tiene el paciente para que éste pueda decidir disponiendo sobre su propio cuerpo, pero con conocimiento sobre su decisión”²⁰.

¹⁹ Lovece, Graciela (2007). *Responsabilidad de los médicos*. Nova Tesis Editorial Jurídica, junio, p. 68.

²⁰ Vázquez Ferreyra, Roberto (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina* (2° Edición). Buenos Aires: Editorial Hammurabi; p. 39.

Otro aspecto relevante establecido en el artículo 15° de la Ley General de Salud -Ley N° 26842-, modificada por la Ley N° 29414, es lo relacionado al derecho que tiene el paciente a recibir información completa.

En ese sentido, el citado artículo establece que

“la información debe ser lo más completa y pormenorizada posible. No debemos olvidar que la información es la base y el presupuesto del consentimiento, por lo que una información defectuosa o inexacta puede ser causa de un vicio en el consentimiento y generar responsabilidad para el médico”²¹.

En tal sentido, el médico debe dar información sobre la naturaleza de sus síntomas o su enfermedad, posible o probable; pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren.

Lourdes Blanco

“ha diferenciado el grado de información que debe suministrarse al paciente, para lo cual refiere los siguientes criterios: i) Capacidad del paciente para comprender la información y alcanzar una decisión a partir de las consecuencias de la misma; ii) Deseos del paciente: en ocasiones el paciente deja en manos del médico toda decisión, lo que no exime a éste de informarle, si bien será una información mucho más somera que si el paciente pregunta por el tratamiento, posibilidades, alternativas, etc.; iii) Necesidad de tratamiento: si el tratamiento es esencial para la salud del paciente, el deber de informar será en general menor que si los actos médicos a realizar no son esenciales; iv) El nivel de riesgo que entrañe el tratamiento, ya que si el riesgo es grave, el deber de información pesará mucho más que si se trata de un riesgo despreciable o poco importante; v) Probables efectos de la información sobre el paciente”²².

- Consecuencias de la falta de información

La falta de información al paciente, previo al consentimiento, se considera una mala praxis médica que debe ser indemnizada.

²¹ García Huayama, Juan (2016). Ob. cit. p. 10.

²² Blanco Pérez-Rubio, Lourdes (2006). El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva. En: *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*; Eugenio Llamas Pombo (coord.). Madrid: La Ley; p.191.

“El paciente debe ser adecuadamente informado con anterioridad a que preste su consentimiento para el acto médico con el cual tiene relevancia, dejando constancia que se trata de un consentimiento de carácter temporal y revocable. En tal razón, un consentimiento prestado por el paciente meses antes de una práctica determinada puede ser inválido o no haber subsistido. Del mismo modo, un consentimiento prestado después de una intervención médica es ineficaz como tal, aunque el enfermo puede ratificar lo decidido por el galeno, si no se afectara con ello una norma imperativa o el orden público”²³.

Por ello, “uno de los elementos esenciales para la eficacia del consentimiento del paciente (y, por ello, se habla de un binomio consentimiento-información que da lugar al llamado consentimiento informado) es que éste haya sido precedido de la adecuada información. Siguiendo esta pauta la Ley General de Salud expresamente impone que el consentimiento informado deberá otorgarse en “oportunidad previa” a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento (Art. 15.4.a)”²⁴.

A menos que sean casos de suma urgencia, “es necesario que transcurra un periodo de tiempo razonable entre la prestación del consentimiento informado y la actuación o intervención ya que ello garantizaría el poder entender que se está ante una decisión tomada desde la valoración y la madurez necesarias. En ningún caso se facilitará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico”²⁵.

Resulta relevante traer acotación lo señalado, por ejemplo, por la Corte Suprema Española, que ha puesto de relieve

“la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997, 29 de mayo y 23 de julio de 2003, 21 de diciembre 2005, entre otras)”.

Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994, 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999).

²³ García Huayama, Juan (2016). Responsabilidad civil médica y consentimiento informado. En: Revista Derecho y Cambio Social. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456243.pdf>

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma (...).”²⁶

En tal sentido, continúa afirmando la Corte Suprema Española,

“el daño que se pone a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en su práctica. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber habido omisión de la información previa al consentimiento (STS 4 de marzo 2011). Ahora, aclarar que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido. Pero también lo es que, en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente”²⁷.

El paciente debe recibir una información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la actuación. Al respecto el Tribunal Supremo Español (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), en sus sentencias de 4 de abril de 2000 y 18 de enero, 9 de mayo y 25 de abril de 2005, respecto al consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto, la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad²⁸.

La información debe extenderse a las características de la intervención o el tratamiento que se propone y sus beneficios, las recomendaciones, los riesgos que implica y sus consecuencias (generales y específicos del paciente atendiendo a cada situación clínica particular), las contraindicaciones y las alternativas posibles.

²⁶ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español, de 8 de septiembre de 2015. Asimismo, cfr. López García de la Serrana, Javier (2010). La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica. Abril. En: www.hispajuris.es

²⁷ Ibidem

²⁸ Monterroso Casado, Esther. La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño. Obtenido de la siguiente página electrónica: www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Esther%20Monterroso.pdf

Esta extensión de la información, específica y personalizada, da lugar a apreciaciones distintas por los tribunales. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia núm. 429/2005, de España (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 8 junio de 2005, condena a la Administración por no informar al paciente de los riesgos típicos (incontinencia de esfínteres o a la secuela del síndrome de cola de caballo) de una laminectomía a la que fue sometido. Además, toma en consideración la firma del paciente, que no aparece en el dorso donde figuran reseñadas las complicaciones de la intervención²⁹.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección tercera) de 11 de julio de 2005, de España, absuelve al cirujano plástico ya que la información suministrada fue específica para la intervención de mamoplastia de aumento, y no genérica. En sentido contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), de 3 febrero de 2003 establece la responsabilidad del médico porque el documento firmado se trataba de «un mero formulario» y no reunía los requisitos mínimos de información al paciente sobre diagnóstico, tratamientos y riesgos posibles, de manera individualizada y clara³⁰.

En la reciente doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo español³¹ sobre la información médica que debe ser proporcionada al paciente, ha señalado:

“1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses. Es indispensable, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza;

2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva; revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria;

3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo español 943/2008, de 23 de octubre; caso fecundación *in vitro*.

La Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 señala como información básica (art. 10.1) 'los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones'. Y en relación con los embarazos de riesgo esta Sala (SS. 7 de julio de 2002; 19 de junio y 23 de noviembre de 2007, núm. 1197) ha hecho hincapié en la exigencia de informar de modo especial respecto a las circunstancias de dicho embarazo; es decir sobre los riesgos del mismo;

4. En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria prescindible o de una necesidad relativa; y,

5. La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil”.

- El nivel de información en la medicina curativa y en la medicina satisfactiva

Tradicionalmente existía una diferencia conceptual entre la medicina curativa, terapéutica o asistencial y la medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva (cirugía estética, implantes, etc.). En el primer caso, el médico no estaba obligado a la curación del paciente, sino que se le exigía que aplique todos los medios que tenga a su alcance para atender al enfermo. En el segundo caso, sí se exigía al médico un resultado y éste estaba obligado a conseguir el objetivo que se buscaba³².

En efecto,

“se afirmaba que el contenido del deber de información exigía mayor rigor en su cumplimiento en el ámbito de la medicina voluntaria, donde debía informarse de forma detallada de los riesgos o posibles complicaciones que podía presentar la intervención tanto en el curso de la operación como en el postoperatorio, ya que la falta de información sobre algún aspecto daba lugar, en la mayoría de los casos, a una sentencia condenatoria para el profesional de la salud”³³.

³² Cfr. Kvitko, Luis Alberto (2011). La responsabilidad médica en cirugía estética ¿Obligación de medios o de resultados? Antecedentes. Jurisprudencia Argentina y española. Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español. En: *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 28; N° 1; Marzo.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo N° 583/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 27 septiembre de 2010.

Así, el Supremo Tribunal español en sentencia de fecha 23 de mayo de 2007 estableció:

“...la medicina satisfactiva, dada su peculiar naturaleza, exige extremar el deber de información. En ella, se acrecienta —para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial—, el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona, que es la finalidad perseguida por la norma (...), con más razón es exigible ese derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención cuando ésta no es necesaria o urgente”.

Sin embargo, hoy en día, esta diferencia ha desaparecido; la nueva jurisprudencia española a través del Tribunal Supremo³⁴ ha establecido que:

“...la distinción entre obligación de medios y de resultado no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial”. Agrega el Tribunal Supremo: “los médicos actúan sobre las personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio, por lo que los riesgos y complicaciones que pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía. En tal sentido, no hay medicina de resultado, y de haberla, se cargaría al médico con una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabilizaría sólo por el resultado alcanzado”.

2.2.1.3. El consentimiento informado

2.2.1.3.1. Antecedentes

Uno de los primeros antecedentes del consentimiento informado, constituye, sin duda, el Código ético sobre ensayos clínicos, promulgado en el año 1931, en Alemania, denominado “Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre”. El artículo 12º establecía la prohibición de experimentar en seres humanos en aquellos supuestos en los cuales no se hubiera obtenido el necesario y previo consentimiento³⁵.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Gonzáles Porras, J.M.; Méndez Gonzáles, F.R. (Coords.) (2004). *Libro Homenaje al profesor Albaladejo García*. Tomo I, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 32.

Posteriormente, y como consecuencia de conocer los horrores relacionados con las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial y con el uso de los prisioneros de los campos de concentración para investigar cuestiones de algún modo relacionadas con la medicina, aparece el Código de Nüremberg (1946), que sirvió para dar principios que puedan defender los derechos de los sujetos que participan en la investigación médica³⁶.

Este Código hace referencia al "consentimiento voluntario" (*voluntary consent*) del sujeto potencial de investigación, que debe ser capaz para consentir -desde un punto de vista jurídico-; estar libre de presión, fraude, engaño, coacción, o compulsión; y disponer de la información y comprensión suficiente de los elementos en juego (naturaleza, duración y propósito de la práctica, inconvenientes y peligros razonablemente previsibles, efectos derivados) como para permitirse "una decisión lúcida y con conocimiento de causa". Esta formulación posee la debilidad de no saber si extrae su fuerza del principio de beneficencia o del de autonomía³⁷.

Posteriormente, la Asociación Médica Mundial, haciendo eco al reclamo alertado en el Código de Nüremberg, dio a conocer una recomendación para guiar el curso de las investigaciones con seres humanos, especialmente preparadas para esclarecer la conciencia de los médicos del mundo entero (Helsinki, 1964). En ella se diferenciaba a los experimentos cuyo objetivo esencial era terapéutico (investigación clínica) de los que no lo eran (investigación biomédica no clínica), aunque en ambos campos existían referencias directas al "consentimiento libre y esclarecido" y al "consentimiento libre y lúcido" del paciente o de sus representantes legales (Declaración de Helsinki, II.1 y III.3a, 3b y 3c)³⁸.

La expresión "consentimiento informado" (*informed consent*) fue utilizada por primera vez en el Estado de California (USA) en 1957, con ocasión del caso "*Salgo vs. Leland Stanford Jr. University-Broad of Trustees*".

³⁶ Ferrer Colomer, M. y Pastor García, L.M. (1999). ¿Vigencia del Código de Nuremberg después de cincuenta años? En: *Cuadernos de Bioética*. N° 1, pp.103-112.

³⁷ Secchetto, Sergio (2000). Antecedentes históricos del consentimiento del paciente informado en Argentina. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*. N° 5, diciembre, pp.77-87.

³⁸ *Ibidem*, p. 78.

La sentencia señala que el cuerpo médico está obligado a "obtener el consentimiento" del enfermo y, además, a "informar adecuadamente" al paciente antes de que proceda a tomar una decisión. En suma, la sentencia especifica el derecho del enfermo a una información de calidad y la obligación médica de brindar esa información relevante³⁹.

En el caso "*Nathanson vs. Kline*" (1960), se consolidó el ingreso del término "consentimiento informado" en el ámbito sanitario y, desde entonces, se lo incorporó como parte constitutiva del acto médico. Se estableció que el profesional médico no podía decidir por su paciente, ni aún para proteger sus mejores intereses. La completa "autodeterminación" de las personas inhibe a los expertos para sustituir con juicios valorativos propios los deseos del enfermo, por medio de cualquier forma o engaño, aún si le va en ello su vida o su integridad física⁴⁰.

El otro impulso que recibió la doctrina del consentimiento informado fue ajeno a la esfera judicial (*Common Law*). Sergio Cecchetto nos recuerda que hacia el año 1972 el ámbito judicial comenzó a dar muestras de agotamiento y fueron las leyes estatutarias (*Statutory Law*) las que tomaron el relevo.

Es así que hacia el año 1982, treinta Estados norteamericanos ya habían elaborado legislaciones sobre consentimiento informado, sin embargo, el movimiento nacional e internacional de enfermos consiguió en paralelo con ellas, dar forma a códigos de derechos para proteger a esta llamativa "minoría" de consumidores de servicios sanitarios. El primer paso en este sentido data de 1970 en el país del norte, y se trata del documento de la *National Welfare Right Organization*. Luego, la Asociación Americana de Hospitales, aprobó una Carta de Derechos del Paciente, que el Departamento Federal de Salud, Educación y Bienestar recomendó al año siguiente fuera adoptada por todos los hospitales y demás centros sanitarios⁴¹.

³⁹ Ibidem, p. 79.

⁴⁰ Ibidem, p. 79.

⁴¹ Ibidem, p. 80.

Asimismo, referir que los doce puntos que contiene la Carta de Derechos del Paciente, no hacían más que especificar de distintas maneras el derecho general a la información y al consentimiento del enfermo. Se reconocía allí al "consentimiento informado" como un nuevo derecho humano -no ya como una especificación del clásico derecho a la salud-, que debía sumarse a la lista de los ya existentes: derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, y en íntima relación con otros derechos fundados en la autonomía personal: el derecho a la privacidad y a la muerte digna. De esta manera el lenguaje hipocrático de las virtudes y de las obligaciones signado por el principio beneficentista, dio paso a un lenguaje de derechos apoyado en el principio de autonomía⁴².

Destacar también que en el año 1981, la Asociación Médica Americana estableció que el derecho del paciente a la decisión autónoma sólo podía ejercerse en caso de poseer información suficiente para elegir de manera inteligente, y oponiendo dos excepciones a la citada prerrogativa: a) cuando el paciente se encontrara inconsciente o incapaz para consentir frente a una situación de necesidad o peligro inminente, y b) cuando la revelación de información conllevara una amenaza psicológica de daño (vr.gr. privilegio terapéutico).

2.2.1.3.2. Conceptualización

El consentimiento informado, señala Enrique Varsi,

“es la anuencia libre, voluntaria y conscientemente manifestada por un paciente, en pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, a efectos que se lleve a cabo en él una actuación médica en el tratamiento de su salud”⁴³.

Para Fernández Sessarego, siguiendo la doctrina de la autodeterminación del paciente, señala que:

“...el consentimiento informado “es un derecho sui generis del paciente sobre su libertad constitutiva y su correspondiente ejercicio, su vida, su integridad psicosomática, su salud, su intimidad. Es una declaración de voluntad unilateral.

⁴² Ibidem, p. 80.

⁴³ Varsi Rospigliosi, Enrique (2006). *Derecho médico peruano*. Lima: Grijley; p. 183-184.

Todos o algunos de los derechos fundamentales del ser humano podrían verse afectados si el médico no cumpliera con el deber de informar al paciente sobre todo lo relacionado con su enfermedad y con el tratamiento propuesto para la recuperación o alivio de su salud, a fin de que este pueda adoptar una decisión libre, voluntaria y consciente sobre si acepta o no una intervención sobre su cuerpo. De ahí que, sólo a raíz de su “asentimiento”, puede el médico actuar sobre el cuerpo del enfermo. También, por ello, el paciente en cualquier momento del tratamiento, puede decidir suspenderlo o rehusar definitivamente continuar con él”⁴⁴.

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, de 1984 define el consentimiento informado, señalando:

“El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”.

La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente AMM, estipula sobre el consentimiento informado, lo siguiente:

“El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación con su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.”

Se recalca constantemente que una condición necesaria para el consentimiento informado es la buena comunicación entre el médico y el paciente. Cuando impera el paternalismo médico, la comunicación era relativamente simple: consistía en las instrucciones del médico al paciente para seguir tal o cual tratamiento. Hoy en día es diferente, la comunicación exige mucho más de los médicos, ya que deben entregar a los pacientes toda la información que necesita para tomar sus decisiones de manera autónoma.

⁴⁴ Fernández Sessarego, Carlos (2011). *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Lima: Editorial Motivensa; p. 53.

Esto incluye la explicación de diagnósticos, pronosis y tratamientos complejos en un lenguaje simple, confirmar o corregir la información que los pacientes puedan haber obtenido de otras fuentes (por ejemplo, otros médicos, revistas, Internet, etc.), asegurarse que los pacientes entiendan las opciones de tratamiento, incluidas las ventajas y desventajas de cada una, contestar las preguntas que tengan y comprender la decisión que tome el paciente y, si es posible, sus razones⁴⁵.

2.2.1.3.3. Formación y evolución de la doctrina del consentimiento informado “*informed consent*” en el ordenamiento jurídico norteamericano

El origen y la evolución de la denominada doctrina del consentimiento informado “*informed consent*”, han sido de carácter eminentemente jurisprudencial, dado que se ha desarrollado en los países anglosajones; aunque en fechas recientes también se ha cristalizado en algunos textos normativos. El término “*informed consent*” no aparece por primera vez de forma expresa, sino hasta el año 1957, en el caso “Salgo vs. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees”. El origen del cuerpo jurisprudencial denominado “*informed consent*” despliega sus cepas hasta el nacimiento del Estado norteamericano, teniendo pues, un proceso de más de dos siglos de evolución.

Aleksandar Pétróvich, distingue tres momentos en la historia jurisprudencial de formación del “*informed consent*”. “La primera, de 1780 a 1890, en la que los casos ponen de relieve la vigencia del paternalismo médico, apoyado en la primacía del principio de beneficencia. Los médicos actuaban sin consentimiento del paciente o con consentimiento obtenido con engaños y, en ocasiones, incluso en contra de su voluntad; siendo responsables del daño producido por mala práctica ‘*malpractice*’ o negligencia profesional.

La segunda etapa de 1890 a 1920, está caracterizada por la progresiva importancia que adquieren tanto el consentimiento del paciente como la información suficiente y de calidad que debe suministrar el médico. Las intervenciones del médico sin estas condiciones, dan lugar al delito de agresión ‘*battery*’, fundamentado en el ‘*derecho a la inviolabilidad de la persona*’.

⁴⁵ Asociación Médica Mundial (2015). *Manual de Ética Médica* (3ª edición). París: p. 43.

Por último, la tercera etapa, de 1950 a 1972, se caracteriza por la existencia del derecho al consentimiento informado como ‘derecho autónomo’⁴⁶.

Sin embargo, para Salvador Tarodo⁴⁷, en la evolución de la doctrina jurisprudencial norteamericana del consentimiento informado “*informed consent*”, existen dos grandes etapas:

“1.- La primera etapa se caracteriza por la absoluta primacía del principio de beneficencia en la relación entre el profesional de la medicina y el paciente. La relevancia jurídica del consentimiento del paciente aparece ligada a la determinación de la responsabilidad del médico única y exclusivamente cuando se produce un daño.

2.- La segunda etapa, cuyo punto de inflexión se puede situar en el ‘caso Schloendorff vs. The Society of the New York Hospital’ (1914), se caracteriza por el progresivo protagonismo del paciente en cuanto sujeto de derechos fundamentales. En este período que nos conduce hasta nuestros días, el derecho del ‘informed consen’ adquiere autonomía y es concebido como un derecho fundamental ligado al derecho a la privacidad ‘right of privacy’ y expresión, en último término, del libre desarrollo de la personalidad en las cuestiones que conciernen a la propia salud”.

2.2.1.3.3.1. Etapa de primacía del principio de beneficencia: La responsabilidad médica por intervención sin el consentimiento del paciente

Esta primera etapa, afirma Salvador Tarodo⁴⁸, se extiende desde las primeras resoluciones judiciales sobre la materia, hasta 1914, año del caso Schloendorff v. The Society of the New York Hospital. Dentro de este período se pueden distinguir, a su vez, dos fases:

a). Un primer grupo de sentencias, que aproximadamente se extiende desde los albores de la jurisprudencia norteamericana hasta finales del siglo XIX, caracterizadas por la determinación de la responsabilidad de los profesionales sanitarios que realizan intervenciones sin consentimiento del paciente acudiendo al concepto jurídico de mala práctica “*malpractice*” o negligencia profesional.

⁴⁶ Péetrovich, Aleksandar (1997). Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado. En *Revista Española del Daño Corporal*. Año III. Nº 5, pp. 37-44 (38).

⁴⁷ Tarodo Soria, Salvador (2006). La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. *Revista Dialnet Derecho y Salud*. Vol. 14, Nº 1, enero-junio; pp.229-249.

⁴⁸ *Ibidem*, p.231.

b). En las resoluciones de los primeros años del siglo XX, se percibe un cambio de enfoque que sustituye la categoría jurídica de mala práctica “*malpractice*” por la de agresión “battery” o, como elemento idóneo para tipificar la conducta del médico que realiza una intervención sin consentimiento del paciente.

a. Responsabilidad por mala práctica “*malpractice*” (negligencia profesional)

Un análisis de:

“la lectura de los documentos de hospitales estadounidenses del siglo XIX, se pueden extraer conclusiones importantes sobre la conducta de los médicos en su relación con los pacientes. Los pacientes no recibían ninguna información y, cuando excepcionalmente lo hacían, las sugerencias que pudieran hacer al respecto no eran tomadas en cuenta. La práctica médica estandarizada a lo largo de los siglos XVIII y XIX se caracterizaba porque el médico seguía la tradición hipocrática de no informar al paciente, considerándole incompetente para tomar decisiones sobre su salud. El período se caracteriza, en definitiva, por la absoluta primacía del principio de beneficencia”⁴⁹.

Para ilustrar esta etapa, donde se concedía poco valor la opinión del paciente, es común citar el “caso Slater vs. Baker and Stapleton” (1767).

“La paciente Slater había sufrido una fractura de una pierna, recibe la atención respectiva por los médicos Baker y Stapleton; transcurrido el período de tratamiento, la paciente solicita la retirada del vendaje; sin embargo, los médicos aduciendo que la fractura aún no estaba totalmente consolidada, no sólo se niegan, sino que aprovechando una de las visitas de la desdichada señora Slater, le volvieron a fracturar la pierna con la finalidad de experimentar un aparato ortopédico de su invención. El Tribunal de las Islas Británicas responsabilizó a los médicos de los daños provocados por mala práctica ‘malpractice’⁵⁰.

Asimismo, la doctrina cita también el “caso Carpenter vs. Blake” (1871). “En este caso, el médico Blake asegurando a la paciente, la señora Carpenter que ya estaba completamente restablecida de su luxación de hombro, obtiene su consentimiento a que se dé por finalizado el tratamiento.

⁴⁹ Ibidem, p.231.

⁵⁰ Ibidem, p.231.

Pasado un tiempo, la señora Carpenter percibe molestias en su hombro y demanda al médico. El Tribunal condena a Blake por mala práctica 'malpractice', al haber obtenido el consentimiento al alta de la paciente por medio de información falsa⁵¹.

Salvador Tarodo⁵² señala que del análisis de los casos más emblemáticos de este período se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- “1. La cuestión de derecho analizada por el Tribunal descansa en la determinación de la responsabilidad del médico por el daño producido.*
- 2. Cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento o con consentimiento obteniendo mediante engaño incurre en mala práctica “malpractice”, (negligencia profesional).*
- 3. La ausencia de consentimiento que daba lugar a la mala práctica “malpractice”, era entendida como falta de una correcta asistencia médica y no como el defectuoso ejercicio de un derecho autónomo por parte del paciente”.*

b. Responsabilidad por «battery» (agresión)

En el tránsito del siglo XIX al XX se produce también un cambio en la jurisprudencia norteamericana. En el “caso Union Pacific R.Co. vs. Botsford” (1891), la Corte declaró que “

“uno de los derechos que es tenido por más sagrado o más cuidadosamente protegido por el common law, es el derecho de todo individuo a la posesión y control de su propia persona, libre, sin ninguna restricción o interferencia por parte de los otros”. “Esta declaración sienta las bases de la relación, que la jurisprudencia posterior vendría a reafirmar, entre el derecho del ‘informed consent’ y la integridad corporal. Esta sentencia constituye un precedente de la doctrina jurisprudencial que más tarde reconoció la vinculación de los derechos al ‘informed consent’ y a la integridad corporal con el derecho a la privacidad (‘right of privacy’ -ausencia de restricción o interferencia por parte de los otros-) y con la propia noción de libertad, abriendo, por esta vía, el camino que elevó el derecho del ‘informed consent’ a la categoría de derecho fundamental”⁵³.

⁵¹ Ibidem, p.231.

⁵² Ibidem, p.231.

⁵³ Ibidem, p.232.

En esta época el caso más explícito sobre mala práctica y ausencia de consentimiento, es el “caso Mohr v. Willians” (1905), donde

“por primera vez se condenó por agresión a la integridad corporal del paciente a un médico por realizar una intervención sin su consentimiento. La paciente, Anne Mohr, otorgó su consentimiento para ser operada del oído derecho; sin embargo, durante la intervención, el médico realiza la intervención también del oído izquierdo. El Tribunal establece que para llevar a cabo una intervención médica es necesario obtener la voluntad expresa del paciente. Lo relevante del caso es que se condenó al doctor Willians por un delito de agresión ‘battery’ y no simplemente por mala práctica ‘malpractice’. Por primera vez, en un supuesto de intervención médica sin consentimiento, se entendió que el bien jurídico protegido es el derecho del paciente a su integridad corporal”⁵⁴.

Asimismo, y en términos similares, tenemos el “caso Pratt v. Davis” (1906), donde

“la paciente fue sometida a una extirpación de útero sin su consentimiento, siendo el médico condenado por agresión. La defensa alegó la existencia de un consentimiento implícito que faculta a los médicos para hacer todo lo que en el desempeño de su función pueda ser necesario. El Tribunal rechazó este argumento limitando la legitimidad del consentimiento implícito a los casos de urgencia o a aquellos en los que el paciente consciente y libremente deje en manos del médico la adopción de las decisiones”⁵⁵.

Otro evento similar de agresión contra la integridad corporal es el “caso Rolater v. Strain” (1913), en este caso,

“la señora Rolater otorgó su consentimiento a que se le drenara una infección en un pie con la indicación expresa de que no se le quitara ningún hueso. El Doctor Strain le quitó el hueso de un dedo y fue condenado por el Tribunal por no respetar los límites que la paciente había puesto a su consentimiento”⁵⁶.

Salvador Tarodo⁵⁷ señala que de estos casos se puede establecer algunas conclusiones interesantes:

“1. La cuestión de derecho analizada por el Tribunal sigue siendo la determinación de la responsabilidad del médico por el daño producido, aunque aparece por primera vez alguna referencia a los derechos de los pacientes, en concreto, al derecho a su integridad física.

⁵⁴ Ibidem, p.232.

⁵⁵ Ibidem, p.232.

⁵⁶ Ibidem, p.232.

⁵⁷ Ibidem, p.232.

2. Cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento, extralimitándose del que se le ha otorgado o con consentimiento obtenido mediante engaño, comete una agresión (“battery”) sobre el paciente.

3. Sin embargo, al igual que en la fase anterior, la ilicitud de la actuación médica en ausencia de consentimiento, sigue unida a la producción de un resultado lesivo para la salud del paciente. La mera actuación sin consentimiento del paciente no se entiende que por sí sola vulnere algún derecho del paciente”.

2.2.1.3.3.2. Etapa de autonomía y constitucionalización del consentimiento informado “informed consent” del paciente

Con el “*caso Schloendorff vs. The Society of the New York Hospital*” (1914), se da comienzo a la segunda etapa histórica en la que se reconoce el derecho del consentimiento informado “*informed consent*”, como derecho autónomo; teniendo esta etapa –que continúa hasta nuestros días- los siguientes rasgos principales⁵⁸:

“1. La primacía del principio de autonomía con respecto al principio de beneficencia. La noción de ‘bien del paciente’ no puede determinarse sin la intervención de éste.

2. Las resoluciones judiciales adoptan una perspectiva que convierte a los derechos del paciente en *quaestio iuris* de los asuntos judiciales en los que el médico interviene sin consentimiento del paciente o con consentimiento viciado.

3. En este caso, ya no será necesario que se haya producido un daño físico para que exista responsabilidad del médico. La jurisprudencia entiende que la mera vulneración del derecho al consentimiento informado produce por sí sola una lesión al derecho a la libre determinación del paciente que es suficiente para generar responsabilidad en el profesional sanitario que no lo ha respetado”.

Dentro de esta etapa podemos dividirla a su vez en dos sub-períodos. El primero, se extiende aproximadamente hasta la década de los setenta y se caracteriza porque precisamente en este primer periodo se origina la concepción del derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’ como derecho autónomo del paciente. En el segundo periodo, que es el que nos encontramos ahora, “las resoluciones judiciales sitúan el fundamento del derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’, en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal; en concreto en el principio de autonomía y en el derecho a la privacidad ‘*right of privacy*’ y, en último término, en el libre desarrollo de la personalidad”⁵⁹.

⁵⁸ Ibidem, p.233.

⁵⁹ Ibidem, p.233.

a. Configuración jurisprudencial de los elementos característicos del consentimiento informado “*informed consent*”

El caso Schloendorff es considerado el punto de partida del reconocimiento jurisprudencial del derecho al consentimiento informado “*informed consent*” como derecho específico. Este caso fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Nueva York, “un médico creyó que estaba actuando a favor de los mejores intereses del paciente y removió un tumor maligno en contra de los deseos del mismo; fue hallado culpable de agresión con lesiones”⁶⁰.

En este caso,

“la paciente, señora Schloendorff, autorizó al médico a que le examinara con anestesia para determinar si el tumor fibroide que se le había diagnosticado era o no maligno. Ella había especificado que no quería que le removieran el tumor, pero cuando estaba anestesiada el médico operó el tumor haciendo caso omiso de los deseos reiteradamente expresados por la paciente. En el postoperatorio la paciente sufrió una complicación gangrenosa que obligó a la extirpación de varios dedos de la mano izquierda. El Tribunal falló a favor de la señora Schloendorff y condenó al médico y al Hospital por agresión”⁶¹.

Son interesantes los argumentos que ofrece el Tribunal. “El médico que interviene sin consentimiento vulnera, no ya sólo el derecho a la integridad física del paciente, como ya se reconocía en la fase anterior; sino también el derecho a la libre determinación ‘right to self-determination’, aquellas cuestiones que afectan a su propio cuerpo. A partir del caso Schloendorff la mera inobservancia de los deseos del paciente se entiende que produce por sí misma un daño sobre un bien jurídicamente garantizado que merece la máxima protección: la libre determinación sobre el propio cuerpo”⁶².

Al respecto, el Juez Benjamín Cardozo señala⁶³:

⁶⁰ Childers, R.; Lipsett, P.A.; Pawlik, T.M. (2009). El cirujano y el consentimiento informado. En: *Revista IntraMed*. N° 208(4): Mayo; pp. 627-634.

⁶¹ Tarodo Soria, Salvador (2006). Ob. cit. p.233.

⁶² Ibidem, p.233.

⁶³ Ibidem, p. 233.

“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”.

Luego, el Juez Benjamín Cardozo precisa que “las únicas excepciones al ejercicio del derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’, jurídicamente admitidas, serían: en caso de emergencia cuando el paciente esté inconsciente y, cuando sea necesario operar antes de que el consentimiento pueda ser obtenido”⁶⁴.

Debemos enfatizar que “a partir del caso Schloendorff, el derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’, se afirma en cuanto derecho autónomo en cuyo núcleo se encuentra el derecho a la libre determinación del paciente, abriéndose, de esta forma, el camino a la progresiva elaboración jurisprudencial de su contenido propio”⁶⁵.

Claro que hubo que esperar, sin embargo, hasta el “caso Salgo vs. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees” (1957), para que el derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’, pueda ser expresamente reconocido con ese nombre.

*“El paciente Martín Salgo, de 55 años, tenía arterioesclerosis y se sometió a una aortografía diagnóstica. La intervención fue realizada con anestesia y con uso de contrastes. Al día siguiente, el paciente descubrió que sufría una parálisis irreversible en sus miembros inferiores. Martín Salgo denunció al doctor por no haberle informado de los riesgos o posibles complicaciones de la intervención. El médico en su defensa alegó que si los pacientes fueran informados de todas las posibles complicaciones nunca consentirían a los tratamientos. El Tribunal no aceptó este razonamiento y estableció que el médico tiene la obligación de revelar suficientemente los posibles riesgos y complicaciones de la intervención y, en general, cualquier dato que permita al paciente formar un consentimiento racional. El Tribunal señaló que el derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’, es necesario para que el paciente pueda tomar una decisión autónoma”⁶⁶.*

⁶⁴ Ibidem, p. 234.

⁶⁵ Ibidem, p. 234.

⁶⁶ Ibidem, p. 234.

Reiteramos que esta es la primera sentencia judicial en la que aparece expresamente mencionado el término consentimiento informado. De esta forma, referir que “Su relevancia radica en que es la primera resolución que atribuye a la información previa al consentimiento, como condición *sine quanon* para la formación de la decisión autónoma por parte del paciente en aquellas cuestiones que afectan a su salud. Se reconoció que no sólo la obtención del consentimiento es garantía del derecho a la libre determinación del paciente, también lo es la información que le permite formarse una decisión autónoma.

El caso Salgo, vino a completar la definitiva configuración del derecho al consentimiento informado ‘*informed consent*’ como derecho autónomo. Se reconoce la vinculación existente entre el principio de autonomía y el derecho a la libre determinación de la persona con respecto a las decisiones que afecten a su salud y los dos elementos más característicos de este derecho: la información (caso Salgo) y el consentimiento (caso Schloendorff)”⁶⁷.

Otro caso emblemático en la doctrina del consentimiento informado ha sido el “caso Canterbury v. Spencer” (1972). “El señor Canterbury sufrió parálisis ocasionada por una caída en la habitación del hospital cuando, aún convaleciente de la operación de espalda a la que había sido sometido (laminectomía), había sido autorizado a levantarse. El Tribunal sentenció que la obligación de informar también se extiende a los riesgos posteriores que pudieran sobrevenir durante el tratamiento posoperatorio y, en este caso, se demostró probado que el paciente no fue advertido de que el uno por ciento de los laminectomizados, se caen de la cama y las consecuencias que de ello se suelen desprender”⁶⁸.

En este caso, podemos extraer las siguientes aportaciones para la doctrina del consentimiento informado⁶⁹:

⁶⁷ Ibidem, p. 234.

⁶⁸ Ibidem, p. 235.

⁶⁹ Ibidem, p. 235.

“1.- La obligación de informar también comprende los nuevos riesgos que pudieran surgir después de la intervención, pues la comunicación de estos datos también puede ser esenciales para la adopción de una decisión y, por tanto, para el ejercicio por parte del paciente del derecho a la libre determinación (‘right to self-determination’). Como se puede observar, al igual que en los casos precedentes, se vuelve a fundamentar la obligación de informar al paciente en el derecho a su libre determinación.

2.- Por primera vez en la jurisprudencia, se estableció como límite al deber de informar el denominado ‘privilegio terapéutico’, consistente en la facultad que tiene el médico para no revelar toda la información si según su criterio profesional, ello pudiera ocasionar efectos negativos en la salud mental del paciente. En palabras de la Corte: ‘El médico tiene un privilegio terapéutico que le capacita para ocultar información al paciente respecto a los riesgos del procedimiento al que va a ser sometido en el caso que fuera evidente que un reconocimiento médico por un profesional juicioso demostrara que tal revelación supondría una grave amenaza para la integridad psicológica del paciente’.

3.- El Tribunal distingue dos criterios diferentes que permiten evaluar la información que debe ser suministrada: el ‘estándar profesional’ (professional standard) y el ‘estándar de las personas razonables’ (reasonable person standard).

El Tribunal decide que la exigencia del ‘estándar profesional’ no es determinante a la hora de establecer cuáles son las condiciones de información necesarias para que el paciente se forme una decisión libre. La aplicación de este criterio, supondría que el médico es capaz de determinar cuál es el mejor interés del paciente, situación incompatible con el principio de autonomía y con el derecho del paciente a su libre determinación. El Tribunal aboga, por tanto, por el uso del ‘estándar de la persona razonable’, único que, a su juicio, respeta la autonomía del paciente y su derecho a la libre determinación”.

Para consolidar la doctrina del consentimiento informado “informed consent”, se cita también el “caso Lane v. Candura” (1978).

“La paciente, señora Candura, después de prestar su inicial consentimiento a la amputación de una pierna gangrenada cambió de opinión y decidió revocar el consentimiento. Su hija instó ante el Tribunal la declaración de incapacidad de su madre, para que, de esta forma, fuera ella misma nombrada tutora y poder de esta manera otorgar el consentimiento a la intervención quirúrgica aún en contra de los deseos de su madre. En la vista, la señora Candura declaró que ella no quería morir, pero que se resignaba a la muerte si la intervención quirúrgica suponía que tendría que vivir sin una pierna. El Tribunal concluyó que del hecho de que la señora Candura hubiera vacilado en su resolución de no someterse a la operación no se podía concluir que sus decisiones estuvieran alteradas hasta el punto de implicar su incapacidad legal. De esta forma, la Corte hizo prevalecer la decisión de la señora Candura y afirmó su competencia para tomar sus propias decisiones en las cuestiones que conciernen a su salud, aun cuando éstas pudieran parecer irracionales a los ojos de los demás”⁷⁰.

⁷⁰ Ibidem, p. 235.

En este caso se observa claramente la vinculación existente entre el derecho al consentimiento informado “*informed consent*”, y el derecho a tomar decisiones autónomas en las cuestiones concernientes a la salud.

“El denominado ‘privilegio terapéutico’, reconocido en el ‘caso Canterbury v. Spencer’, constituye, tal y como es concebido en este caso, una excepción al deber de informar. Limita, por tanto, la efectividad del derecho del paciente a obtener toda la información que sea relevante para adoptar una decisión. En la medida en que se limita la información, también merma la libertad de decisión, situación que, en ningún caso, permite deducir que el denominado privilegio terapéutico constituya un límite al ejercicio del derecho a la libre determinación en el ámbito de la sanidad. Cuando el criterio del profesional de la sanidad choca con una decisión del paciente sobre su salud, fuera de las excepciones al deber de obtener el consentimiento (Schloendorff vs. The Society of the New York Hospital), debe prevalecer la decisión del paciente, aun cuando éstas pudieran parecer irracionales a los ojos de los demás (Lane vs. Candura); incluso en el caso de que la decisión del paciente sea contraria a la del profesional de la sanidad”⁷¹.

Significa que el “‘estándar de la persona razonable’, al que recurre el Tribunal en el caso Canterbury vs. Spencer, se erige en parámetro nuclear con el que se puede contrastar el alcance de la información que el médico está obligado a suministrar al paciente, pero únicamente sirve para eso”⁷².

Desde otro enfoque,

“se busca también la respuesta a otro interrogante, ¿quién puede consentir?; permitiendo el desarrollo de otro de los elementos básicos de dicha doctrina: la capacidad. El caso Lane vs. Candura expone cómo debe evaluarse la capacidad para tomar la decisión, confirmando que una paciente puede rechazar un tratamiento indicado y cambiar su opinión inicial aun cuando tal decisión puede parecer incorrecta, irracional o perjudicial. La capacidad no debe juzgarse con arreglo a criterios de indicación o corrección clínica, o de beneficencia”⁷³.

b. El derecho al consentimiento informado “*informed consent*” como un Derecho fundamental y la construcción jurídica de la autonomía del paciente

⁷¹ Ibidem, p. 235.

⁷² Ibidem, p. 235.

⁷³ Seoane, José Antonio (2013). La construcción jurídica de la autonomía del paciente. *Revista Española de Bioética Eidon*. N° 39; Julio, pp. 13-34.

- Derecho a la autonomía del paciente

La autonomía es un concepto central de la organización jurídico-política y de la fundamentación ética de las sociedades –occidentales– contemporáneas que implica una visión del ser humano como agente moral y artífice de sus propios pensamientos, decisiones y acciones. “

“La autonomía no es únicamente una propiedad que se tiene de hecho, sino una propiedad a la que concedemos valor. Ser autónomo es un ideal regulativo, algo cuyo valor no es únicamente instrumental, para la consecución de otros bienes o fines, sino un valor intrínseco; esto quiere decir que el ideal que concede este derecho a la autonomía no se presenta como algo que viene de fuera, que me es concedido o que me sucede, un ser meramente pasivo; el sujeto autónomo quiere ser autor de su vida, alcanzar sus ideales a través de sus decisiones y acciones, responsabilizándose de ello y hacerse acreedor de mérito moral. Pero no todo es autonomía. No se puede identificar corrección y autonomía: ésta es un elemento de la vida buena, pero no el único y no basta por sí sola para calificar como buena o correcta una decisión o una actuación. No cabe tampoco identificar autonomía con independencia, desconociendo los vínculos que constituyen nuestros presupuestos biográficos y que delimitan nuestras posibilidades de elección y acción. También carece de sentido concebir la autonomía como un asunto meramente individual, ya que sólo cobra sentido y puede ser garantizada en el seno de una determinada sociedad y con el apoyo de otras personas e instituciones. La autonomía es una noción relacional, contingente y graduable, y como tal ha de ser interpretada y tutelada por el Derecho”⁷⁴.

Cabe precisar que “La idea de autonomía moral se fue desarrollando fundamentalmente en el ámbito anglosajón, y finalmente fue aplicada en el siglo xx a la medicina; teniendo un rol decisivo en su desarrollo el filósofo John Stuart Mill, quien afirma que ‘sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano’⁷⁵.

“La doctrina del Consentimiento Informado en medicina comienza con el nacimiento de la bioética a principios de los años 70. El principio ético de respeto a la autonomía que se impulsó con la bioética afirmaba la potestad moral de los individuos para decidir libremente cómo gobernar su propia vida, en lo sexual, la vida de pareja, la vida familiar y en los diversos estratos de la sociedad civil, sin perjudicar al proyecto vital del resto de individuos.

⁷⁴ Ibidem, p. 13.

⁷⁵ Herreros, Benjamín, et al. (2010). Aspectos éticos del consentimiento informado. En: Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA (Editor). El consentimiento informado. Madrid; p. 28.

Este nuevo concepto se introdujo poco a poco en la sociedad, transformando la relación clínica clásica paternalista a un modelo basado en el respeto a la autonomía de los individuos”⁷⁶.

- El consentimiento informado: Derecho fundamental

Hoy en día podemos decir que

“El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”⁷⁷.

Dentro de los instrumentos internacionales, tenemos “el 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 (Ratificado mediante instrumento de 23-7-1999 -BOE de 20 de octubre de 1999-), también denominado Convenio de Oviedo, que reconoce el derecho al consentimiento informado, se declara como un tratado concebido como un instrumento para la salvaguarda y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el ámbito de la sanidad. La Carta Europea de los Derechos Fundamentales (Proclamada en Niza, el 7 de septiembre de 2002. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000 -2000/CE DOC 364/01-), integrada en la futura Constitución Europea, incluye el consentimiento informado entre sus derechos fundamentales”⁷⁸.

Dentro de este contexto, resulta relevante la noción de privacidad “*privacy*” (property-privacy) vinculada a los registros de personas y domicilios prohibidos por la Cuarta Enmienda de la Carta de los Estados Unidos, que expresa una facultad negativa de rechazo de intrusiones personales o domiciliarias, dejando paso a una noción vinculada a la autodeterminación y la toma de decisiones relevantes para el desarrollo de la vida individual y familiar, a partir del concepto de libertad implícito en la cláusula del debido proceso (due process of law) de la Decimocuarta Enmienda.

⁷⁶ Ibidem, p. 28.

⁷⁷ Porfirio de Sa Lima (2017). *El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente*. Salamanca: Ratio Legis; p.72.

⁷⁸ Tarodo Soria, Salvador (2006). Ob. cit. p.237 (Nota 31).

La delimitación de los aspectos que configuran una esfera de libertad sustantiva relacionada con la autonomía decisoria comienza en el caso *Griswold vs. Connecticut* (1965), que considera inconstitucional la prohibición de venta y uso de anticonceptivos en una norma estatal porque lesiona el derecho general a la privacidad “privacy”, amparado por la Novena Enmienda⁷⁹.

Asimismo, “el caso *Eisenstadt v. Baird* (1972), ampara la distribución de material anticonceptivo a personas sin vínculo matrimonial, con base en la cláusula de igual protección ante la ley de la Decimocuarta Enmienda, reconociendo el derecho de cualquier persona, casada o soltera, a no estar sometido a injerencias estatales injustificadas en cuestiones tan esenciales como tener hijos.

El derecho a la autonomía reproductiva se confirma en el ‘caso *Carey vs. Population Services International*’ (1977), que declara no válida una ley estatal de Nueva York que solo permitía la venta de métodos anticonceptivos a personas mayores de dieciséis años y la prohibía expresamente a menores de esa edad. Desde el caso *Griswold* la Constitución protege la decisión de una persona de tener un hijo frente a cualquier intromisión injustificada del Estado, y ninguno de los fines de la ley – protección de la salud, refuerzo de otras leyes– puede ser considerado un interés esencial (compelling interest) que prevalezca sobre el interés individual a la autonomía reproductiva”⁸⁰.

Asimismo, y dentro de este contexto,

*“El ámbito de la privacidad se amplía en el caso *Roe vs. Wade* (1973), incluyendo la decisión personal de una mujer de someterse a un aborto en las doce primeras semanas de gestación. Para garantizar el interés estatal en la protección de la vida prenatal, las leyes del Estado de Texas tipificaban como delito la interrupción del embarazo, excepto en los supuestos de prescripción médica para salvar la vida de la madre. El Tribunal Supremo reconoce a la mujer embarazada una esfera privada digna de protección, pero no un derecho absoluto, afirmando la conveniencia de una regulación estatal para garantizar intereses relevantes como la protección de la salud de la mujer, el mantenimiento de los estándares médicos y la protección de la vida en potencia.*

⁷⁹ Seoane, José Antonio (2013). Ob. cit. p. 19.

⁸⁰ Ibidem, p. 19.

*No puede considerarse de forma aislada la privacidad de la mujer, pues es portadora de un embrión y, a medida que avanza la gestación, de un feto. El Estado puede tener un interés legítimo en proteger tanto a la mujer embarazada como la potencialidad de la vida humana, y lo articula considerando que la salud de la mujer prevalece en el primer trimestre de gestación y que el interés relevante en la vida potencial prevalece cuando ésta ha alcanzado 'viabilidad'*⁸¹.

Por último, “al examinar la constitucionalidad de cinco previsiones legislativas de la ley de control del aborto de Pennsylvania (1982), el “caso Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey” (1992), afirma la conexión entre la capacidad de la mujer para controlar su vida reproductiva y su participación igual en la vida económica y social, y ratifica el significado del derecho fundamental a la privacidad (fundamental right to privacy) como derecho a la no injerencia estatal en las decisiones importantes para el desarrollo de la propia personalidad; un derecho a definir el concepto propio de la existencia”⁸².

2.2.1.4. Elementos del consentimiento informado

Los principales elementos del consentimiento informado son los siguientes:

a. Voluntariedad

El consentimiento, informado o no, para un determinado procedimiento diagnóstico o terapéutico, que es emitido por un paciente que no actúa de forma voluntaria, no es aceptable ni desde el punto de vista ético ni desde el legal. “La limitación de la libertad, señala Simón Lorda y Concheiro Carro, puede presentarse de tres formas posibles: Persuasión, coacción y manipulación”⁸³.

La persuasión “quizás el más frecuente de todos, el paciente es sometido a un procedimiento sin darle la oportunidad de que efectúe ningún tipo de elección. Aunque este tipo de actuaciones pueden ser ética y socialmente aceptables en determinadas ocasiones, tales como las situaciones de amenaza de la salud pública, en la práctica común no lo son”⁸⁴.

⁸¹ Ibidem, p. 19.

⁸² Ibidem, p. 19.

⁸³ Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). El consentimiento informado: Teoría y práctica (I). En: *Revista de Medicina Clínica*; Vol. 100, N° 17; pp. 659-663.

⁸⁴ Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). Ob. cit. p. 660.

La coacción,

“a diferencia del caso anterior en que no hubo obtención de consentimiento alguno, en este caso el consentimiento del paciente sí se consigue, pero bajo coacción. Una decisión está tomada bajo coacción cuando la persona está amenazada por otra de forma explícita o implícita, con consecuencias no deseadas y evitables si accede a sus requerimientos. La coacción será tanto más potente cuanto mayor diferencia exista entre el poder del coaccionador y el del paciente, puesto que, a mayor poder de aquél, mayor credibilidad tendrá sus amenazas para éste. Esta coacción puede ser ejercida por el médico, la enfermera, un familiar con intereses propios, etc. Por ejemplo, la amenaza de la alta voluntaria en caso de negativa al tratamiento podría ser una forma de coacción”⁸⁵.

Respecto a la manipulación, “el médico, por sus conocimientos e influencia psicológica, se encuentra en una posición respecto al paciente que le capacita para presentarle la información de tal manera que le empuje a tomar una decisión determinada. Esta conducta, si es deliberada y basada en la distorsión sesgada y fraudulenta de la información, supone una anulación del requisito de voluntariedad”⁸⁶.

b. Información en cantidad suficiente

Las diversas sentencias del *common law* que se han dictado durante el desarrollo de la doctrina del consentimiento informado, han puesto en evidencia que para que un “consentimiento” se considere aceptable no sólo debe de ser libre, sino también “informado”, lo que quiere decir que tiene que ser emitido tras un proceso de evaluación de una determinada cantidad de información relativa a la decisión a tomar. El inciso “f” del artículo 15.2 de la Ley General de Salud –Ley 26842-, dice que el paciente tiene derecho: “a recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. Tiene derecho a recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento al ser dado de alta”.

⁸⁵ Ibidem, p. 660.

⁸⁶ Ibidem, p. 660.

De una forma más amplia podríamos decir que los ámbitos que debería abarcar la información proporcionada, tal y como lo entiende la teoría del consentimiento informado estadounidense, son los siguientes⁸⁷:

- “1. Descripción del procedimiento Propuesto, tanto de sus objetivos como de la manera en que se llevará a cabo.
2. Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles.
3. Beneficios del procedimiento a corto, medio y largo plazo.
4. Posibles procedimientos alternativos con sus riesgos, molestias y efectos secundarios respectivos, y explicación de los criterios que han guiado al médico en su decisión de recomendar el elegido en lugar de estos.
5. Efectos previsibles de la no realización de ninguno de los procedimientos posibles.
6. Comunicación al paciente de la disposición del médico a ampliar toda la información si lo desea, y a resolver todas las dudas que tenga.
7. Comunicación al paciente de su libertad para reconsiderar en cualquier momento la decisión tomada”.

Se puede decir que “En general existe bastante acuerdo respecto a estos diferentes ámbitos de información. Sin embargo, donde ha existido un enorme debate en los EE.UU. es en lo relativo a la extensión de cada uno de los mismos; en particular, respecto a la cantidad de información relativa a los posibles riesgos, molestias y efectos secundarios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos”⁸⁸.

Cabe precisar que en la práctica jurídica norteamericana se viene utilizando tres criterios diferentes:

⁸⁷ Ibidem, p. 660.

⁸⁸ Ibidem, p. 660.

- El criterio del médico razonable

Simón Lorda y Concheiro Carro⁸⁹, señalan que “el criterio del médico razonable, de la práctica profesional o de la comunidad científica, usado por primera vez en 1960 en un caso judicial americano: “Natanson vs. Kline”, estipula que la cantidad de información que debe recibir un paciente determinado viene marcada por la que un “médico razonable” revelaría en las mismas circunstancias. Un “médico razonable” es el que actúa en consonancia con la práctica habitual de la comunidad científica a la que pertenece”.

Asimismo, Simón Lorda y Concheiro Carro⁹⁰, agregan que “el problema fundamental de este criterio es que tiene un inequívoco resabio paternalista. Por otra parte, no existe garantía de que algo, por el mero hecho de ser aceptado por la comunidad científica, sea necesariamente ética o legalmente aceptable. No obstante, estas críticas y a pesar de la irrupción de nuevos criterios que se verán a continuación, todavía en 1987 era un argumento ampliamente usado en el sistema judicial americano: 26 Estados lo seguían utilizando”.

- El criterio de la persona razonable

Como se dijo, “el anterior criterio es propio de la década de los sesenta, sin embargo, en el año 1969, otro caso judicial americano: ‘Berkey vs. Anderson’, introduce un nuevo argumento que sería sucesivamente recogido y reforzado en otros casos importantes de la década de los setenta: ‘Canterbury vs. Spence’, ‘Cobbs vs. Grant’ y ‘Wilkinson vs Vesey’⁹¹. El razonamiento que se sigue en estas sentencias es el siguiente⁹²:

⁸⁹ Ibidem, p. 660.

⁹⁰ Ibidem, p. 660.

⁹¹ Ibidem, p. 660.

⁹² Ibidem, p. 660-661.

“...si resulta que la persona apropiada para aceptar o rechazar un determinado procedimiento es el propio paciente, entonces la información que el médico tendrá que revelarle a éste vendrá determinada por lo que una hipotética ‘persona razonable’ desearía conocer en las mismas circunstancias en que se encuentra el paciente, y no por lo que otro hipotético ‘médico razonable’ consideraría adecuado revelar. La dificultad estriba obviamente en determinar qué se entiende por ‘persona razonable’”.

Una forma de rodear el problema es decir que una “persona razonable” desearía conocer los “riesgos materiales”. “Un riesgo es ‘material’ si es muy grave, aunque sea muy poco frecuente, o si es muy frecuente, aunque sea muy poco grave. Es decir: materialidad = gravedad x incidencia”⁹³.

Hay que precisar que “cuanto mayor sea la ‘materialidad’ del riesgo mayor fuerza tendrá la suposición de que una ‘persona razonable’ desearía conocerlo, y por tanto mayor es la obligación de comunicárselo al paciente. No es fácil, de todas formas, determinar qué debe entenderse por ‘gravedad’”⁹⁴.

Simón Lorda y Concheiro Carro señalan que el término “gravedad” “posee grandes resonancias forenses. Probablemente podría calificarse de grave al riesgo que implica la posibilidad de dañar irreversiblemente el desarrollo y/o el funcionamiento normal de las capacidades biológicas, psicológicas o sociales del individuo. Se incluirían como riesgos de gravedad máxima, p. ej. los de muerte, ceguera, hemiplejía, paraplejía, tetraplejía, pérdida de actividad sexual o mutilaciones físicas o funcionales”⁹⁵.

“Aunque el ‘cálculo de la materialidad’, afirman Simón Lorda y Concheiro Carro, puede ser útil, dista mucho de resolver todos los problemas, pues si bien ayuda en los casos en los que la ‘materialidad’ es elevada, permanece la cuestión del nivel más bajo de ‘materialidad’ a partir del cual una ‘persona razonable’ no consideraría estrictamente necesario conocer el riesgo.

⁹³ Ibidem, p. 661.

⁹⁴ Ibidem, p. 661.

⁹⁵ Ibidem, p. 661.

No obstante, esta objeción importante, este criterio parece más respetuoso con la autonomía del paciente, y sin embargo hasta el año 1987 tan sólo 16 Estados lo habían introducido plenamente⁹⁶.

- El criterio subjetivo

En los Estados Unidos de Norteamérica es el estado de Oklahoma el único que usa el criterio “subjetivo”. “El juez pregunta al paciente demandante qué riesgos y qué complicaciones desearía haber conocido. Tal pregunta se basa en la convicción de que cada paciente tiene unas necesidades distintas de información, especialmente los que tienen creencias idiosincráticas o peculiares, un comportamiento sanitario fuera de lo habitual, una historia personal o familiar característica o alguna otra circunstancia de este tipo”⁹⁷. “Este criterio implica, por lo tanto, que, si un médico tiene fuertes razones para creer que su paciente desearía conocer un determinado riesgo, aunque él personalmente no lo considere de importancia ‘material’, tiene la obligación de comunicárselo. Este criterio ha sido mayoritariamente rechazado tanto desde el punto de vista legal como ético porque coloca a los médicos en una situación de desprotección evidente, y les obliga a someter a sus pacientes a la lectura de interminables listas de riesgos posible, antes de obtener su consentimiento, para intentar protegerse”⁹⁸.

- La teoría de la imputación objetiva y el riesgo permitido en la *lex artis* médica

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado:

“La noción de riesgo ocupa el centro de la teoría de la imputación objetiva, lo que es coherente con el sustrato sociológico que nutre el funcionalismo: La sociedad, y su expresión institucionalizada que es el Estado, permite, consiente y auspicia ciertas conductas (como las del arte de curar) que generan riesgo; esto es, la contingencia o proximidad de un daño. Las permite porque resulta imposible (y más bien absurda la pretensión) de impedir las todas, siendo que prácticamente cualquier comportamiento humano conlleva peligro. Las consiente en la medida en que los beneficios que generan son superiores a los perjuicios. Es lo mismo que decir: en la serie estadística la efectiva concreción de un daño es infrecuente y su entidad mínima”⁹⁹.

⁹⁶ Ibidem, p. 661.

⁹⁷ Ibidem, p. 661.

⁹⁸ Ibidem, p. 661.

⁹⁹ Terragni, Marco Antonio (2001). *La moderna teoría de la imputación objetiva y la negligencia médica punible*. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa: Córdova; p. 9-10.

En el presente caso, “La Medicina se puede invocar como el ejemplo ideal, pues los fracasos luctuosos o gravemente desgraciados, constituyen una proporción pequeña dentro del universo de las prácticas que cotidianamente se realizan en todos los lugares de la Tierra con finalidad curativa. Incluso algunas actividades médicas, más comprometidas que las ordinarias, son apoyadas por entender que la finalidad que persiguen es útil y el llegar a realizarla será un progreso. Si no fuese así, si en todos los casos se exigiese obrar estrictamente sobre seguro, ello inhibiría el avance científico”¹⁰⁰.

De esta forma, “para que la convivencia sin embargo sea armónica se hace necesario que la posibilidad de generar peligro tenga límites. La tarea de establecerlos corresponde a la misma sociedad y ella expresa sus decisiones por medio del legislador. Se deslinda formalmente y con la mera aproximación conceptual que ello representa, el campo de riesgo que la sociedad acepta de aquél que corresponde al peligro que jurídicamente desapruueba. Dentro del ámbito abarcado por la norma, y a los efectos de formular la imputación objetiva, juega el *riesgo* formulado tempranamente por Roxin y desarrollado luego como una teoría del incremento del riesgo: (*Risikoerhöhungslehre*)”¹⁰¹.

Así, “la idea *riesgo permitido*, es decir, no es que el riesgo sea permitido, sino que existe libertad para realizar acciones riesgosas: libertad hasta ciertos límites; esta teoría alude a todas las acciones peligrosas que, no obstante serlo, pueden ser emprendidas teniendo en cuenta su utilidad social”¹⁰². Para Bacigalupo “riesgo permitido es el límite de la autorización jurídica para actuar en forma socialmente riesgosa”¹⁰³. Siempre que se respete el cuidado exigible por la convivencia, la realización de acciones riesgosas permitidas excluye la tipicidad del hecho imprudente, aunque condicionen uno de los resultados que la ley menciona. Esas acciones peligrosas, que observan las normas de diligencia, no entran en el terreno de la ilicitud penal”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ibidem, p.10.

¹⁰¹ Estrictamente la expresión correcta y completa sería: un incremento del riesgo, que al hacerlo sobrepasa la frontera de lo permitido.

¹⁰² Bacigalupo, Enrique (2000). Tipo de injusto y causalidad en los delitos culposos. LL, N° 124, p. 429

¹⁰³ Ibidem, p. 429

¹⁰⁴ Mir Puig, Santiago (1995). *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición). Barcelona: PPU; p. 246.

Ahora, precisar que “junto a la expresión *riesgo permitido* aparece la otra: *elevación o incremento del riesgo*; y no se corresponden directamente en alguna doctrina, porque el primer concepto juega su papel definiendo los límites de la tipicidad y la otra hace a la imputación objetiva”¹⁰⁵. Aunque para Jakobs “es la imputación objetiva la que se excluye en los supuestos de riesgo permitido. Aunque en otra parte, sobre la ubicación dogmática del riesgo permitido, apunta que sobrepasar el riesgo permitido es un requisito positivo del injusto”¹⁰⁶.

Pero de lo que se trata es de “descubrir un parámetro objetivo y firme, que permita eludir la necesidad de imaginar (labor que de por sí es fuente de resultados imprecisos cuál habría sido el comportamiento ideal del *buen médico*”¹⁰⁷.

Al respecto, Roxin se pregunta

“¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una causación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente? Como método para contestarla quisiera propone el siguiente procedimiento: Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente que, en consecuencia, debe ser absuelto”¹⁰⁸.

c. Información con calidad suficiente: el problema de la comprensibilidad

Un problema que ha venido preocupando a los que tratan el tema del consentimiento informado, es sobre la cantidad de información que debe proporcionarse a los pacientes. “El progresivo descubrimiento de que la mayoría de los pacientes comprendían deficientemente la información tanto verbal como escrita dada por los médicos, supuso que en la década de los ochenta haya cobrado relevancia el problema de la dificultad excesiva de comprensión de las informaciones suministradas”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cerezo Mir, José (1983). El tipo de injusto en los delitos de acción culposos. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXVI, fascículo III, Setiembre - diciembre, p. 471.

¹⁰⁶ Jakobs, Günther (1991). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª. ed.). Madrid: Marcial Pons, p. 248.

¹⁰⁷ Roxin Claus (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal*. Madrid: Editorial Reus; p.167.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 167.

¹⁰⁹ Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). Ob. cit. p. 661.

En realidad, el problema no es sencillo, y hay que considerarse dos aspectos diferentes.

“El primero, existe una dificultad objetiva de la información transmitida por su tecnicismo, el uso de expresiones largas y enrevesadas, etc. Esta dificultad se origina en el médico, en cuanto emisor de esa información. El segundo, existe una dificultad subjetiva, que radica en el paciente como receptor, en sus mayores o menores capacidades psicológicas para comprender lo que se le está diciendo. De aquí que este segundo tipo de dificultad esté intrínsecamente unido a uno de los requisitos de la teoría del consentimiento informado que se verá a continuación, el de la competencia”¹¹⁰.

La exigencia que se le plantea al médico es la de reducir al mínimo posible ambos tipos de dificultades: comunicándose con sus enfermos de la forma más sencilla y clara posible y tratando de optimizar al máximo su competencia para tomar cada decisión.

Otro aspecto a tomar en cuenta con el fin de cerciorarse que el paciente ha comprendido la información suministrada por el médico, es que éste pueda deliberar con aquél. “En la actual cultura médica de respeto a la autonomía y puesta en práctica del consentimiento informado, puede suceder que los médicos únicamente informen a los pacientes de aspectos poco relevantes; es decir, que den sólo datos, pero sin ayudar a los pacientes a tomar una decisión. Este modelo de relación clínica aleja al médico de su tarea profesional, diagnosticar o tratar adecuadamente a sus pacientes. Para ello debe aconsejar y recomendar lo que considera que es mejor. Debe haber un proceso de intercambio de opiniones con los pacientes, no sólo de datos.

En definitiva, se trataría de establecer un modelo deliberativo de toma de decisiones con los pacientes. Podría parecer que esto es cerrar el círculo y sería volver de nuevo al modelo paternalista, en donde el médico decidía por el paciente. No es así si la deliberación es adecuada. Se partiría de los hechos, de los datos clínicos, y tras ello se discutiría con el paciente qué es lo mejor, sin manipular ni coaccionar. Los pacientes tendrían que evaluar los datos con el médico.

¹¹⁰ Ibidem, p. 661.

Finalmente, el paciente es quien tiene que tomar la decisión, pero lo hará aconsejado por el médico. Y su decisión puede ser diferente a lo que el médico le recomendó. Por tanto, la toma de decisiones ha de tener un carácter dialógico y participativo¹¹¹.

d. Competencia

El concepto de “competencia es quizás uno de los más complejos y nucleares de la teoría del consentimiento informado. De acuerdo a la teoría del consentimiento sólo los pacientes competentes tienen el derecho -ético y legal- de aceptar o rechazar un procedimiento propuesto, o sea, de otorgar o no el consentimiento. Mientras que a los pacientes incompetentes se les niega ese derecho y por tanto son otros los que toman las decisiones en su lugar¹¹².

En nuestro país, el artículo 11° de la Ley General de Salud, establece, respecto a la atención de la salud mental, que: “d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia; (...); g. Las personas con adicciones gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen a los demás usuarios de los servicios de salud. Su tratamiento e internamiento involuntario no requiere de su consentimiento informado y se realiza a solicitud de la familia cuando su capacidad de juicio esté afectada, lo cual debe ser determinado por una Junta Médica”.

Resulta relevante la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Norteamérica para resolver casos donde el paciente es incompetente por enfermedad.

“Así, para las personas enfermas o accidentadas que actualmente no pueden emitir un consentimiento informado pero que anteriormente fueron capaces, tenemos el caso Brophy vs. New England Sinai Hospital; el ciudadano Brophy, de 46 años de edad, bombero y técnico de urgencias médicas en Easton, Massachusetts, había sufrido un aneurisma (la ruptura de un vaso sanguíneo en el cerebro), que le causó la pérdida de la conciencia y los médicos calificaron su caso como un ‘estado vegetativo persistente’, no recobrando nunca el conocimiento; pero era mantenido con vida d manera artificial con una sonda gástrica; el día 6 de febrero de 1985, su esposa solicitó autorización judicial para interrumpir el tratamiento vital que mantenía la vida de su esposo;

¹¹¹ Herreros, Benjamín, et al. (2010). Aspectos éticos del consentimiento informado. En: Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA (Editor). El consentimiento informado. Madrid; p. 46.

¹¹² Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). Ob. cit. p. 661.

solicitud que fue denegada el 21-10-1985; una vez conocido el caso por el Tribunal Supremo de Massachusetts, el día 11-09-1986, revocó la decisión del Tribunal inferior, autorizando que le fuera retirada la sonda gástrica a Paul Brophy que le mantenía con vida; ocho días después falleció. La doctrina que aplicó el Tribunal Supremo, es el siguiente: se trata de un paciente hospitalizado que como consecuencia de una irreversible lesión cerebral ha permanecido tres años en estado vegetativo permanente, y que cuando aún gozaba de buena salud había expresado su deseo de no ser mantenido en un estado vegetativo, doctrina conocida como 'substituted judgment' (juicio sustituido). El Tribunal Supremo llega a esta conclusión basado en algunos principios jurídicos: a) el derecho del paciente a rechazar tratamientos médicos surge tanto del derecho común (common law) como de un 'unwritten and penumbral right to privacy', y del sólido derecho que tiene toda persona a verse libre de todo ataque no consentido a su integridad personal. b) El interés general del Estado de preservar la vida –de más peso cuando el paciente, adecuadamente tratado, puede tornar a un estado de salud razonable, sin gran sufrimiento y con la decisión de evitar tratamientos irracionales-, pierde, sin embargo, su peso cuando el paciente se acerca al último tramo de su vida, cuando sus padecimientos lo incapacitan o cuando lo mejor que le puede ofrecer la medicina es una prolongación de su sufrimiento”¹¹³.

Benjamín Herreros¹¹⁴ señala que “la competencia podría definirse como la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores”. Precisar que en el año 1977, “tres bioeticistas americanos que se han dedicado de forma intensiva a la teoría del consentimiento informado, notificaban que los criterios que estaba usando la jurisprudencia americana para establecer la competencia podían agruparse en cinco apartados: 1) comunicación de decisiones; 2) dar un motivo razonable (sensato) para estas decisiones; 3) manifestar decisiones basadas en motivos racionales (no debidos a enfermedad); 4) capacidad para comprender el proceso de toma de decisiones, y 5) comprensión real y completa de ese proceso”¹¹⁵.

En el año 1982 “la Comisión Presidencial para el estudio de los problemas éticos en medicina (*Commission President's*), desechó explícitamente el tercer criterio de la lista anterior y propuso nuevos criterios:

¹¹³ Gonzáles Morán, Luis (2006). *De la Bioética al Bioderecho: Libertad, vida y muerte*. Madrid: Dykinson; p. 34-35.

¹¹⁴ Citado por Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). Ob. cit. p. 661.

¹¹⁵ Ibidem, p. 661.

1) la posesión del paciente de una escala de valores en que fundamentar sus decisiones; 2) capacidad para comprender y comunicar información, y 3) capacidad para razonar y discutir acerca de la propia opción”¹¹⁶.

- Evaluación de la capacidad o competencia

Uno de los aspectos de mayor complejidad en torno al consentimiento informado, es lo relacionado a la “evaluación de la competencia”. “Se ha pasado de un modelo paternalista a un modelo deliberativo y participativo con toma de decisiones prudencial. En un intento de ser respetuosos con la autonomía del paciente, se pretende proteger a los pacientes que tienen la autonomía disminuida. Es decir, si la competencia es menor, se podrán tomar decisiones, pero de menor relevancia. La evaluación de la competencia de un paciente debe ser también un juicio deliberativo y prudencial que implica a todo el equipo sanitario. Se debe realizar ante la toma de una decisión compleja y si ésta repercute en su salud y su vida. El criterio está basado en explorar el área cognitiva y el área afectivo-volitiva. Cada profesional elige su procedimiento, pero es fundamental realizar una entrevista clínica de calidad y un buen interrogatorio sobre la situación. Es muy importante el papel del personal de enfermería, porque tiene mayor contacto con el paciente y cuida íntegramente de la persona, de la familia y de la comunidad. Se trata de comprender la valoración de las necesidades sociales y afectivas del paciente y de llegar a conocer sus creencias y valores. El médico responsable del paciente es quien debe evaluar la competencia, pero a veces puede pedir ayuda al psiquiatra. La decisión final, eso sí, será del médico responsable”¹¹⁷.

Sin embargo, “los criterios para evaluar la competencia siempre serán aproximativos y se relacionan con un conjunto de aptitudes, como los siguientes: 1. Aptitud para darse cuenta de la situación y de las expectativas razonables; 2. Aptitud para comprender la información relevante; 3. Aptitud para deliberar sobre las opciones que se ofrecen, de acuerdo con los objetivos personales y con los valores propios; 4. Capacidad para comunicarse, verbalmente o no, con el personal sanitario”¹¹⁸.

¹¹⁶ Ibidem, p. 661.

¹¹⁷ Herreros, Benjamín, et al. (2010). Ob. Cit. p. 32.

¹¹⁸ Ibidem, p. 32.

e. Validez y Autenticidad

Simón Lorda y Concheiro Carro, “señalan que estos requisitos no se encuentran en la definición de consentimiento informado del Colegio de Médicos Americano porque son una adquisición más tardía. En realidad, están estrechamente ligadas al concepto de competencia; más bien son unas exigencias subsidiarias de ésta. El concepto de validez tiene mucho que ver con la intencionalidad de las acciones, la cual está muy condicionada por el estado anímico del sujeto. Por ejemplo, una decisión tomada durante un ataque de ira puede no ser válida, aunque el sujeto la adopte voluntaria, informada y competentemente, porque seguramente no refleja de forma adecuada sus deseos”¹¹⁹.

Mientras que “la autenticidad, por su parte, tiene que ver con las escalas de valores. Una decisión tomada por un sujeto voluntario, informado y competente pero que va en contra de la escala de valores que esta persona ha defendido a lo largo de toda su vida, puede no ser en realidad auténtica”¹²⁰.

2.2.1.5. Las excepciones

Todo sistema de principios y normas éticos se acompaña siempre de una lista de excepciones. Los principios y normas definen lo bueno, mientras que las excepciones marcan lo que se considera mal menor. El peligro de las excepciones es el de llegar a erigirse ellas mismas en norma, por eso para que resulten aceptables deben ser siempre rigurosamente justificadas.

Las excepciones clásicas a la teoría del consentimiento, es decir, aquellas situaciones en las que se actúa sin cumplir necesariamente con sus exigencias son las siguientes:

¹¹⁹ Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). Ob. cit. p. 662.

¹²⁰ Ibidem, p. 662.

- grave peligro para la salud pública (Artículo XII del Título Preliminar y artículo 79° de la Ley General de Salud);
- situación de emergencia (artículo 4° de la Ley General de Salud);
- incompetencia del enfermo (sigue las reglas de la capacidad e incapacidad, regulado en los artículos 42° al 46° del Código Civil);
- privilegio terapéutico (artículo 68° del Código de Ética del Colegio Médico del Perú, 2007);
- imperativo legal, y
- rechazo explícito de toda la información por el paciente (artículo 16° del Decreto Supremo N° 027 2015-SA).

2.2.1.6. La responsabilidad médica y sus consecuencias

2.2.1.6.1. El error médico y su diferencia con la mala praxis

Actualmente no existe un consenso internacional sobre la definición del error médico. Se ha sido definido como el fracaso de aplicar completamente un plan de acción como fue propuesto o también del uso de un plan equivocado para alcanzar un objetivo. Los errores pueden incluir problemas de la práctica, productos, proceder o procedimiento y sistemas.

Para el Instituto de Medicina de los EE. UU. (IOM), señalan Borquez Vera y Burgos Salinas, “el error médico es un evento adverso o cerca de ser producido, que en su mayoría puede ser prevenido, con los actuales conocimientos de las ciencias médicas. Es importante diferenciar el error médico de la mala práctica y sus variantes como la infracción o imprudencia, negligencia, la mala fe, el abandono, impericia; puesto que la mala práctica implica responsabilidad moral y legal del profesional”¹²¹.

¹²¹ Cfr. Borquez Vera, Pamela y Buirgos Salinas, Raúl. Guía de medicina legal sobre responsabilidad médica. Cfr. La siguiente página electrónica: <http://www.med.uchile.cl/apuntes/archivos/2007/medicina/APUNTE%20RESPONSABILIDAD%20MEDIC A.pdf>. Consultado el 05 de setiembre del 2016.

En ese sentido, para Borquez Vera y Burgos Salinas, los casos de error médico serían:

“1. Tratamiento innecesario o que tiene pocas probabilidades de beneficios. Como, por ejemplo: indicar incorrectamente un antibiótico que causa resistencia y reacciones adversas, realizar una operación innecesaria.

2. No utilizar o demorar un servicio o tratamiento potencialmente adecuado, que trae como consecuencia complicaciones, muertes prematuras y altos costos. Por ejemplo: no realizar un control adecuado a los diabéticos para la prevención de complicaciones, no utilizar el examen para el diagnóstico precoz del cáncer del cuello uterino o la mamografía, un inadecuado seguimiento del embarazo, no lavarse las manos como está normado.

3. Errores en el diagnóstico, por diferentes factores, que demora o atrasa una oportuna conducta o tratamiento, que causan innecesarios eventos adversos y peligro de perder la vida. Se considera que este grupo incluye la mayoría de las causas de error médico”¹²².

- La Responsabilidad médica y el daño

No cabe duda que “el concepto de responsabilidad está vinculado al concepto de daño; y se pone de manifiesto cuando se produce una actuación que tiene como consecuencia la afectación de las personas, de sus intereses o de sus bienes. Se trata en concreto de una actuación u omisión que afecta la salud de una persona”¹²³.

La responsabilidad profesional médica “es una variante de la responsabilidad general, por la cual todo individuo debe responder ante la sociedad y ante la justicia por los daños ocasionados por sus actos, tanto de acción como de omisión. En ese sentido, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tiene toda persona que ejerce una rama del arte de curar de responder ante la justicia por los daños ocasionados con motivo del ejercicio de su profesión”¹²⁴.

Ahora, “a efectos de distinguir la actuación que produce un daño, debemos orientarnos por la finalidad de la conducta. Hay conductas que buscan intencionalmente causar el daño; otras conductas, por el contrario, si bien producen un daño, lo hacen sin ninguna intención, es decir, solo por culpa. De este modo, se puede dividir la responsabilidad por actos dolosos y actos culposos, que corresponden a la división tradicional de delitos dolosos y delitos culposos”¹²⁵.

¹²² Ibidem.

¹²³ Tiffer, Carlos (2001). Ob. Cit. p. 66.

¹²⁴ Verger, Alejandro. Responsabilidad profesional. Nociones básicas. Cfr. La siguiente página electrónica: http://consejomedicosde.com.ar/descargas/Guia_FRP.pdf. Consultado el 04 de setiembre del 2016.

¹²⁵ Ibidem, p. 66.

- La responsabilidad por dolo

En los delitos dolosos la responsabilidad se advierte por la finalidad que busca el sujeto con la conducta que realiza. El sujeto quiere y sabe que va a provocar un daño en la persona, en los intereses de esta o en sus bienes. Comete un acto doloso la persona que sabe la ilicitud de su acto y quiere la realización del hecho tipificado como delito. Se diferencia, así, de la culpa, la cual se configura como una falta de diligencia o cuidado.

En suma, “cuando se da una actuación dolosa se le reprocha, al autor, el haber querido y haber sabido que estaba llevando a cabo una conducta contraria a la protección de la norma jurídica. Mientras que, cuando se sanciona a alguien por culpa, se le reprocha el resultado de una conducta imprudente, en la cual, aunque no se quería ese resultado, este siempre se produjo”¹²⁶.

Ahora, hay que tener presente que un caso de responsabilidad por mala praxis médica, puede generar tanto un proceso penal (que busca una sanción penal), como un proceso civil (que busca una reparación por los daños causados).

Con los mismos elementos de prueba, se puede absolver al demandado por no haberse probado su responsabilidad penal en un caso de mala praxis médica o en un caso de accidente de tránsito y adoptarse una decisión inversa en orden a su responsabilidad civil, ya que la responsabilidad penal y la civil no se confunden (tienen naturaleza diferente), al apreciarse con criterio distinto y por consiguiente puede afirmarse la segunda, aunque se haya establecido la inexistencia de la primera¹²⁷.

En ese sentido, si bien existen numerosas opiniones doctrinarias y pronunciamientos judiciales que señalan que la absolución por falta de culpa del imputado en el proceso penal no impide al juez civil declarar su culpabilidad en orden a la reparación de los daños causados por el hecho ilícito, también se ha sostenido la opinión contraria sosteniéndose que la absolución penal

¹²⁶ Ibidem, p. 67.

¹²⁷ Medina, Graciela y García Santas, Carlos. La culpa II. En: *Revista derecho de daños*. Cfr. la siguiente página electrónica: www.gracielamedina.com/assets/.../LACULPA-2009-1RUBINZAL-CULZONI1.doc

fundada en la inocencia o falta de culpa del acusado hace cosa juzgada también en la jurisdicción civil, y que por lo tanto no cuadra admitir la responsabilidad civil de quien fue absuelto por aquel motivo. Pero en lo que sí existe consenso, es en la afirmación de que cuando en la jurisdicción civil es dictada una sentencia que ha adquirido la calidad de ejecutoriada, extingue la acción penal si de dicha sentencia resulte que el hecho imputado como delito es lícito (art. 79° del Código Penal).

El dolo penal y el dolo civil

En el caso **del dolo penal**, la conducta es dolosa, señala Velásquez Velásquez, “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (dolo directo). Asimismo, la conducta es dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar (dolo eventual)”¹²⁸. Desprendiéndose de lo mencionado, que el sujeto activo no sólo tiene *conocimiento* de su conducta antijurídica, sino que además manifiesta su *voluntad* de querer realizar dicha conducta prohibida por la ley.

El dolo civil se encuentra regulado en el artículo 1318° del Código Civil, bajo la siguiente fórmula: “*Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación*”.

Felipe Osterling señala que el dolo civil tiene en el Derecho diversas acepciones; pero que en líneas generales implica una idea de mala fe, malicia, fraude, engaño, de conducta contraria al Derecho. Se presenta desempeñando una triple función¹²⁹:

“(a) El dolo, como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio. El dolo como vicio de la voluntad implica siempre una mala intención en el agente.

¹²⁸ Velásquez Velásquez, Fernando (2002). *Manuel de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Editorial Temis; p. 278.

¹²⁹ Osterling, Felipe. Comentario del artículo 1318. Cfr. La siguiente página electrónica:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>

(b) En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de su hecho: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del antes denominado cuasidelito. Tal es el dolo delictual (artículos 1969 y 1986 del Código Civil peruano).

(c) En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. También es denominado dolo obligacional. La característica común de la triple función del dolo está en la “mala fe”, ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, la misma que, a decir de algunos autores, se presenta en grados diversos y con caracteres distintos. Así, por ejemplo, el dolo como particularidad de los delitos, aparece como mala voluntad, pero aplicada al hecho con la “intención de dañar”. En los vicios de la voluntad, incluye todos los procedimientos reprobados mediante los cuales se “induce” a una persona a la celebración de un acto. En las obligaciones en general, su aplicación es con respecto de la inejecución o mala ejecución de ellas. Aquí el dolo aparece como un simple “incumplimiento” o “mal cumplimiento” de la obligación, causado, sin embargo, por una actitud consciente y deliberada del deudor”.

Sigue siendo discutible establecer las fronteras de lo ilícito civil de lo ilícito penal. “Para el español Antonio Quintano Ripolles, la ilicitud penal se fundamenta en el hecho que se encontraría penalmente tipificada. Para el argentino Henoch Aguiar, vincula la calificación del acto ilícito con la regla transgredida; de esta forma, se la regla se refiere a las relaciones de convivencia dentro de las actividades particulares, habrá ilícito penal; en cambio, si la conducta está vinculada a lo que debe observar con relación al todo social, habrá ilícito criminal; siendo así, el delito penal lesionaría el interés social, mientras que el ilícito civil afectaría el derecho individual. El alemán Merkel, no acepta la diversidad de injustos y defiende un criterio unitario, pues para el solo hay una clase de injusticia que es la violación culpable de las reglas jurídicas, sin embargo, admite que acarrea diferentes consecuencias; precisando Binding que todo injusto es un ataque a los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos)”¹³⁰.

- La responsabilidad por culpa

En los delitos culposos, señala Tiffer,

¹³⁰ Zamora-Pierce, Jesús. El fraude contractual (recopilación y comentario de textos). *Anuario Jurídico*; pp. 511-539.

“resulta más difícil determinar la finalidad del acto, ya que la actuación carece de una finalidad delictiva. El sujeto no sabe, ni quiere, el resultado dañoso. Su conducta se encuentra en el límite de imputabilidad, entre el ámbito de protección de la norma y más allá del riesgo permitido. Otra dificultad de este tipo de delitos es que tampoco resulta fácil precisar el tipo de riesgo y cuáles son sus excesos. Primero porque las conductas son innumerables y no se encuentran todas escritas y, segundo, porque la evaluación del peligro corresponde siempre a una valoración legal, es decir al juez penal”¹³¹.

El artículo 1319° del Código Civil, establece la Culpa Inexcusable, señalando: “Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”; cuyo baremo analógico se expresa: “romper con el estándar del menos experto o menos diligente; cualquier otro en su lugar hubiera actuado de manera diferente”¹³².

Mientras que el artículo 1320° del citado cuerpo legal, regula la Culpa Leve, señalando:

“Actúa con culpa leve quien omita aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”; cuyo baremo analógico se expresa: “no uso de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar; romper con el estándar del promedio”¹³³.

De lo dicho, observamos que “la culpa consiste en la falta de diligencia de una persona en el cumplimiento de la obligación. La culpa resulta de la negligencia, imprudencia o torpeza del deudor, quien incumple sin intención su obligación, dado que de lo contrario su conducta sería atribuible a título de dolo”¹³⁴.

De esta forma, “la culpa se traduce en un comportamiento inadecuado conforme a un estándar social, no en un catálogo de deberes, más o menos detallados. No se trata, ciertamente de una noción sociológica, sino al contrario, de una perspectiva puramente normativa, en la que no conducirse socialmente deriva de la armonización de las libertades, en la que el Derecho es precisamente la coexistencia de tales libertades.

¹³¹ Velásquez Velásquez, Fernando (2002). Ob. cit. p. 67.

¹³² Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación 2293-2012, de fecha 26 de noviembre del 2012, F.J. 6.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Castañeda, Jorge Eugenio (1963). El derecho de las obligaciones. Tomo II. Efecto de las obligaciones. N° 152, p.140.

Existe pues el deber no solo de hacernos soportar el riesgo de la vida conjunta, sino hacer al prójimo el bien que exigiríamos de él. De este modo, la forma en la que nos conducimos en libertad, en la que conciliamos nuestras libertades y nuestras conductas se determina mediante la apreciación en abstracto de la conducta, es decir, por comparación con un estándar medio (*el baremo del hombre medio o razonable*), que podemos exigirnos entre todos, el buen padre de familia, el hombre razonable y prudente. La culpa es definida como el error de conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas”¹³⁵.

La culpa inexcusable significa que “el deudor actúa con negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones. Es la culpa que linda con el dolo, por la gravedad que ella reviste, atribuyéndose con frecuencia iguales consecuencias jurídicas. Mientras que en la culpa leve no hay intención de no cumplir, no hay mala fe de parte del deudor. A diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan solo la falta de diligencia ordinaria”¹³⁶.

Cabe precisar que “En la culpa a diferencia del dolo, no hay intención de no cumplir, no hay mala fe de parte del deudor, hay simplemente una negligencia, una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor”¹³⁷.

Antiguamente, “se establecía diversos grados de culpa, diferenciando la *culpa lata*, la *culpa levis* y la *culpa levissima*. Modernamente, ya no se establece grados de culpa para determinar la responsabilidad, se limita a establecer un solo patrón objetivo de conducta: la del hombre razonable, que da lugar a responsabilidad en todos los casos de desviación de la conducta deseable. En suma, se trata de una objetivación de la culpa a través del establecimiento de un solo estándar”¹³⁸.

De acuerdo a este criterio,

¹³⁵ Mazeaud, Henri y León-Tunc, André (1962). *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo III, Vol. II. Buenos Aires, EJEJA; p.50, 52.

¹³⁶ Osterling Parodi, Felipe. *Las obligaciones* (8ª edición). Lima: Grijley, p. 241.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 242.

¹³⁸ De Trazegnies, Fernando (2001). *La responsabilidad extracontractual (Arts.1969-1988)* (7ª edición). Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 142-143.

“la culpa que debemos analizar en el causante del daño, de acuerdo al artículo 1969° del C.C., no puede ser apreciada in concreto, tomando en cuenta todas las particularidades y posibilidades subjetivas del agente, sino in abstracta, mediante la comparación con una conducta objetiva o ideal en tales circunstancias. No se trata de analizar la culpa en la interioridad del sujeto sino de comparar la conducta realizada con un patrón sociológico, que en este caso puede ser llamado como del ‘hombre razonable’ o del ‘hombre diligente’”¹³⁹.

En el ámbito penal, la responsabilidad profesional desde el concepto de la culpa se ha definido a partir de cuatro categorías, que son las siguientes¹⁴⁰:

a. Impericia: es una actuación con ausencia de los conocimientos fundamentales. Se trata de la culpa profesional; se imputa impericia al agente cuando este sin estar debidamente preparado o capacitado para realizar determinada acción peligrosa, lo realiza sin prever el resultado dañoso. Es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte que importa un desconocimiento de los procedimientos elementales.

b. Imprudencia: es una actuación temeraria o precipitada. Se verifica cuando el autor realiza la acción por actos inusitados, precipitados y fuera de lo corriente, de los cuales debió abstenerse por ser capaces de producir un resultado lesivo para determinado bien jurídico por las mismas circunstancias que lo rodean.

c. Negligencia: se obra por negligencia cuando el agente no toma las debidas precauciones y prudencia en su accionar; el deudor omite realizar un acto que la prudencia aconseja realizar.

d. Inobservancia de reglamentos o normas: se trata de la inobservancia de los reglamentos y deberes del cargo; es decir, inobservancia de disposiciones expresas (ley, reglamento, ordenanzas municipales, etc.), que prescriben determinadas precauciones que deben observarse en actividades de las cuales pueden derivar hechos dañosos. Se refiere al incumplimiento de la obligación que tienen todos los que trabajan en un hospital de respetar los reglamentos internos o específicos de la institución y las reglas del servicio; también incluyen los principios éticos de la Medicina y los derechos del paciente”.

¹³⁹ De Trazegnies, Fernando (2001). Ob. cit. p. 145.

¹⁴⁰ Salinas Siccha, Ramiro (2010). Derecho Penal. Parte Especial. Vol. 1. Lima: Grijley; p.101-102.

2.2.1.6.2. Negligencia médica

Borquez Vera y Burgos Salinas señalan que “la negligencia médica ocurre cuando un abastecedor de cuidado médico causa lesión o muerte a un paciente omitiendo el actuar dentro del estándar aplicable de cuidado, Lex Artis. En la determinación de si un médico facultativo incurrió en una equivocación, la corte considerará qué hubieran hecho en la misma situación médicos facultativos razonables y prudentes. Si los médicos facultativos no resolvieron la situación dentro de ese estándar, podrían ser considerados negligentes”¹⁴¹.

Para Salinas Siccha, “se obra por negligencia cuando el agente no toma las debidas precauciones y prudencia en su accionar: obra negligentemente quien omite realizar un acto que la prudencia aconseja realizar; de esta forma, en la negligencia hay un defecto de acción y un defecto en la previsión del resultado”¹⁴².

En el caso concreto del médico y la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico que debe tener, “obrará de forma negligente si poseyendo la destreza suficiente y necesaria, no la haya aplicado, teniendo a su alcance todos los medios para hacerlo. Cabe precisar que ningún médico por la misma naturaleza de la ciencia y del arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico ni garantizar la curación del paciente”¹⁴³. En suma, la negligencia profesional alude a una defectuosa ejecución de la *lex artis*.

Casos de negligencia médica:

1. No sujetar al paciente a la mesa de operaciones o camilla.
2. Examen médico insuficiente cuando se ingiere sustancias tóxicas.
3. Falta de protección en la aplicación de radioterapia.
4. No controlar al paciente en el post-operatorio.
5. No advertir de los efectos colaterales de un determinado tratamiento.

¹⁴¹ Borquez Vera, Pamela y Burgos Salinas, Raúl. Guía de medicina legal sobre responsabilidad médica. Cfr. La siguiente página electrónica:
<http://www.med.uchile.cl/apuntes/archivos/2007/medicina/APUNTE%20RESPONSABILIDAD%20MEDICA.pdf>.

¹⁴² Salinas Siccha, Ramiro (2010). Ob. cit. p. 102.

¹⁴³ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; p. 131.

6. No informar al paciente o familiares sobre receptor sobre riesgos, secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes.
7. Abandonar al enfermo (guardia, emergencia o huelga).
8. No controlar con regularidad y a cortos intervalos, la temperatura de la incubadora, el respirador artificial etc.
9. Dar de alta a un paciente con fractura sin ordenar una radiografía de control.
10. No ordenar la biopsia ante una sospecha de cáncer.

2.2.1.6.3. Impericia médica

Borquez Vera y Burgos Salinas, refieren que la impericia médica “es la falta de práctica o de experiencia, a pesar de tener los conocimientos, se expresa en conductas activas o pasivas. Es en definitiva ignorancia de los principios propios de la Lex Artis Médica. Ahora bien, esta manifestación de la culpa no constituye fuente de responsabilidad médica en la actual legislación chilena, que sólo se refiere a ella cuando se trata de la ignorancia de una función”¹⁴⁴.

Salinas Siccha refiere que “la impericia, también conocida en la doctrina como culpa profesional, se imputará al agente cuando este sin estar debidamente preparado o capacitado para realizar determinada acción peligrosa, lo realiza sin prever el resultado dañoso”. La impericia es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte que importa un desconocimiento de los procedimientos más elementales”¹⁴⁵.

En el mismo sentido señalan Politoff, Matus y Ramírez, cuando señalan que “se entiende por impericia cuando el médico no posea los conocimientos o la destreza requerida”¹⁴⁶. La impericia supone la falta de conocimientos que se presuponen al miembro de una determinada profesión (al médico en el presente caso).

¹⁴⁴ Borquez Vera, Pamela y Burgos Salinas, Raúl. Ob. cit.

¹⁴⁵ Salinas Siccha, Ramiro (2010). Ob. cit. p. 102.

¹⁴⁶ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María (2004). Ob. cit. p. 131.

Hay que precisar que “no es incriminable el simple error científico o el diagnóstico médico equivocado, salvo cuando se trate por su propia entidad cualitativa o cuantitativa, de extrema gravedad; o cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional”¹⁴⁷.

Casos de impericia médica¹⁴⁸:

- “1. No practicar por ignorancia exámenes básicos, como el de sangre a un sospechoso de sífilis u otra enfermedad, y omitir en consecuencia el tratamiento adecuado.
2. Confundir el diagnóstico de una enfermedad con otra no obstante ser de claras manifestaciones clínicas diversas.
3. Prescribir por ignorancia dosis tóxicas o mortales”.

2.2.1.6.4. Imprudencia médica

Borquez Vera y Burgos Salinas señalan

“que la imprudencia médica consiste en obrar con ligereza, discernimiento y buen juicio debidos, sin la cautela que la experiencia de la vida nos enseña que debemos emplear en la ejecución de nuestras acciones que puedan causar daño a terceros”¹⁴⁹.

La imprudencia, señala Salinas Siccha,

“aparece cuando el autor realiza la acción por actos inusitados, precipitados y fuera de lo corriente, de los cuales debió abstenerse por ser capaces de producir un resultado lesivo para determinado bien jurídico por las mismas circunstancias que lo rodean. De esta forma, obra imprudentemente quien realiza un acto que las reglas de la prudencia aconsejan abstenerse. Se trata del obrar de más, un exceso en la acción”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Gutiérrez Aranguren, José Luis. La imprudencia profesional. En: Lecciones de derecho sanitario. pp. 391-407. Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 29 de febrero de 1996.

¹⁴⁸ Borquez Vera, Pamela y Burgos Salinas, Raúl. Ob. cit.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Salinas Siccha, Ramiro (2010). Ob. cit. p. 102.

El Tribunal Supremo español distingue entre

“la imprudencia de un profesional” y “la imprudencia profesional”. “Para ello hay que distinguir entre la culpa del profesional, que es imprudencia o negligencia comunes cometidas por el mismo en el ejercicio de la profesión; y la culpa profesional, que es la impericia, ineptitud o ignorancia, es decir, falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia, que puede ser de origen o bien incurriendo en ella por olvido o falta de ejercicio, de práctica o perfeccionamiento posterior”¹⁵¹.

Desde esta perspectiva, para el Tribunal Supremo español, la diferencia entre las distintas clases de imprudencia no es cualitativa, sino cuantitativa, de grado, por la mayor o menor previsibilidad del evento, por la mayor o menor exigibilidad de cuidado para prevenirlo, por la mayor o menor reprochabilidad o repulsa social ante la infracción de cautela omitida.

En el presente caso, estamos ante la denominada imprudencia temeraria, la tonalidad más intensa que existe en la escala culposa, que consiste “en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno, al punto que constituye una forma de culpabilidad que limita con el dolo eventual”¹⁵².

La imprudencia temeraria “se caracteriza no tanto por la gravedad del resultado, sino por la omisión de todas las precauciones propias al caso, o al menos de las más elementales y rudimentarias, por haber incidido el agente en descuido, negligencia o abandono de tal magnitud que no hubiera incurrido en ellos el menos cauto, precavido, diligente de los hombres, por la absoluta insociabilidad del infractor, así como o por el desdén y el desprecio que el sujeto activo muestra por la vida humana, integridad corporal y patrimonio de los sujetos pasivos implicados en el evento”¹⁵³.

¹⁵¹ Gutiérrez Aranguren, José Luis. La imprudencia profesional. En: Lecciones de derecho sanitario. pp. 391-407.

¹⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 15 de octubre de 2006; Citado por Gutiérrez Aranguren, José Luis. Ob. cit. p.402.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 28 de marzo de 1998; Citado por Gutiérrez Aranguren, José Luis. Ob. cit. p.402.

De esta forma, “los médicos o técnicos sanitarios incurrirán en conductas calificadas como imprudencia temeraria cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia, el descuido”¹⁵⁴. También se configura la imprudencia temeraria “cuando se introduce un peligro que supera considerablemente el límite del riesgo permitido”¹⁵⁵.

Casos de imprudencia médica:

1. Transfundir sangre sin establecer el grupo sanguíneo, HIV, VDRL, hepatitis, etc.
2. Dejar gasa o instrumental en la cavidad abdominal.
3. Realizar un acto innecesario (histerectomía abdominal con apendicectomía profiláctica).
4. Transmitir enfermedades contagiosas, por el médico o el instrumental (TBC, sífilis, SIDA).
5. Hacer operaciones o amputaciones con diagnóstico de cáncer con sólo el examen clínico.

2.2.1.6.5. Inobservancia de los reglamentos

Es desconocer intencionadamente las disposiciones que rigen el ejercicio de la profesión. En otras palabras, es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesto con fines de prevención de un daño ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente.

Estamos ante “la inobservancia de disposiciones expresas que prescriben determinadas precauciones que deben observarse en actividades de las cuales pueden derivar hechos dañosos. El desconocimiento u omisión de ellas genera una hipótesis de responsabilidad culposa, en la medida que el obrar de ese modo causara un resultado dañoso típico.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 14 de febrero de 1991; Citado por Gutiérrez Aranguren, José Luis. Ob. cit. p.402.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 24 de noviembre de 1991; Citado por Gutiérrez Aranguren, José Luis. Ob. cit. p.402.

Por ejemplo, se configura esta modalidad de culpa cuando el chofer por inobservar las reglas de tránsito que prescriben manejar a velocidad prudencial por inmediaciones de los colegios maneja a excesiva velocidad y como consecuencia de ello atropella a un estudiante que cruzaba la vía¹⁵⁶.

Casos de Inobservancia a los reglamentos:

1. Retirarse antes en un turno.
2. Padecer una enfermedad infectocontagiosa y continuar la atención de pacientes.
3. No denunciar enfermedades que requieren notificación obligatoria.
4. Omisión o defecto en la confección de la historia clínica.
5. Realizar el interno o residente actos no autorizados o sin la debida supervisión.
6. Recetar productos milagrosos o no autorizados.
7. Abandonar el centro laboral sin autorización.
8. Abandono de guardia
9. No obtener la autorización del paciente o familiares en casos quirúrgicos.
10. No Fiscalizar las tareas del personal auxiliar que debe cumplir con las indicaciones dadas por el Médico.

2.2.1.6.6. Requisitos que configuran la conducta negligente:

En los delitos negligentes o culposos, el comportamiento del agente vulnera el deber objetivo de cuidado que le exige la ley; siendo este elemento fundamental en los delitos culposos, destacado por primera vez por Engisch (1930). El deber de cuidado se entiende como aquel se exige al agente que renuncie a un comportamiento peligroso, con la finalidad de evitar poner en peligro o lesionar bienes jurídicos protegidos¹⁵⁷.

Las características fundamentales del deber de cuidado es que es *objetivo* y *normativo*.

¹⁵⁶ Salinas Siccha, Ramiro (2010). Ob. cit. p. 102.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 98.

De esta forma, en cuanto a su *carácter objetivo*, la violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor. En ese sentido, habrá infracción en tanto se constate, con independencia de las capacidades individuales del médico actuante, que no se aplicó el estándar sanitario exigible en ese caso y que es el aplicado generalmente por los médicos sanitarios (baremo del cirujano medio).

En lo que se refiere a su *carácter normativo*, la determinación de que una conducta es imprudente depende de parámetros que la ley sólo enuncia. El Legislador, por imposibilidad real de describir la inmensidad de conductas que pueden poner en peligro o dañar bienes jurídicos, con motivo principalmente de la industrialización y avances tecnológicos-científicos, se limita a fijar una imagen rectora que oriente al juez de modo semejante a lo que sucede en los delitos de comisión por omisión. Estamos frente a un tipo penal abierto. El parámetro que mayor importancia tiene en la definición del deber objetivo de cuidado para los profesionales de la salud, está constituido por el conjunto de reglas técnicas o procedimentales suministradas por las ciencias biomédicas y aplicadas por los miembros de esa comunidad científica a situaciones ya conocidas y contrastadas; a ese conjunto de reglas se le denomina *lex artis*.

Significa que no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, por ello el juez está obligado, en cada caso particular, a remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento en examen, desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así: “el autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente (baremo del cirujano medio), de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 27357, de fecha 22-05-2008, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Roxin propone sustituir el criterio de infracción del deber de cuidado por los criterios de imputación objetiva, en especial riesgo permitido y fin de protección de la norma. El autor alemán afirma que “esta categoría (infracción del deber de cuidado) es muy vago y erróneo, desde el punto de vista de la lógica de la norma, pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico”¹⁵⁹.

De esta forma, en la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la *teoría de la imputación objetiva*, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el *riesgo permitido* y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

La imprudencia requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa;
- b) Infracción del deber de cuidado;
- c) Creación de un riesgo previsible y evitable;
- d) Un resultado dañoso derivado de aquella descuidada conducta (relación de causalidad).

A. Una acción u omisión voluntaria no maliciosa

Los delitos y las faltas imprudentes pueden ser cometidos tanto por acción como por omisión. “El autor de un delito imprudente actúa de forma voluntaria, dirigiendo dicha voluntad tan solo a la realización de la acción contraria al cuidado debido. En este aspecto, resulta poco clara la delimitación entre la culpa y el dolo eventual.

¹⁵⁹ Roxin, Claus (1997). *Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y Gracia Conlledo. Javier de Vicente Remesal: Madrid; Ed. Civitas, p. 998-999.

El contenido del elemento subjetivo del tipo imprudente no es otro que actuar de manera plenamente consciente en la vulneración de la norma de cuidado, pero ese nivel de consciencia no abarca el *resultado*, cosa que si ocurre en el dolo eventual, donde el sujeto abarca el resultado en su comportamiento típico”¹⁶⁰.

B. Infracción del deber de cuidado

La violación de un deber objetivo de cuidado implica una acción contraria al deber de diligencia que se extrae del contexto del ordenamiento jurídico. Frente a una posible conducta culposa, se debe observar, en primer lugar, si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente (baremo del hombre medio, o del cirujano medio en el caso del médico) situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los *conocimientos especiales* de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico. Asimismo, en segundo lugar, debe observarse si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*.

De esta forma, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “*cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño*”¹⁶¹.

Podemos decir que “No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una ‘*conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa*’, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

¹⁶⁰ Rodríguez Delgado, Julio (2007). *El tipo imprudente*. Lima: Grijley; p. 77.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 27357, de fecha 22-05-2008, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión (medicina, por ejemplo), el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado *principio de confianza*, según el cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”¹⁶².

C. Creación de un riesgo previsible y evitable:

El deber objetivo de cuidado “se determina a partir de la previsibilidad objetiva del comportamiento que va dirigido a una finalidad irrelevante desde una perspectiva jurídico-penal (porque solo se dirige a infraccionar la norma de cuidado), pero que en virtud de los medios, formas y modos de realizar el comportamiento en el caso específico podría producir un resultado típicamente relevante”¹⁶³.

En el caso que “la acción se realizara con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno, pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva”¹⁶⁴. De esta forma, le será imputado un resultado a la persona que lesione o ponga en peligro un bien jurídico cuando se extralimite de los parámetros de las acciones riesgosas admitidas social y jurídicamente.

Como afirma Julio Rodríguez, “El límite al riesgo está estructurado en las normas de cuidado, que a su vez exigen en el sujeto un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo”¹⁶⁵.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Rodríguez Delgado, Julio (2007). Ob. cit. p. 85.

¹⁶⁴ Caro Coria, Dino (2002). *Código Penal. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la Práctica Penal*. Lima: Gaceta Jurídica; p. 132.

¹⁶⁵ Rodríguez Delgado, Julio (2007). Ob. cit. p. 86.

Prosigue señalando Julio Rodríguez que “El deber de cuidado interno es aquel inherente a la condición de ciudadano que tiene todo sujeto en la convivencia social que realiza. Se le denomina deber de previsión. El deber de cuidado interno exige dos condiciones genéricas: i) el sujeto tiene que advertir el peligro, para lo cual debe tenerse en cuenta las condiciones personales (capacidad) del autor; ii) resulta de aplicación la teoría del riesgo, denominado también como deber de cuidado subjetivo, donde el sujeto advierte el riesgo, donde el riesgo se encuentra reglamentado, lo que nos permite establecer que se trata de riesgos permitidos”¹⁶⁶.

De otro lado, “El deber de cuidado externo es aquel que tiene una relación de antecedente-consecuente con el deber de cuidado interno, lo que significa que se exige en el sujeto un deber de comportarse adecuadamente a la entidad del peligro que previamente estaba obligado a advertir. El deber de cuidado externo está en directa relación a la concreción de la creación de un peligro no permitido”¹⁶⁷.

Por eso se reconoce que este deber de cuidado externo tiene tres manifestaciones:

a.- Deber de omitir acciones peligrosas, se trata de casos en donde el sujeto no está capacitado para la realización de la acción, incluso existiendo una finalidad de utilidad social en la realización de dicha acción.

b.- Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas, implica la actuación prudente del sujeto ante riesgos tolerados.

c.- Deber de información y preparación previa, verbigracia, el caso de los médicos cirujanos que previamente a una intervención quirúrgica deben informarse sobre la situación del paciente, al que por no revisar la historia clínica, imputaron la pierna equivocada”¹⁶⁸.

D. Un resultado dañoso:

La presencia de responsabilidad penal por imprudencia requiere habitualmente la producción de un resultado de peligro o lesión de un bien jurídico (muerte, lesiones, aborto, lesiones al feto,

¹⁶⁶ Ibidem, p. 86-87.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 87.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 93-94.

etc.), que es la consecuencia de la acción contraria al cuidado. Por ello, el delito imprudente es un delito de resultado (lesión o peligro) pero no de mera actividad, pues siempre tiene que afectarse de forma efectiva el interés objeto de tutela jurídica. Ahora, la configuración del delito imprudente de resultado obliga a tomar éste y conectarlo con una acción que no responda al deber objetivo de cuidado; la vinculación del resultado con la acción imprudente se materializa en una relación de causalidad.

En tal sentido, para que una demanda por mala praxis prospere tienen que estar presentes varios elementos. “En primer lugar, tiene que dirigirse contra el autor del daño. En segundo lugar, es necesaria la presencia de un daño objetivo. Asimismo, tiene que presentarse por parte del demandado una culpa o negligencia en su accionar. Por último, es imprescindible la presencia de un nexo causal que vincule al acto profesional y el daño ocasionado. Si este nexo no se presenta o se encuentra resquebrajado por algún elemento exógeno como la fuerza mayor o el caso fortuito, no podrá atribuirse responsabilidad al médico”¹⁶⁹.

2.2.1.6.7. Obligación de medios y obligación de resultados

Nuestra Constitución reconoce y tutela varios derechos que se encuentran íntimamente vinculado con la praxis médica, a saber: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral y derecho a la calidad de vida. Sobre la base de estos derechos, es obligación del Estado el garantizar a todos los habitantes un nivel de vida que asegure su acceso a servicios básicos de óptima calidad, acceso a la educación, a la salud, justicia oportuna, certera y sin dilaciones, entre otros.

Hay que precisar que desde el momento que un agente de la salud, acepta el ingreso de un paciente a un establecimiento público o privado o bien desde que comienza en la atención de un paciente, nace un contrato de cumplimiento obligatorio y con dicho contrato se originan los derechos y obligaciones de las partes. El derecho del paciente a recibir la atención debida y la obligación de los profesionales de la salud a prestársela.

¹⁶⁹ Tamayo Martínez, Jaime (2007). La relación médico paciente y la mala praxis médica. En: *Revista Novedades Jurídicas*; IV, Número 19, febrero, Ediciones Legales, pp. 12-23.

A su vez nace el derecho de los profesionales a percibir una retribución por sus servicios y la obligación del paciente o del Hospital o del Sanatorio o de la empresa de medicina a satisfacer dichos honorarios o retribución mensual convenida.

Resulta de suma importancia establecer qué tipo de obligación pesa sobre el médico al prestar el servicio. La regla general indica que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto quiere decir que se cumple con la obligación al agotar todos los esfuerzos porque se logre el objetivo (la curación), y no al efectivamente alcanzar ese objetivo. Lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado. Sin embargo, en ciertas especialidades la obligación si es de resultado. Ello se presenta cuando el objeto de las mismas no es la curación, sino que sirven de medio para esta (eje. análisis clínicos) y también en ciertas especialidades en las que se ofrece un resultado. Dentro de este último grupo estaría la cirugía plástica y la mayoría de las prestaciones odontológicas. Quedarían probablemente excluidos los casos de emergencia dental, aunque la línea divisoria entre lo que sería una obligación de resultados y una de medios resulta muy tenue.

- **La *lex artis* y la obligación de medios**

La *lex artis* médica es "aquel criterio valorativo para graduar o evaluar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico"¹⁷⁰. En otras palabras "comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza"¹⁷¹.

El acudir al criterio de la *lex artis* médica, "es de obligada consideración a la hora de declarar la eventual responsabilidad que corresponda. Lo contrario implicaría acoger una responsabilidad basada exclusivamente en la producción de un resultado, ajena a cualquier valoración sobre la culpa"¹⁷².

¹⁷⁰ Sentencia N° 1342/2006 de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo de España, de 18 de diciembre de 2006; Magistrado Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

¹⁷¹ Sentencia N° 495/2006 de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo de España, de 23 de mayo de 2006; Magistrado Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁷² Sentencia N° 1342/2006 de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo de España, de 18 de diciembre de 2006.

Así, diremos que la “*lex artis* en el ejercicio de la medicina es el estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica, será ésta la que nos permita averiguar si en determinada actuación un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad. Si existe correspondencia entre la conducta del médico y el uso adecuado, el médico habría obrado diligentemente, como un buen profesional; en caso contrario incurriría en falta”¹⁷³.

El Tribunal Supremo Español ha señalado que junto a las normas de la *lex artis*, también deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares que rodean a cada caso: “*lex artis ad hoc*”¹⁷⁴. Surge aquí la discusión “respecto a si los conocimientos y condiciones especiales del profesional actuante deben o no ser considerados al momento de determinar la violación del deber de cuidado, es decir, si entran en juego a nivel de la tipicidad elementos subjetivos, tal lo que ocurre en los delitos dolosos. La doctrina en general, entiende por conocimientos especiales la experiencia del sujeto en la actividad de que se trate, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor; y como capacidad o aptitud se comprende, generalmente, la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad”¹⁷⁵.

La doctrina seguida por los diversos Tribunales de España, sobre la *lex artis*, fijada por el Tribunal Supremo español ha establecido lo siguiente¹⁷⁶:

“El substrato de todo contrato de arrendamiento de servicios médicos, está constituido por lo que doctrinalmente se denomina “lex artis ad hoc”, que no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos, siempre con base a la “libertad clínica” y a la prudencia, en otras palabras, la observancia de la “lex artis ad hoc” exige la toma en consideración del caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y de las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la especialidad, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado e

¹⁷³ Serrano Escobar, L. (2000). *Nuevos conceptos en Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley; p.12.

¹⁷⁴ García Rivas, Nicolás (1999). La imprudencia profesional: una especie a extinguir. En: Cerezo Mir, José, et al. (eds.). *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torio López*; Granada, pp. 369-385.

¹⁷⁵ Piña, Roxana (2004). El tipo subjetivo en el delito imprudente. En: Alberto Donna, Edgardo (Dir.). *Revista de Derecho Penal, delitos culposos I*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni; pp. 55-76.

¹⁷⁶ Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 603/2009, de fecha de 28 de octubre. Citada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia 90/2012, de fecha 10 de mayo del 2012.

intervención del enfermo- o exógenos -la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida...Y entendiendo en forma más específica, dicho actor Tribunal, que el diagnóstico viene constituido por el conjunto de actos médicos que tiene por finalidad constatar la naturaleza y transcendencia de la enfermedad que sufre el enfermo, de ahí que se considere dicha actuación médica como la primera y más importante, pues el tratamiento ulterior dependerá del diagnóstico previo. Y para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el medico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo”.

En cuanto a la obligación de medios, Guerrero Zaplana señala que

“la obligación de medios que tiene el médico se debe poner en relación con el criterio de la lex artis que servirá para determinar cuándo se han puesto los medios correctos y en qué supuestos la atención prestada al paciente ha sido la adecuada en consideración a las condiciones y circunstancias en las que se presta dicha atención. Por tanto, la ciencia médica debe establecer en cada caso, cual es el contenido y alcance de la prestación sanitaria que razonablemente, prestaría un médico normal y esto se convierte en criterio de normalidad para determinar que toda la asistencia prestada por debajo de dicho criterio es una asistencia insuficiente o respecto de la que cabe hablarse de negligencia”¹⁷⁷.

Precisar que

“El deber esencial del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales con el fin de lograr su recuperación. Una obligación de medios, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido. Una obligación contractual de medios equivale a las que en materia extracontractual se denominan obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia. Por el contrario, en una obligación de resultado el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de medios, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo”¹⁷⁸.

El Tribunal Supremo español, en su Sentencia de 8 de septiembre de 1998, reproducida literalmente por multitud de sentencias posteriores, ha señalado sobre esto lo siguiente¹⁷⁹:

¹⁷⁷ Guerrero Zaplana, José (2006). *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, 5ª edición, Lex Nova, Madrid, p. 66.

¹⁷⁸ Tapia Rodríguez, Mauricio (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico perjuicio de nacer y otros problemas actuales. En: *Revista de Derecho*, Vol. XV, diciembre, pp. 75-111

¹⁷⁹ Citada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia 90/2012, de fecha 10 de mayo del 2012.

"... la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo («lex artis ad hoc»)".

Por lo tanto, el profesional médico no se obliga al logro de un concreto resultado sino al despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente. Partiendo de esta premisa, hay que distinguir entre la medicina curativa (necesaria, terapéutica o asistencial), esto es, la que tiene por objeto curar al paciente que presenta una alteración patológica de su organismo, y la medicina voluntaria o satisfactiva, cuyo fin no es curar propiamente, sino que actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento) o para anular su capacidad reproductiva (vasectomías y salpingectomías).

El problema que hay que resolver es si en la medicina voluntaria la obligación que asume el médico es de medios, o puede configurarse como una obligación de resultado. Sobre esta particular, el Tribunal Supremo ha establecido que, si bien la obligación del médico en la medicina curativa es una obligación de medios pura, en la medicina voluntaria, aunque cuando no pierde completamente tal carácter, se aproxima al contrato de obra, sin que pueda prescindirse, en cualquier caso, de los elementos de la causalidad y culpabilidad. En este sentido se expresan las SSTS de 22 de julio de 2003 y 25 de abril de 1994.

Como señala la STS de 21 de octubre de 2005, en un supuesto de cirugía estética, "se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios", aunque, "en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de la causalidad y culpabilidad". Conforme a esta doctrina, en las operaciones de cirugía estética, como sucede en el caso de autos, el profesional médico no está obligado a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médico indican, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En el ámbito de la cirugía estética el profesional médico no tiene plena seguridad de éxito en la aplicación de su ciencia, ya que no todas las reacciones del organismo son controlables con él".

Asimismo, el Tribunal Supremo español¹⁸⁰ reitera su posición jurisprudencial en torno a la obligación de medios:

¹⁸⁰ Citada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia 90/2012, de fecha 10 de mayo del 2012.

“La obligación del médico puede configurarse como una obligación de resultado cuando existe un acuerdo entre las partes en el que el médico se obliga a su obtención. Como expresamente indica la citada STS de 20 de noviembre de 2009, y otras que van en la misma línea, si ha existido un "aseguramiento" del médico respecto al logro de ese resultado, su obligación será de resultado, por lo que en tal caso el contrato que les vincula sí podrá calificarse como contrato de obra.

En todo caso, para que su obligación pueda configurarse como de resultado es imprescindible que el profesional la haya asumido indubitadamente en el contrato. Así sucede, a juicio del Tribunal Supremo, en el caso resuelto por la sentencia de 16 de abril de 1991, que califica como de resultado la obligación del médico en un caso de cirugía estética. 2) En la medicina voluntaria, el deber previo de información médica se intensifica, adquiriendo perfiles propios. Sobre este extremo nos ocuparemos más adelante. [...] Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma.

La información, que con carácter general se proporcionará oralmente, dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Por otra parte, el art. 2 de la Ley 41/2002 recoge el derecho a la libre elección, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3), y la necesidad de recabar, con carácter general, para toda actuación en el ámbito de la sanidad, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios (art. 2.2). Este consentimiento tiene por presupuesto la recepción de una información adecuada, hablándose por ello de "consentimiento informado".

Por consiguiente, en toda actuación médica hay que analizar si se ha dado al paciente una información adecuada del tipo de intervención a realizar, sus resultados previsibles, sus riesgos, sus alternativas y demás factores necesarios para una justa y real ponderación por parte del mismo, en tal forma que le paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva y no viciada por una información inexacta.

Si bien el deber de información por parte del profesional médico es predicable de todo acto médico, este deber se acrecienta aún más y adquiere particular relevancia y rigor cuando se trata de una intervención estética, como en el caso de autos, debiendo satisfacerse en tal caso de una manera prolija y pormenorizada, en atención a los fines estéticos y no curativos de la intervención.

La STS de 25 de abril de 1994 indicó expresamente que la mayor garantía en la obtención del resultado, en los casos de medicina voluntaria, debía basarse principalmente en intensificar las obligaciones del facultativo en lo referente a los deberes de información a su cargo.

Por su parte, la STS de 21 de octubre de 2005 señala que en este tipo de medicina "se acrecienta - para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencia- el deber de información médica".

Esta intensificación de la obligación de prestar cumplida información ha sido destacada por otras sentencias del Tribunal Supremo, como las de 31 de mayo de 1999, 3 de octubre de 2000 (Sala 3º), 22 de julio de 2003, 22 de junio de 2004, manteniéndose también en sentencias más recientes, como las de 22 de noviembre de 2009.

2.2.1.6.8. Responsabilidad del profesional sanitario

En general, se puede afirmar que cabe en el médico y profesional sanitario en general, tres tipos de responsabilidad: penal, civil y administrativa, conforme veremos ahora.

2.2.1.6.8.1. Responsabilidad penal

En el ámbito penal, para que la conducta médica sea sancionable debe ser típica, es decir, debe estar configurada en el Código Penal. En estos casos la pena recae sobre las personas, por eso se dice que este tipo de responsabilidad -penal- es subjetiva, debiéndose demostrar la relación directa o nexo de causalidad entre el accionar médico y el daño, sin lo cual no puede hablarse de delito¹⁸¹.

Por su parte, las consecuencias del accionar culposo pueden ser el daño en el cuerpo o en la salud o la muerte, o sea, lesiones u homicidio, ambos de carácter culposo. El Art. 111º del C.P., tipifica el homicidio culposo, mientras que el artículo 124º regula a las lesiones culposas, señalando lo siguiente:

Homicidio culposo

Artículo 111.- "El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

(...)

La pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de seis años."

¹⁸¹ Patitó, José Ángel (2000). *Medicina legal*. Buenos Aires: Ediciones Centro Norte; p. 91.

Lesiones culposas

"Artículo 124.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.

La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave.

(...)

La pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro años."

El médico no sólo recibe una pena, en caso de encontrarse responsabilidad penal, sino que también puede recibir como pena accesoria, la inhabilitación para ejercer su profesión, de conformidad con lo establecido en el Art. 36º inciso 6 del Código Penal.

2.2.1.6.8.2. Responsabilidad civil

Civilmente el médico también puede ser responsable, pero en este caso, de comprobarse la culpa, el resarcimiento es económico. En este ámbito la demanda puede ser dirigida contra el médico y contra el centro hospitalario, siendo ambos solidariamente responsables. El resarcimiento civil surge de la comprobación que existe entre el agente y el resultado dañoso producido independientemente de si el médico obró con impericia.

El daño posee diversas dimensiones y se manifiesta en diversos ámbitos, por ejemplo,

"la persona que es atropellada por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el Hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costosa rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante largo tiempo, etc."¹⁸².

¹⁸² De Trazegnies, Fernando (2001). *La Responsabilidad extracontractual. (Arts. 1969-1988)*. Tomo II. Vol. IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú; p. 35.

Visto, así las cosas, el daño se presenta como patrimonial y extrapatrimonial. “El daño es patrimonial cuando repercute en el patrimonio de manera directa e indirecta. Este tipo de daño se verifica cuando se causa a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente, por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”¹⁸³.

De esta forma, el daño patrimonial comprende: 1) el daño emergente (pérdida sufrida), y ii) el lucro cesante (ganancia dejada de percibir).

Como daño extrapatrimonial tenemos el daño a la persona y el daño moral. “El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”¹⁸⁴. “La persona es un proyecto de vida y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona; es el daño a la salud, a la integridad psicosomática. El daño moral aparece como género de una categoría específica: el agravio moral, que se configura cuando el daño es causado con dolo, es decir con conocimiento del mal moral que se podía producir, y que de hecho se habría producido”¹⁸⁵.

En consecuencia, a efectos de determinar el daño patrimonial hay que verificar los siguientes supuestos:

- Daño emergente:

Por daño emergente se entiende la disminución del *patrimonio* por la pérdida o detrimentos sufridos. Es la que deja de tener existencia. La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.

¹⁸³ Alterini, Aníbal; Ameal, José; López, Roberto (1996). *Derecho de obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; p. 216.

¹⁸⁴ Fernández Sessarego, Carlos (1988). Derecho de las personas. En: Revoredo, Delia (comp.). *Código Civil. Vol. IV, Exposición de motivos y comentarios*. Lima, p. 91.

¹⁸⁵ De Trazegnies, Fernando (2001). Ob. cit., p. 216.

“Comprende las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor económico común del mercado del bien sobre el que recaigan las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir”¹⁸⁶.

“Esta pérdida puede presentarse obviamente como consecuencia directa del daño: el costo de la intervención quirúrgica, los gastos de hospitalización, los medicamentos para curar las extremidades rotas, la factura por la reparación del automóvil abollado, etc.; estas son las pérdidas inmediatas (presente); pero también están las pérdidas mediatas (futuras), que se manifestarán posteriormente en el futuro, que son el costo de los ejercicios de rehabilitación de la pierna lesionada, y otras que aún no se puede visualizar tras el accidente”¹⁸⁷. Para De Cupis, por daño presente se entiende “el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad. Por daño futuro, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción, adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño”¹⁸⁸.

- Lucro cesante:

El lucro cesante es una forma de *daño patrimonial* que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño.

El lucro cesante ocurre cuando hay una pérdida de una perspectiva cierta de beneficio. Por ejemplo, el comerciante cuya mercancía ha sido destruida puede reclamar el precio de la misma, así como el beneficio que hubiera obtenido. Es la privación de una ganancia esperada en razón de la ocurrencia del hecho lesivo. En el lucro cesante también puede verificarse un daño presente y futuro, al igual que en el daño emergente. “El actual o presente -en el lucro cesante- es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el futuro es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Díez-Picazo, Luis (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Civitas; p. 322-323.

¹⁸⁷ De Trazegnies, Fernando (2001). Ob. cit. p. 36.

¹⁸⁸ De Cupis, Adriano (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Madrid: Bosch; p. 320.

¹⁸⁹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Exp. N° 11575-2015; de fecha 31 de agosto del 2015, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

En el lucro cesante, el daño futuro para ser jurídicamente considerado, debe revestir la condición de cierto. El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado. “En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado”¹⁹⁰.

En tal sentido, en el lucro cesante futuro

“la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión (...); la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto, considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común (...); no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’, a ‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa (...)”¹⁹¹.

- Daño Moral:

¹⁹⁰ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Exp. N° 08001-3103-008-1994-26630-1; de fecha 28 de agosto del 2013, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

¹⁹¹ Ibidem.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o síquica de las personas. En suma, el daño moral es un daño psíquico, de nivel emocional.

Desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, encontramos regulado el daño moral en el artículo 1322° del Código Civil, que señala:

“Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Y desde una perspectiva de la responsabilidad extracontractual, la encontramos regulada en el artículo 1984° del Código Civil, que señala:

“Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

El daño moral se puede definir como la lesión en los sentimientos que a su vez determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas. Taboada Córdova¹⁹² señala al respecto:

“Por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así por ejemplo se entiende que, en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general. Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal. Así, por ejemplo, una mujer casada, no podría demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años”.

¹⁹² Taboada Córdova, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil* (2ª ed.). Lima: Grijley; p. 64-65.

Por su parte, Leyser León¹⁹³, dentro de una perspectiva más amplia de lo que significa daño moral, no limita su concepto a lo estrictamente moral, al señalar:

“Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’, ‘moral’ es lo contrario de ‘material’.”

En términos más precisos, Leyser León señala que “el daño moral es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil”¹⁹⁴.

En el daño moral, se ha sostenido “que la función de la responsabilidad civil es más bien afflictivo-consolatoria, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” éste, en sentido estricto: La función eminentemente afflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél”¹⁹⁵.

La Corte Suprema de Justicia peruana, en la Casación N° 949-21995, señala lo siguiente¹⁹⁶:

“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario o en su defecto a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador”.

¹⁹³ León, Leyser; León, Hilario (2004). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Lima: Editora Normas Legales; p. 288.

¹⁹⁴ León, Leyser. Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. En Revista electrónica Díké: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Citado por León, Leyser, en: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF

En tal sentido, el artículo 1322° del Código Civil admite el resarcimiento del daño moral inferido dentro del ámbito de la responsabilidad contractual; mientras que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1984°, dispone el deber de indemnizar el daño moral atendiendo al menoscabo producido en la víctima o en su familia. Lo propio ocurre con el artículo 1985° del acotado Código, el cual distingue al daño moral como uno de los conceptos indemnizatorios, estableciendo como requisito la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el daño producido.

- Daño a la persona

Para Fernández Sessarego¹⁹⁷, “el daño a la persona significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”. Claro que esto es más complejo y extenso que el sufrimiento o el dolor. Sessarego precisa que “el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”¹⁹⁸.

Hay que aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se puedan causar al concebido o persona por nacer.

El daño a la persona se encuentra regulado en el artículo 1985 del Código Civil, en los siguientes términos:

*“Artículo 1985.- Contenido de la indemnización
La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.*

¹⁹⁷ Fernández Sessarego, Carlos (1985). El daño a la persona en el Código civil de 1984. En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Editorial Cuzco; p. p. 214.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 202.

Precisa Fernández Sessarego, que “la incorporación en el artículo 1985° del Código Civil peruano de la obligación de reparar el daño a la persona, sin limitación de ninguna especie, a diferencia de los pocos otros códigos que la incluyen con graves restricciones, constituye una novedad en la codificación civil comparada, tal como se ha puesto de manifiesto por los comentaristas de dicho cuerpo legal”¹⁹⁹.

Para entender en términos más precisos que comprende el daño a la persona, Fernández Sessarego, nos dice que “el ser humano es una unidad psicosomática, sustentada en la libertad, y los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad. De esta forma, el daño psicosomático puede recaer directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la psique, bajo el entendido que en cualquier caso el daño a una de tales esferas repercute, en alguna medida, en la otra sobre la base de la inescindible unidad antes referida”²⁰⁰.

Sessarego puntualiza que “el daño psicosomático puede desglosarse a su vez, para fines puramente descriptivos o didácticos o para orientar mejor la debida reparación, en daño ‘biológico’ y daño a la ‘salud’; claro que en realidad se trata de dos caras de una misma moneda. El daño biológico representa la vertiente estática y el daño a la salud la vertiente dinámica del genérico daño psicosomático. El daño biológico se identifica con la lesión, comprometiéndose, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole; siendo sus consecuencias generalmente visibles. En cambio, una lesión psicosomática que incide preferentemente en la psique resulta, como es obvio, menos elocuente y visible y probablemente más difícil de diagnosticar; e incluso en ciertos casos, podría pasar inadvertida para cualquier persona que no sea un médico especialista en la materia”²⁰¹.

¹⁹⁹ Fernández Sessarego, Carlos. Apuntes sobre el daño a la persona. En: Revista Electrónica Diké: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

Mientras que el daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual; el daño a la persona implica daño psicosomático, entendida ésta como daño biológico (la lesión en cuanto tal) y daño a la salud o bienestar (como estado integral de la víctima).

- **Cuantificación del daño moral**

Sin duda, la cuantificación del daño moral es uno de los más complicados al momento de emitir una sanción jurídica destinada a la reparación o al resarcimiento, pues no es lo mismo realizar una valoración económica en el ámbito de los derechos patrimoniales, que en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales, por lo mismo que se carece de una equivalencia relacional.

En cuanto a la cuantificación del daño moral la jurisprudencia nacional ha señalado lo siguiente²⁰²:

“El daño moral sí es cuantificable patrimonialmente, aun cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación; el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial, aunque con menor frecuencia el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de derechos todavía más valiosos como es el daño moral”. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia reconoce la posibilidad de la cuantificación del daño moral en nuestro derecho, lográndose así colocar en un mejor status al agraviado frente al hecho dañoso acaecido”.

Ahora, doctrinalmente se han fijado criterios objetivos que nos permiten determinar el *quantum* de la reparación civil por daño moral, como son los siguientes²⁰³:

“a) gravedad del delito que es tanto más intensa cuanto mayor es la participación del responsable en la comisión del hecho ilícito;

²⁰² Corte Suprema de Justicia, Casación N° 1070-95-Arequipa, 13 de julio de 1998. En: Poma Valdivieso, Flor (2012-2013). La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 6-7, N° 8 y N° 9, pp. 95-117.

²⁰³ Palacios Meléndez, Rosario (2006). Derechos Humanos, Proceso Penal y Reparación Civil. En: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. Lima: Editorial Rodhas; p. 52.

b) la intensidad de la perturbación anímica, en la cual se debe tener en cuenta la duración del dolor, a la edad y al sexo del dañado;

c) la sensibilidad de la persona ofendida; la Corte de Casación tiene en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima, y cuando éste es más alto – en opinión de los jueces, más grande es el dolor;

d) el vínculo matrimonial o de parentesco;

e) el estado de convivencia (entre parientes legítimos); a los convivientes de hecho, como se ha dicho, la orientación aún largamente mayoritaria de la jurisprudencia, niega también el resarcimiento del daño no patrimonial”.

El artículo 1332° del Código Civil introduce un mecanismo para cuantificar el resarcimiento de los daños de difícil probanza, la misma que establece:

“Artículo 1332.- Valoración del resarcimiento

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

Por lo general, se afirma que “la evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso, tales como precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir pues la prueba directa se hace más difícil; ya que se trata de hechos futuros, el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones. En tal sentido, el artículo 1332° del Código Civil obliga al juez a liquidar con valoración equitativa cuando el daño no pudiera ser probado en su monto preciso”²⁰⁴.

²⁰⁴ Osterling Parodi, Felipe; Rebaza González, Alfonso. La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332° del código civil. Cfr. la siguiente página electrónica: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificador%20a.pdf>

Para Felipe Osterling,

“una vez que se ha identificado el daño moral, el primer paso para su cuantificación es determinar si la afectación de los derechos morales agraviados tiene consecuencias patrimoniales o no; es decir, lo que el órgano jurisdiccional deberá buscar, en principio, es la posibilidad de ‘volver las cosas al estado

anterior’ mediante una reparación simbólica o ‘in natura’ (publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos, rectificaciones, etc.) y solo en caso de que esto no fuera posible, condenar al agresor al pago de una suma de dinero”²⁰⁵.

Así, nuestra Corte Suprema en la Cas. N° 1545-2006-PIURA, respecto a los criterios para cuantificar el daño moral señaló lo siguiente²⁰⁶:

“(…) atendiendo a que, no obstante la dificultad que existe para determinar con precisión el monto indemnizatorio en dinero, por daño moral, y que las instancias de mérito han expresado que no se ha aportado prueba concluyente respecto a dicho monto, además de que la entidad demandada ha alegado que no ha causado ninguna clase de daños al demandante, sino que ha actuado en ejercicio regular de un derecho, (...) empero por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal de ambas partes en conflicto, debe regularse la indemnización del daño moral con criterio prudencial y equitativo que faculta el artículo 1332 del mismo Código Sustantivo (...)”.

Aquí observamos cómo el juez para justificar el monto que se asigna por concepto de daño moral, se recurre a los criterios de lo “prudencial” y “equitativo”, lo cual, si bien está legislativamente contemplado, no implica que deba ser meramente reproducido sin llenarlo de contenido y adecuarlo con criterios específicos al caso concreto.

Como vemos, la determinación del quantum indemnizatorio resulta problemático sobre todo cuando se fija un monto para el daño moral, pues, al no ser el daño moral uno de carácter resarcitorio, la fijación de su cuantía no obedece a una operación matemática, sino que depende totalmente del libre arbitrio del juzgador.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Linares Avilez, Daniel (2012). Buscándole cinco patas al gato. El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. En: *Revista Derecho & Sociedad*; Año XXIII, N° 38, pp. 76-87.

En este aspecto, “podemos decir que en general, se aprecia en las sentencias de responsabilidad civil por daños, que persiste el problema de la arbitrariedad jurisdiccional para fijar montos justos y equitativos; si revisamos las diferentes sentencias que ha producido el Poder Judicial vamos a encontrar que, en la indemnización por muerte de una persona, se dan montos de los más diversos que pueden variar entre los S/. 5,000.00 soles a los S/. 150,000.00 soles. Así, dependiendo del Juzgado que haya resuelto, una lesión puede ser indemnizada con un monto mayor al de la muerte, añadiendo a la arbitrariedad el problema de la incertidumbre”²⁰⁷.

En suma, ante la imposibilidad de reparar el daño moral, porque no hay un baremo de equivalencia que permita cuantificar dicho daño, lo que busca nuestro sistema es principalmente compensar a la víctima, y si bien la función aflictiva-consolatoria contiene este elemento satisfactorio, consideramos que no puede obviarse un carácter a su vez punitivo en tanto instrumental de la función preventiva de la responsabilidad civil. Es importante tener parámetros objetivos que nos permitan establecer en casos generales la cuantía indemnizatoria que contribuya tanto a las partes como al juzgador contar con criterios preestablecidos que determinen que podemos esperar como compensación de daño moral en los diferentes casos que se pudiesen dar, básicamente cuando estamos ante daños psicosomáticos.

- La reparación de los daños en el derecho internacional de los derechos humanos

El artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos alude al concepto de justa indemnización, expresión que ha sido interpretada jurisprudencialmente en el sentido que la indemnización debe ser pronta, adecuada, y efectiva, lo cual significa que ella debe ser suficiente para compensar de una forma íntegra los daños (materiales y morales) ocasionados, por medio de una suma equivalente.

²⁰⁷ Ibidem, p. 78.

El daño material está integrado por el daño emergente y la pérdida de ingresos. “El daño emergente corresponde al detrimento directo, menoscabo, o destrucción material de los bienes independientemente de otras consecuencias, patrimoniales, o de otra índole derivadas del respectivo acto ilícito. En torno a la pérdida de ingresos se debe señalar que esta categoría era examinada según la noción de lucro cesante, siendo que actualmente también abarca la pérdida de ingresos que pudieron haber experimentado los familiares de la víctima”²⁰⁸.

Por su parte, en cuanto al daño inmaterial,

*“se tiene que en una primera etapa se le denominó daño moral estando constituido por las aflicciones y los sufrimientos producidos a las víctimas directas y a sus familiares, así como la vulneración de valores muy significativos para las personas, no pasibles de valoración monetaria. En este contexto, se consideró que sólo se podía compensar de dos maneras: a través de un pago o por medio de actos públicos que permitan, entre otros fines, la reparación de la memoria de las víctimas y el consuelo de sus deudos. Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha preferido sustituir el concepto de daño moral por el de daño inmaterial, al poseer un carácter más amplio y acorde al Derechos Internacional y al Derechos Humanitario. En tal contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el daño inmaterial puede abarcar además del daño moral “las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas”.*²⁰⁹

Ahora, las violaciones de Derechos Humanos, en especial las que afectan el núcleo duro de Derechos Humanos, no producen un daño inmaterial sólo a la víctima original o directa sino también a sus familiares inmediatos (esposa, hijos, padres, y hermanos) los cuales puedan reclamarlos por derecho propio, dándose una excepción al principio según el cual la carga de la prueba recae en aquél que reclama una pretensión.

Gracias a su vocación innovadora en el tema de daños, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incluido el concepto de “daño al proyecto de vida”, el cual se refiere “al aspecto de realización personal que abarca a su vez opciones con las que libremente un individuo puede conducir su vida y objetivos; siendo que su vulneración implica una reducción de su libertad.

²⁰⁸ Ríos Sánchez, Wilfredo (2013). La reparación del daño en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Perú. En: *Revista de Derecho y Cambio Social*. Cfr. la página electrónica: http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/reparacion_del_da%C3%B1o_en_la_corte_interamericano.pdf

²⁰⁹ Ibidem.

Aunque tal daño no se ha reflejado en el pago de una indemnización, tampoco se le ha descartado siendo que, como afirman algunos autores, es una forma de satisfacción con miras a rehabilitar a la víctima”²¹⁰.

A continuación, citamos una sentencia de la CIDH, donde expone claramente los criterios que toma en cuenta para fijar la reparación civil por un caso de desaparición forzada del ciudadano hondureño Caso Godínez Cruz, señalando lo siguiente²¹¹:

“42. La Comisión no propone una liquidación, sino que manifiesta que la indemnización debe comprender dos elementos:

a) el otorgamiento de los mayores beneficios que la legislación de Honduras confiere a los nacionales en casos de esta naturaleza y que, según la Comisión, son los que otorga el Instituto de Pensiones Militares y

b) una suma de dinero cuyo monto deberá establecerse de conformidad con lo dispuesto en el Derecho de Honduras y el Derecho internacional.

43. Los abogados han considerado que debería tomarse como base el lucro cesante calculado de acuerdo con el ingreso que percibía Saúl Godínez Cruz en el momento de su secuestro, su edad de 32 años y las posibles promociones, aguinaldos, bonificaciones y otros beneficios que habría recibido en el momento de su jubilación.

Con estos elementos calculan una suma que llega a un millón trescientos ochenta y ocho mil ochocientos ochenta y siete lempiras. Agregan a lo anterior los beneficios jubilatorios por diez años, de acuerdo con la expectativa de vida en Honduras para una persona de la condición social de la víctima, calculados en seiscientos noventa y cuatro mil cuatrocientos veintiún lempiras, todo lo cual arroja un total de dos millones ochenta y tres mil trescientos ocho lempiras.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz *Vs.* Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas).

44. La Corte observa que la desaparición de Saúl Godínez Cruz no puede considerarse muerte accidental para efectos de la indemnización, puesto que ella es el resultado de graves hechos imputables a Honduras. La base para fijar el monto de la indemnización no puede, por consiguiente, apoyarse en prestaciones tales como el seguro de vida, sino que debe calcularse un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural.

En este sentido se puede partir del sueldo que, según la constancia que expidió el Director Ejecutivo de la Oficina de Personal y Escalafón del Magisterio, dependencia del Ministerio de Educación Pública de Honduras, el 13 de marzo de 1989, percibía Saúl Godínez Cruz en el momento de su desaparición (405 lempiras mensuales) hasta el momento de su jubilación obligatoria a los sesenta años de edad, según lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley del Instituto Nacional de Previsión del Magisterio, que el propio Gobierno considera como la más favorable. Con posterioridad le habría correspondido una pensión hasta su fallecimiento.

45. Sin embargo es preciso tener en cuenta que el cálculo del lucro cesante debe hacerse considerando dos situaciones distintas. Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.

46. Si los beneficiarios de la indemnización son los familiares, la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso.

47. Con base en una estimación prudente de los ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable y en el hecho de que en este caso la indemnización está destinada exclusivamente a los familiares de Saúl Godínez Cruz mencionados en el proceso, la Corte fija el lucro cesante en cuatrocientos mil lempiras, que se pagarán a la cónyuge y a la hija de Saúl Godínez Cruz en la forma que después se precisará.

48. La Corte debe abordar ahora la cuestión relativa a la indemnización del daño moral (**supra** 25), que resulta principalmente de los efectos psíquicos que han sufrido los familiares de Saúl Godínez Cruz en virtud de la violación de los derechos y libertades que garantiza la Convención Americana, especialmente por las características dramáticas de la desaparición forzada de personas.

49. Los daños morales están demostrados en los documentos periciales y en la declaración rendida por el doctor en Psiquiatría Federico Allodi (**supra** 11), profesor de Psicología en la Universidad de Toronto, Canadá. Según tal declaración el mencionado doctor realizó exámenes a la esposa de Saúl Godínez Cruz, señora Enmidida Escoto de Godínez y a la niña Emma Patricia Godínez Escoto.

En tales exámenes aparece que sufrían de diversos síntomas de sobresalto, angustia, depresión y retraimiento, todo ello con motivo de la desaparición del padre de familia. El Gobierno no pudo desvirtuar la existencia de problemas psicológicos que afectan a los familiares de la víctima. La Corte considera evidente que, como resultado de la desaparición de Saúl Godínez Cruz, se produjeron consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, las que deben ser indemnizadas bajo el concepto de daño moral.

50. La Corte estima la indemnización que debe cubrir el Gobierno por daño moral, en la cantidad de doscientos cincuenta mil lempiras que se pagarán a la cónyuge y a la hija de Saúl Godínez Cruz, en la forma que luego se precisará.”

De esta forma, la CIDH le otorga a la víctima de estos casos de violaciones extremadamente graves de los derechos humanos, un tratamiento especial, al concederle mayores beneficios que en su país de origen, para lo cual toma en cuenta no solo el derecho interno, sino también el derecho internacional. Al realizar una valoración de la edad de la víctima, la profesión que tenía, la esperanza y expectativa de vida, los años posteriores a su jubilación, podemos inferir que utiliza como criterio válido el denominado “daño al proyecto de vida”. Pero el concepto de “justa indemnización” que utiliza la CIDH, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63.1 de la Convención (derecho de reparación), lo hace dentro del marco esencialmente compensatorio de los daños, más no desde un punto de vista sancionatorio. Y si bien algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no

es aplicable por la CIDH. Asimismo, el concepto de "justa indemnización", que en esencia es "compensatoria", comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de la víctima.

- Viabilidad de crear un seguro médico obligatorio de responsabilidad civil del establecimiento y del profesional prestador de servicios de salud

Ante los frecuentes e impunes casos de negligencia médica que vienen ocurriendo en nuestro país, la población siente que es necesaria la creación de un mecanismo que indemnice al usuario que sufriera algún daño por mala praxis. A diario se ven por las noticias casos de negligencia médica que no encuentran amparo de ningún tipo, mucho menos una solución rápida a su conflicto. Muchos de esos casos quedan impunes por falta de recursos económicos de las víctimas o sus familiares, en otros casos, los que acuden al Poder Judicial para encontrar una solución o simple justicia, su proceso demora un promedio de cinco años. La justicia se convierte en pesadilla, porque en la mayoría de los casos el gremio médico termina haciendo espíritu de cuerpo que impide un pronunciamiento objetivo y contundente del médico que, actuado negligentemente, lo que imposibilita que el juez pueda emitir un fallo justo.

Diversos proyectos de ley que crean un Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil por Servicios de Salud a favor de los pacientes, se han presentado hasta ahora, pero ninguno de ellos ha podido cobrar vida hasta el momento. En 1998, el congresista Oscar Medellius presentó el primer Proyecto de Ley en este sentido; luego, en el 2003, el entonces congresista Amprimo presentó otro Proyecto de Ley sobre el 'SOAT médico', con la finalidad de darle mayor seguridad al paciente y al propio médico. En el año 2006, el congresista Jhonny Lescano retomó el tema; y, después en el año 2007, lo hizo la bancada aprista. Lo que busca el seguro es establecer la obligatoriedad de que los médicos tengan un seguro que indemnice a las eventuales víctimas de una negligencia.

En el año 2013, el Congresista Rennán Espinoza Rosales, presentó ante la Comisión de Salud y Población, el Proyecto de Ley 1478/2012-CR, por el cual propone la ley que establece el seguro obligatorio de responsabilidad médica, e incorpora el delito de negligencia médica. Pero este proyecto de ley fue rechazado por la citada Comisión, recomendando su no aprobación mediante Dictamen N° 9-2012-2013/CSP-CR.

El proyecto de ley proponía la creación de un seguro obligatorio destinado a indemnizar a la persona usuaria de los servicios de salud que sufriera daño como consecuencia de eventos adversos en la atención clínica o el procedimiento quirúrgico, señalándose los montos de la reparación económica por cada tipo de daño; además, se consignaba que la indemnización, vía seguro obligatorio, era independiente de las acciones civiles, penales y administrativas que correspondían. Esta fórmula fue duramente criticada por considerar que se estaba imponiendo doble sanción.

Asimismo, el proyecto de ley fue cuestionada también porque no indicaba quien iba a asumir el costo de contar con una póliza de seguro obligatorio por responsabilidad solidaria en el ejercicio profesional. Es decir, no indicaba si este sobre costo era asumido por el profesional o por la entidad.

Tampoco se señalaba cual es el momento, o cómo se determina cuándo estamos ante la existencia de una negligencia médica; tampoco se señalaba como se prueba dicha ocurrencia a fin de activar la póliza y exigir el pago de la indemnización.

En líneas generales, el proyecto de ley tenía muchas deficiencias que no explicaba de manera pormenorizada la forma cómo se iba a desarrollar e implementar este seguro.

Resulta interesante la propuesta de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG), que presentó el denominado “Seguro Obligatorio de Accidentes de Servicios de Salud” (SOASS). “Este sería obligatorio y debería alcanzar a los profesionales de la salud tanto como a los establecimientos de salud de todo el país. La indemnización, según la Apeseg, se pagaría sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, y bastaría la sola demostración de la

ocurrencia y de las consecuencias que haya sufrido el paciente. El SOASS también debería ser contratado por técnicos, auxiliares asistenciales, etc., que laboren de manera independiente. El SOASS pagaría por cada persona los siguientes beneficios: muerte: cuatro Unidades Impositivas Tributarias (UIT); invalidez permanente: hasta cuatro UIT, y por gastos de sepelio hasta una UIT²¹².

Cabe precisar que por lo general, el deber cuyo incumplimiento genera responsabilidad civil, incumbe por igual al médico y al Centro Hospitalario (sea éste privado o público), en cualquier caso el Centro resulta responsable por “*culpa in vigilando*”²¹³; teniéndose en cuenta también que la responsabilidad del Centro Hospitalario “adquiere un marcado carácter objetivo y se configura como directa y solidaria con cuantos interviene en el acto médico, dada la especial naturaleza y el carácter vital del objeto de su actividad, que le impone el deber de elegir cuidadosamente y vigilar a los profesionales sanitarios, dotar a los respectivos servicios de los recursos humanos y de los medios técnicos instrumentales necesarios para la eficaz obtención del fin asistencial perseguido, y conseguir las condiciones precisas de eficacia y seguridad”²¹⁴.

- **Ausencia de una cultura de información médico-paciente agudiza los casos de negligencia médica**

-

Tenemos que resaltar que “La práctica médica implica una relación cercana entre médico y paciente basada en el respeto a su condición de persona, el humanismo médico y los principios éticos fundamentales.

Recordemos que históricamente se ha pasado de una relación basada en el paternalismo, donde se defendía la beneficencia del paciente y donde el médico, como ser superior (en los ámbitos social, económico y cultural), dirigía al paciente sin considerar sus preferencias ni opiniones; a una relación donde el paciente juega un rol primordial en la toma de decisiones, como ser

212 Gutiérrez, Wilfredo (2014). Los derechos de los pacientes. En: *Revista de la Sociedad Peruana de Medicina Interna*; Vol 27 (1), pp. 33-39.

213 Sentencias del Tribunal Supremo español: de 16 octubre 1998 (RJ 1998, 7565), de 7 marzo 2000 y 12 enero y 27 abril 2001 (RJ 2001, 6891). Citado por el Juzgado de 1ª instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia N° 90/12, de fecha 10 de mayo de 2012. Magistrado-Juez: Francisco José Pérez Martínez.

214 Ibidem.

autónomo, libre y merecedor de respeto”²¹⁵. En esta nueva etapa el principio de la “autonomía del paciente” juega un rol fundamental.

En la práctica médica, cuando un paciente busca atención médica, se encuentra vulnerable, sufre, se siente desamparado, desprotegido, ya que la enfermedad pone en evidencia la fragilidad de su vida. “Si esta situación es aprovechada por los médicos, afirman Revilla y Fuentes, para que éstos impongan sus decisiones y no le den la oportunidad al paciente de que pueda participar en la toma de decisiones, tras informarle y explicarle su situación real, entonces, hacen al paciente más vulnerable, y no lo tratan como persona autónoma”²¹⁶.

José Duque precisa que “hacer participe al paciente en las decisiones implica informarlo debidamente de los pormenores de la enfermedad, de su diagnóstico, de las alternativas del tratamiento y del pronóstico” y este tipo de información no sólo exige conocimiento científico sino aptitudes comunicacionales y actitudes para empatizar y compartir con el paciente”²¹⁷.

A pesar de que este tipo de pensamiento ha cambiado y hoy prevalece en el mundo occidental el principio de la “autonomía del paciente”, nuestra realidad médica sigue viviendo la época paternalista. Revilla y Fuentes, señalan que

“hay quienes ponen en tela de juicio la conveniencia de que el paciente pueda influir en las decisiones médicas. Otros argumentan que la vulnerabilidad del paciente lo hace débil para comprender y actuar libremente y con conciencia, ya que se ve influenciado por sus miedos, sus angustias, y por ende, es incapaz de entender y recordar detalles de lo explicado trascurrido un tiempo. También hay quienes subestiman el deseo de los pacientes de ser informados, piensan que el tiempo no debe ser gastado intentando crear un vínculo de comunicación e información con el paciente. Sin embargo, la evidencia demuestra que los mejores resultados de los tratamientos clínicos se han conseguido cuando los pacientes entienden los propósitos y riesgos de los mismos”²¹⁸.

Para Revilla y Fuentes,

²¹⁵ Revilla Lazarte, Diana; Fuentes Delgado, Duilio (2007). La realidad del consentimiento informado en la práctica médica peruana. En: *Acta Médica Peruana*; Vol.24 N°3; Lima; septiembre-diciembre, pp. 223-228.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Duque José (1999). El consentimiento informado ¿Cuestión de formalismo legal o cuestión de humanidad? En: *Médico Legal on line*. Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación; N° 5 (3).

²¹⁸ Revilla Lazarte, Diana; Fuentes Delgado, Duilio (2007). Ob. cit. p. 225.

“los médicos aún no están totalmente convencidos sobre la necesidad, o la pertinencia, de permitir que los pacientes participen en el proceso de tomar decisiones”²¹⁹. Admiten que “durante toda la formación médica se les ha inculcado la importancia de nuestro conocimiento científico dentro del rol de cuidador y sanador de pacientes, pero nunca se nos ha enseñado acerca de la importancia de ver a nuestros pacientes satisfechos con las decisiones tomadas por haber sido considerados en las mismas”²²⁰.

Revilla y Fuentes, precisan que

“el consentimiento informado no es conocido ni concebido como un proceso, y tampoco es aplicado en todos los ámbitos donde se requieran decisiones en la práctica médica. Los médicos jóvenes no conocen el real significado del consentimiento informado, nosotros hemos experimentado personalmente en mis pocos años de práctica. Es tan grande la subestimación de este acto, que resulta ser un simple documento legal obligatorio que debe ser firmado por el paciente, y para ello usualmente los encargados de obtener la firma en el formato de consentimiento son los internos de medicina. Así, lo que importa es la firma, no los medios por los cuáles se obtenga”²²¹. Esta es una verdad que se tiene que corregir y superar si se quiere tratar con respeto al paciente, pero sobretodo, haciendo prevalecer su autonomía como ser humano que toma decisiones de manera informada.

Así, “un paciente bien informado, que se ve involucrado en un lazo de respeto, confidencialidad y complicidad con su médico, es una persona que confía en cada decisión tomada, aunque ésta falle, porque se sintió y se siente parte del proceso decisivo”²²².

El paciente tiene el derecho a ser informado de forma simple, comprensible y veraz sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles de la intervención del que va a ser objeto. Si para el paciente dicha información se presenta como un derecho objeto de protección por el ordenamiento jurídico, para el médico se presenta como un deber que, en caso de negligencia médica comprobada, se convierte en responsabilidad civil e incluso penal, si fuera el caso.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ Ibidem.

²²² Ibidem.

Las múltiples sentencias del Tribunal Supremo español²²³ sobre el derecho que tienen los pacientes a ser informados de su estado de salud, se puede apreciar en las siguientes:

“La importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y el requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997, RJ 1997, 7405); 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999, RJ 1999, 3925). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

Asimismo, el Tribunal Supremo español²²⁴ ha señalado (STS de 3 de febrero de 2003) que aceptando la teoría de que se trata o puede tratarse en tales casos de una obligación de resultado, o asimilable a ella, la consecuencia es:

- a) La información tiene que ser mucho más completa.
- b) Hay que explicar las consecuencias previsibles con mucha mayor minuciosidad, precisión y exactitud.
- c) Debe hacerse un informe claro y completo de los riesgos descartables, y cuáles no lo son, para que la persona que solicite la intervención -o los representantes legales en su caso- puedan hacer declaración expresa de que asumen los riesgos -inevitables- que se le hayan explicado claramente.
- d) Y que, por tanto, el documento tipo o estándar para hacer constar el consentimiento no puede estar prefijado, pues en cada caso ha de ser confeccionado por el responsable de la intervención, siendo aconsejable acompañar un dossier explicativo de todos los riesgos, y su evaluación estadística.

Cuando se trata de esa cirugía satisfactoria, estética o preventiva, es defendible que dentro de la relación comercial del contrato asistencial esa información se manifieste en plenitud, por cuanto la inexistencia de esa situación hace que en el seno de las relaciones previas entre el cirujano y el cliente se planteen con todo su rigor y sin reserva alguna, las circunstancias ilustrativas de lo que va a acontecer; así, por lo que respecta al profesional, en caso alguno

²²³ Citado por el Juzgado de 1ª instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia N° 90/12, de fecha 10 de mayo de 2012. Magistrado-Juez: Francisco José Pérez Martínez.

²²⁴ Ibidem.

eludirá ninguna circunstancia que pudiera frustrar el objetivo deseado por el cliente, el deber de informar está integrado en las obligaciones del médico, como inherente a las propias exigencias de la odontología médica y la *lex artis*.

En el caso de una intervención quirúrgica estética, el grado de precisión de la información del médico ha de ser mucho mayor que el requerido en una operación totalmente imprescindible para sacar la vida del paciente".

La doctrina y la jurisprudencia peruana, por influencia de la europea, entiende, en función de la especial naturaleza del servicio médico demandado y prestado, que la obligación del médico y del sanitario en general es de medios, lo que significa que está obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; por tanto, *a contrario sensu*, la obligación no es de resultado, pues no es responsable de la curación del paciente, a no ser que se deba a motivos imputables al mismo, o que se trate del caso de medicina satisfactiva (estética) o preventiva.

El Tribunal Supremo español²²⁵ señala sobre el consentimiento informado lo siguiente:

*“El consentimiento informado es de esa forma presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica (...), de acuerdo con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.*

Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. (...) Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”.

La jurisprudencia española es muy clara sobre el derecho a la información de la goza el paciente, al señalar lo siguiente:

²²⁵ Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 1132/2006, de 15 noviembre (RJ 2006\8059); Magistrado Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

“Esta Sala ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”²²⁶.

2.2.1.6.8.3. Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa se encuentra en el ámbito de la administración del Estado y su normativa es la ley del servidor público, en el caso de los funcionarios profesionales del área pública. Si es privado, es en relación a la normativa particular de cada institución. Es la falta u omisión voluntaria, por parte de un miembro de una institución, a la normativa vigente y conocida por todos. Esta responsabilidad no es aplicable al ejercicio libre o particular de la profesión. Se sanciona con amonestaciones orales, escritas, suspensiones temporales y definitivas del sistema público. No excluye a la responsabilidad penal y/o civil.

En el caso de los servidores públicos, tenemos el Decreto legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, concretamente los artículos 21° y 28°, que regula las obligaciones de los servidores públicos y las faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo, respectivamente.

“Artículo 21.- Son obligaciones de los servidores:

- a) Cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público;
- b) Salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos;
- c) Concurrir puntualmente y observar los horarios establecidos;
- d) Conocer y exhaustivamente las labores del cargo y capacitarse para un mejor desempeño;
- e) Observar buen trato y lealtad hacia el público en general, hacia los superiores y compañeros de trabajo;
- f) Guardar absoluta reserva en los asuntos que revistan tal carácter, aún después de haber cesado en el cargo;
- g) Informar a la superioridad de los actos delictivos o de inmoralidad cometidos en el ejercicio de la función pública; y
- h) Las demás que le señalen las leyes o el reglamento”.

²²⁶ Juzgado de 1ª instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia N° 90/12, de fecha 10 de mayo de 2012. Magistrado-Juez: Francisco José Pérez Martínez.

Asimismo, el Reglamento de la citada Ley, aprobada Decreto Supremo N° 005-90-PCM (artículo 126°). Así también, tenemos la Ley del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por Ley N° 27815, que en el artículo 6, 7 y 8, regula los principios de la función pública, los deberes del servidor público y las prohibiciones a las que está sujeto el servidor público, respectivamente, siendo que en éste último caso (artículo 8°), su incumplimiento genera responsabilidad penal.

2.2.1.7. CASOS:

2.2.1.7.1. Caso *Shirley Meléndez*²²⁷

El caso de Shirley Meléndez es emblemático. Es una joven de 25 años que acudió al hospital Guillermo Almenara de Essalud para atenderse de cálculos renales y terminó amputada de manos y pies. El 12 de marzo del 2016, 10 días después de su última operación, ella regresó al nosocomio sin poder orinar. Según afirma Shirley Meléndez, ella contrajo una infección severa dentro del hospital por malos procedimientos; refiere que ingresó a Emergencia sin fiebre (que es signo de infección) y sus males comenzaron al día siguiente, el 13 de marzo, al colocarle un catéter doble J para segregar la orina; por lo que denunció este hecho, señalando que el catete estaba contaminado.

La versión médica señala que **Shirley Meléndez** ingresó con la orina retenida en el uréter y con 20.000 linfocitos en la sangre, lo que “evidencia una infección”, afirmó el urólogo Cristian Safra. Sin embargo, negó que el catéter haya estado contaminado, porque este “es descartable y viene esterilizado”.

Ante ello, la agraviada Shirley Meléndez denunció ante la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud), organismo que declaró fundada la denuncia presentada. El informe final emitido por Susalud concluye que existen evidencias suficientes para la configuración de una presunta infracción”, por lo que este organismo evaluará la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo contra quienes tengan responsabilidad.

227 Diario El Comercio; miércoles 31 de agosto del 2016. Consulta la siguiente página electrónica: <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/shirley-melendez-susalud-declaro-fundada-denuncia-noticia-1928278>

Es obvio que en este caso el médico tratante no informó adecuadamente a la paciente sobre los riesgos posteriores a la primera intervención que se le practicó para extraerle los cálculos. El médico no le informó sobre los riesgos de sus riñones, sobre la posibilidad de poder perder sus manos y sus pies; en suma, la paciente no fue informada de nada.

2.2.1.7.2. Expediente N° 1998-2005, Resolución del 26/01/1999, 7 Juzgado Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: P.R.M.M., Demandado: Clínica Ricardo Palma²²⁸

“La pretensión del accionante tiene que ver con una de responsabilidad extracontractual e indemnización por daños y perjuicios, a fin de que se cumpla con pagarle la suma de quinientos mil dólares o su equivalente en moneda nacional. Los hechos de la demanda son resumidos de la siguiente manera en la parte considerativa de la sentencia: Ingresó a la Clínica Ricardo Palma, por presentar malestar general e insuficiencia respiratoria, siendo atendida por el médico de emergencia, quien después de obscurtarle efectuaron un prediagnóstico, indicándole que se encontraba al borde de un paro respiratorio y de inmediato le aplicaron terapia de oxígeno, razón por la cual los médicos ordenaron internamiento en la Clínica Ricardo Palma, en donde nuevamente fue examinada por el Neumólogo doctor David Cáceres Cáceres, quien encontró los siguientes síntomas: polisnea, insuficiencia respiratoria aguda y estridor laringio, disponiendo que se le tome rayos X de tórax y cuello; agrega que por orden del doctor D.C., fue conducida en silla de ruedas por una enfermera y otra auxiliar a la Sala de Radiología, se encontraba con una mascarilla de oxígeno y suero, le dejaron abandonada en dicho ambiente; no obstante en el peligro que se encontraba, y después de una hora aproximadamente fue llamada por el radiólogo; pero no había ningún personal de la clínica para que le conduzcan en ese lugar (sic), por lo que su prima L.R.M. y sus familiares trataron de corregir esa negligencia, logrando poner la aguja y la mascarilla de oxígeno en su lugar y ellas le (sic) llevaron para sacarle las placas radiológicas, al término del cual y ante su queja interpuesta, el radiólogo llamó severamente la atención a la empleada, por haberle abandonado, afirma seguidamente fue trasladada a la Sala de Internamiento ocupando la cama 1000, permaneciendo tres días y por falta de asistencia médica adecuada, se produjo la inflamación de las glándulas

²²⁸ Cieza Mora, Jairo (2013). Nuestra jurisprudencia y la responsabilidad civil médica. Reflexiones sobre su aplicación. En: Revista Diálogo con la jurisprudencia N° 177; Junio; pp. 51-73.

bertolinas por lo que solicitó la interconsulta de un ginecólogo, es decir el dieciocho de febrero último, y recién después de examinarle (sic) dijo que era necesario una operación quirúrgica, después que concluyó el tratamiento respiratorio (...).

Glándula Bartolina izquierda comenzó a drenar sola, llamando (...) contestándole que la doctora V., le había (sic) revisado y decidido operarle de la Glándula Bartolina derecha, siendo abandonada por largas horas en una salita de la clínica y grande fue su sorpresa cuando de nuevo retornaron a la sala de hospitalización habiéndosele puesto un enema evacuante y permaneciendo un día sin probar alimentos, y recién a las cinco horas de la tarde, pudo probar alimentos, indicándole que habían retardado su operación para el día veinticuatro de febrero, es decir tenía que quedar internada un día más, lo que significaba tener que pagar dos mil quinientos nuevos soles; agrega que el mismo día veinticuatro después de las evidentes contradicciones y contraórdenes del personal médico y auxiliares, las enfermeras le sacaron de la habitación diciéndole que se encontraba de alta, y por razones de trámites administrativos, permanecí sentada desde las doce hasta las dieciocho horas, sin dejarle salir a su domicilio porque no llegaba la carta de ampliación de garantía, por último afirma que llegó a su domicilio en mal estado, siguiendo el tratamiento médico hasta el veintiocho de febrero que volvió a sentirse peor que antes, es que sus familiares le llevaron a emergencia de la clínica, siendo evaluada por el doctor J. C. T., quien ordenó la operación quirúrgica inmediata debido a que estaba preparada con el riesgo quirúrgico inmediato debido a que estaba preparado con el riesgo quirúrgico (sic) y los exámenes pendientes, y no obstante a (sic) ello en forma sorpresiva y sin que exista ninguna orden, el laboratorista de turno inconsultamente procedió a extraerle sangre para nuevos análisis a pesar de haberle informado que tenía todos sus análisis completos, estos insistieron y lograron sacarle sangre, posteriormente a los pocos minutos el técnico laboratorista se dirige a su persona preguntándole por su apellido Mallqui se escribe con una o dos L, entonces reaccionó manifestando que su apellido era Miera y no Malqui, y por esa impresión se desmayó, al recuperar el conocimiento, el jefe de laboratorio se apersonó pidiéndole disculpas, reconociendo que había cometido un grave error, finalmente fue operada y dada de alta

(...)”. Los argumentos legales de la demandante se vieron amparados: “En los artículos 1969 y 1985 del Código Civil y lo establecido en el artículo 486, inciso siete y ocho del Código Procesal Civil”. Continúa la sentencia indicando en el considerando tercero que “los medios probatorios aportados por la demandante en el presente proceso en la que se demanda sobre responsabilidad extracontractual e indemnización por daños y perjuicios contra la demandada Clínica Ricardo Palma, resultando insuficientes, toda vez que a lo largo del proceso el único medio probatorio aportado es una carta que en copia simple se adjunta dirigido a la Clínica Ricardo Palma por el jefe de Laboratorio, doctor G. A. M. (...)

en la que se comunica respecto a las quejas verbales que ha mostrado la demandante durante su internamiento en la clínica para ser atendido respecto a los problemas de salud que se detallan en el escrito de demanda, en la que la demandante ha mostrado su descontento por el trato recibido por el personal que estuvo a su cargo, durante la permanencia en la Clínica. Sorprendentemente esta sentencia resuelve lo siguiente: FALLO: DECLARANDO INFUNDADA LA DEMANDA (...) condenándose a la parte vencida al pago de las costas y costos del proceso, notificándose por cédula”.

En primer lugar, enfatizar que “se planteó una demanda por responsabilidad extracontractual cuando es un claro caso de responsabilidad civil profesional derivada de una responsabilidad contractual y en donde el vínculo obligacional se da entre la clínica y el paciente o sus representantes.

Aquí se presentan una serie de situaciones que hacen ver de manera razonable que estamos ante negligencias de técnicos o auxiliares y del mismo médico de la clínica. Por ejemplo, se dice que se operará de la glándula bertolina derecha cuando luego comienza a drenar la glándula bertolina izquierda. Se le confunde con otro paciente y esto origina que el enfermo pierda el conocimiento por el impacto emocional, ya que se le llama por un apellido que no es el suyo, lo que

hace presumir razonablemente al paciente que se le habían vuelto a hacer los análisis de sangre por creerse que se trataba de otra persona. Asimismo, se le mantiene en la clínica, aparentemente, de manera innecesaria, para poder cobrar un día de atención, lo cual denota la carencia de formación no solamente profesional sino humana”²²⁹.

En segundo lugar, llama la atención, “la acumulación inidónea de artículos, equívoco ya mencionado líneas arriba. Así se aprecia en esta sentencia la invocación al artículo 1969° del Código Civil que expresa el *neminem laedere*, el deber genérico de no dañar, que es la responsabilidad civil subjetiva extracontractual y a continuación el artículo 1985° del CC que hace mención al daño no patrimonial, el daño a la persona, al daño moral, así como a los factores de atribución, dolo y culpa, y la relación de causalidad expresada en la causa adecuada. En este caso, como en los demás, estamos ante la aplicación de la responsabilidad civil contractual y objetiva en donde se responde por la actuación de los terceros, en este supuesto por el desenvolvimiento negligente o temerario de los terceros a cargo de la clínica como es el caso del auxiliar que dejó abandonada a la paciente, llegándose al extremo que sean los propios familiares quienes coloquen “correctamente” el oxígeno.

Bastaba la comunicación formal que el médico a cargo envía a las autoridades de la clínica en donde relata la falta de profesionalismo de la auxiliar a quien “se le llama severamente la atención” para que este caso haya tomado otro rumbo y no se considere arbitrariamente que no está probada la culpa inexcusable. Debo recordar en esta etapa, que la obligación de seguridad que es doctrinalmente asimilable a la responsabilidad civil contractual, sería la aplicable en este caso. Se trata, pues, de una obligación de seguridad de la empresa médica que ante el daño generado por dicha persona jurídica, debe, indefectiblemente, responder frente al dañado”²³⁰.

²²⁹ Cieza Mora, Jairo (2013). Ob. cit. p. 63.

²³⁰ Ibidem, p. 64.

Resulta insólito como “a una paciente -sometida a *mala praxis*-, se la tiene esperando durante horas o días para una respuesta del médico en una clínica reputada, no hace sino demostrar que si así se está en una clínica privada en la que se cobra S/. 2500.00 por día, imaginemos cómo será el tratamiento médico y personal a los pacientes en hospitales públicos. En el presente caso no solamente la hicieron esperar, actuaron negligentemente, sino que inclusive le practicaron análisis innecesarios sometiéndola a tratos que considero “inhumanos y degradantes” en la semántica de la CIDH, confundiendo su nombre con el de otra paciente a quien probablemente sí debieron efectuarle los análisis que le realizaron a nuestra paciente innecesariamente, lo que ocasionó su desmayo por la impresión de tanta ineptitud. Para colmo de males la paciente pierde el proceso, pues su demanda es declarada infundada por falta de pruebas y en el extremo de la maledicencia se le obliga a pagar las costas y costos del proceso judicial”²³¹.

Este caso y particularmente, “esta sentencia es una muestra más de lo perverso, que es el sistema de responsabilidad civil médica aplicada por los jueces en el Perú, pues la carga probatoria es endilgada al paciente dañado, cuando debiera ser al contrario, el médico o la estructura sanitaria deberían acreditar su ausencia de culpa (o la falta de culpa de tercero a su cargo en el caso de la clínica), como en este caso, en donde la estructura debió acreditar que, mediante los terceros a su cargo, cumplió con hacer los exámenes dentro del tiempo, no sometió al paciente a tratos indignantes haciéndola esperar horas por una ampliación de garantía que no llegaba, informó adecuadamente a la paciente de los exámenes y procedimientos a seguir, el laboratorista dependiente no se confundió con el apellido de la actora lo que implica haber realizado exámenes médicos a quien no correspondía, agravando el daño ya causado. Reitero, no se puede someter a los pacientes a cargar con el peso o la carga de la prueba sobre sus espaldas cuando la información, la experiencia y el conocimiento de los procedimientos corresponden a la estructura sanitaria, lo contrario, como en el presente caso es una noción perversa de la aplicación del artículo 1330 del CC.

De otro lado es equivocado el marco normativo invocado por los jueces, pues se ha (incorrectamente, pero así se juzgó) juzgado aplicando el régimen de la responsabilidad civil extracontractual en donde existe, en función al artículo 1969 una inversión de la carga de la prueba.

²³¹ Ibidem, p. 65.

Entonces (al ser juzgado por responsabilidad civil extracontractual), no se le podía exigir a la paciente que acredite el daño cuando es exactamente lo contrario. La estructura sanitaria debió acreditar que sus dependientes actuaron sin culpa. Fallos así desincentivan a acudir al órgano judicial y mantienen en la impunidad situaciones y daños como el presente, asimismo desprestigian y agravan al Poder Judicial en su calidad de Poder del Estado, que como en este caso, se coloca de espaldas a quienes deben defender con los instrumentos legales aplicables”²³².

2.2.1.8. Legislación comparada

2.2.1.8.1. Legislación de España

- Alcances de la Ley 41/2002

Por Ley 41/2002, de 14 de noviembre, denominada “Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, así como las diversas leyes autonómicas existentes al respecto, determina las obligaciones de los profesionales de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. La obligación de informar al paciente constituye una obligación principal en la prestación del servicio médico y un elemento integrante de la *lex artis*. El médico debe informar al paciente de cuál será el tratamiento o la intervención y de cómo se va a efectuar, así como de su duración y de los riesgos inherentes a la misma.

La ley enfatiza en “La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión.

²³² Ibidem, p. 66.

En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones”²³³.

Asimismo, de la mayor relevancia, constituye el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000.

Este Convenio, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina.

El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias.

Sin embargo, la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43º de la Constitución de 1978 de España, desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

²³³ Preámbulo de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Así, el artículo 4º de la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, regula lo concerniente al “Derecho a la información asistencial”, señalando lo siguiente:

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

El artículo 7º de la referida Ley 41/2002, de 14 de noviembre, consagra el derecho a la intimidad que tiene todo paciente, en el sentido que se respete la confidencialidad de los datos vinculados a su salud, señalando:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

En cuanto al consentimiento informado como parte del derecho a la autonomía del paciente, la aludida Ley 41/2002, de 14 de noviembre, señala lo siguiente:

“Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

En cuanto a los límites del consentimiento informado, el artículo 9º de la Ley señala siete excepciones a este derecho, estipulando lo siguiente:

“1) La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2) Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3) Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho;

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia;

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

6) En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7) La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

En cuanto al derecho que tiene el paciente de ser informado por el médico sobre su estado de salud y los detalles de la intervención, el artículo 10° señala lo siguiente:

“Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

2.2.1.8.2. Legislación de Argentina

- El Código Civil

El Código Civil de Argentina contempla la responsabilidad emergente de la mala praxis y la obligatoriedad de su resarcimiento económico, en los artículos 1073° a 1090° del Código Civil, y/o de la prestación asistencial reparadora, encuadrándola dentro de los Títulos de las Obligaciones, de los Hechos Jurídicos y de las Obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos, esto último especialmente, a través de los artículos 1109° y 1113° del Código Civil.

Así, el art. 902° del Código Civil señala lo siguiente:

"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos. Por su parte, el art. 903° dice: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de los hechos". Mientras que el art. 904° señala: "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas". Por último, el art. 905° refiere: "Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho."

Un principio general del derecho y la legislación pertinente, indica tanto a los Jueces como a los particulares, que quien demanda por un daño debe probar no solo la magnitud del daño, sino también que dicho daño es una consecuencia natural del accionar mal práctico.

El consentimiento informado se encuentra regulado en el artículo 59° del Código Civil, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) los beneficios esperados del procedimiento;
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

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

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

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

- **El Código Penal**

El Código Penal tipifica la mala praxis de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposo, regulado en el art. 84° C.P., y de lesiones culposas, tipificado en el art. 94° C.P. De estas normas se derivan todo el marco regulatorio para sancionar la mala praxis a quienes resulten declarados culpables, con penas de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o de la actividad que, por su ejercicio, haya sido generadora de la muerte o de la lesión.

Homicidio Culposo

“Artículo 84°.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte”.

Nota: Texto conforme a la Ley N° 21338, ratificado por la Ley N° 23077.

Lesiones Culposas

“Artículo 94°.- Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de mil pesos (\$ 1000) como mínimo y quince mil (\$ 15000) como máximo e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud”.

Nota: Texto conforme a la Ley N° 21338, ratificado por la Ley N 23077 y modificado en cuanto al monto de la multa por la ley N° 24286.

Estas normas, al igual que en el caso peruano, engloban actualmente en sus tipos delictivo, tanto a las acciones derivadas de los actos de los profesionales de la Salud, como a los que incurren en faltas a las normas de tránsito (impericia, negligencia, imprudencia), o produciendo accidentes por conducir en estado de ebriedad.

- **Ley 26.529/09: Derechos del paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud**

Mediante Ley 26.529/09 (noviembre 19 de 2009), se regula los derechos del paciente. El profesional de la salud actúa en forma antijurídica cuando transgrede lo pactado, pero también lo hace si infringe lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico, sea que ésta provenga del ámbito legislativo (por. ej.: Ley 26.529/09; de Derechos del paciente) o médico (por ej.: Normas técnicas y administrativas para los bancos de sangre y servicios de transfusiones), una disposición de alcance general, o ante la violación del deber genérico de no dañar, que se evidencia con la producción de un daño injusto a un paciente.

Sin embargo, existe una serie de supuestos en los cuales, si bien se observa un incumplimiento u obrar antijurídico por parte del deudor, éste le resulta inimputable, pudiendo no deber el agente una reparación o bien adeudarla en forma limitada. El estado de necesidad y el consentimiento del damnificado son causas de justificación previstas en el nuevo cuerpo legal, que interesan especialmente a los profesionales de la salud.

A continuación, mencionamos algunos de los artículos más relevantes de la Ley 26.529/09, derechos de los pacientes:

“ARTICULO 2º — 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:

(...)

e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud;

(...)”.

“DE LA INFORMACION SANITARIA

ARTÍCULO 3º — Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

“ARTICULO 4º — Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”.

“DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTÍCULO 5º — Definición.

Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

“ARTÍCULO 6º — 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”.

“ARTÍCULO 7º — 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”.

“ARTÍCULO 9º — Excepciones al consentimiento informado.

El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

- a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública;
 - b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.
- Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo”.

“ARTÍCULO 10. — 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 sólo 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”.

Durante muchos años, “por incidencia del ‘paternalismo médico’, las decisiones médicas recayeron en el equipo sanitario, el cual ‘en representación’ y ‘en beneficio’ del paciente, reemplazaba su voluntad. Sin embargo, llegada una nueva era de la información, de conocimientos globalizados y masiva accesibilidad a la misma, donde los derechos personalísimos cobran especial relevancia, se estableció un nuevo orden social, en el cual los ciudadanos comienzan a conocer y reclamar por cada uno de sus derechos”²³⁴.

Así, se ha venido imponiendo, en forma gradual, la garantía del ejercicio de la autonomía personal, que determina la posibilidad de elegir el propio proyecto de vida, de manera autorreferencial, que constituye para todos los ciudadanos un derecho y no una actividad benéfica – en términos bioéticos- por parte de los integrantes del equipo de salud.

Ahora, a través de la Ley 26.529/09, hace propias las ideas predominantes en la doctrina y jurisprudencia actual, definiendo al Consentimiento Informado en su art. 5 como: “...la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

Mientras que en los artículos 6 y 8 se impone, como obligatoria la obtención del consentimiento informado en forma previa a toda intervención profesional médica, incluso para los supuestos de exposiciones con fines académicos.

²³⁴ Aizenberg, Marisa. Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529. Cfr. La siguiente página electrónica: http://www.cedi.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=324:derechos-de-los-pacientes-ley-26529&catid=44:novedades&Itemid=28

Ahora, el médico tiene la obligación de brindar una adecuada información, y no el mero trámite de la suscripción de un formulario. El consentimiento informado forma parte del proceso de atención sanitaria, y el paciente debe tener una activa participación (consentimiento participado). Así, este nuevo paradigma indica que los pacientes ya no dejan librada a la decisión médica el derecho que les compete, sino que investigan acerca de su dolencia, buscan información, consultan y preguntan

El artículo 7 elige la forma verbal como regla general para la instrumentación del consentimiento informado; “pero este criterio es sumamente controversial, por las consecuencias que ello ha provocado, sobre todo en materia probatoria en los juicios por responsabilidad profesional. Pero a poco de leer las excepciones, la regla se invierte, y se pide el CI por escrito para las internaciones, para ser sometido a una cirugía, para los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, así como para las practicas que supongan riesgos y para la revocación”²³⁵.

De esta manera, la constancia del otorgamiento del consentimiento informado constituye el registro documental del proceso que no puede ser confundido con éste. Resaltamos en este punto, que la experiencia ha demostrado la existencia de importantes fallas comunicacionales en el proceso de obtención del consentimiento informado.

Por ello se hace necesario dotar a los profesionales del equipo de salud de la experticia necesaria a los efectos de posibilitar el desarrollo de habilidades en el suministro de la información adecuada al paciente, de acuerdo a sus necesidades de comprensión y teniendo en cuenta variables tales como edad, condiciones socioculturales y económicas, idioma, creencias religiosas y políticas, orientación sexual, entre otros, en miras a que –lejos de ser tenidos en cuenta en forma discriminatoria- se torne posible el proceso de implementación del consentimiento informado en toda su dimensión.

²³⁵ Ibidem.

CAPITULO III HIPOTESIS Y METODO

3.1. Hipótesis:

3.1.1. Hipótesis general:

La mala praxis médica se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente sobre su estado de salud.

3.1.2. Hipótesis específica:

Se vulnera el derecho de información del paciente cuando el médico no informa adecuadamente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles.

3.2. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. Tipo de investigación

En cuanto al tipo de investigación, es aplicada, cuantitativa y correlacional.

Aplicada porque no está orientada a lograr un nuevo conocimiento destinado a procurar soluciones de problemas prácticos.

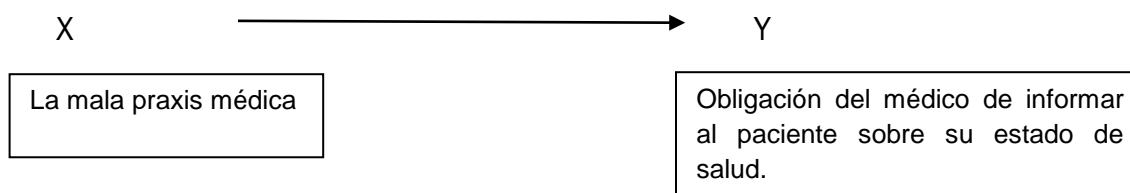
Cuantitativa ya que se utiliza la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas sobre la investigación y probar hipótesis establecidas con anterioridad, contando con la fiabilidad de la medición numérica, conteo y el uso de la estadística para establecer con precisión los patrones de comportamiento en la población de estudio y así encontrar soluciones para la misma, teniendo como consecuencia la afirmación o negación de la hipótesis establecida, además de realizar la exploración y descripción del problema para obtener perspectivas teóricas de la investigación que se realiza.

La investigación según su temporalidad es transversal porque la toma de datos se realiza del análisis de sentencias específicas.

La investigación según su direccionalidad es prospectiva, porque con la aplicación de las leyes en el presente (causa), se busca que sean eficientes en el futuro (efectos).

3.2.2. Diseño de investigación

La investigación es correlacional, porque establece el grado de relación no causal existente entre dos o más variables, que en el presente caso son: i) la mala praxis médica, ii) obligación del médico de informar al paciente sobre su estado de salud.



3.3. Variables

- Variable independiente: La mala praxis médica
- Variable dependiente: Obligación del médico de informar al paciente sobre su estado de salud.

3.4. Población, muestra y muestreo

La población está conformada por los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lima que tienen bajo su competencia y conocimiento expedientes sobre mala praxis médica. La muestra está conformada por 45 jueces del Distrito Judicial de Lima, y por 45 abogados de Lima.

El método de selección de la muestra es por Muestreo Aleatorio Sistemático, Se calcula el coeficiente de elevación (número de veces que el tamaño de población tiene al de muestra). Se elige al azar un número igual o menor a ese coeficiente. El individuo al que corresponde ese número forma parte de la muestra. Los restantes se obtienen sumando sucesivamente el coeficiente de elevación al número obtenido.

Característica General: **2 variables**

Cálculo para 2 variables **CUALITATIVAS**

$$n = \frac{(Z\alpha + Z\beta)^2 (p1 \cdot q1 + p2 \cdot q2)}{(p1 - p2)^2}$$

De acuerdo al antecedente encontrado en un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas, hay un 65% de encuestados que señalan que los médicos no brindan una información adecuada sobre su estado de salud; mientras que 25% de encuestados consideran que los médicos si brindan una información adecuada.

n = Tamaño de la muestra

Z α = Nivel de confianza para p1 = 1.96

Z β = Nivel de confianza para p2 = 0.84

p1 = Probabilidad de ocurrencia de la variable dependiente (mala praxis médica) por la influencia de la independiente (Obligación del médico de informar al paciente sobre su estado de salud) = 65%

p2 = Probabilidad de ocurrencia de la variable dependiente de forma normal = 25%

p1 - p2 = Error = 65 - 25 = 40%

q1 = 100 - p1 = 100 - 65 = 35%

q2 = 100 - p2 = 100 - 25 = 75%

Remplazando la fórmula tenemos:

$$\frac{(1.96+0.84)^2 (0.65 \times 0.35+0.25 \times 0.75)}{(0.65 - 0.25)^2} = 45$$

n = 45

La muestra será de 45

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Descripción del instrumento

Para este estudio el método utilizado es la encuesta aplicada a la muestra, usando como técnica el cuestionario con preguntas cerradas. La encuesta como instrumento aplicado a esta investigación se basará en preguntas cerradas para las diferentes dimensiones de la variable, redactada de manera estructurada con alternativas para marcar.

El tipo de cuestionario que se utiliza en la presente investigación es el que, de acuerdo al tipo de respuesta, se conoce como: "De alternativa: SI, NO.

CAPITULO IV RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

En el Gráfico 1, de los 45 magistrados encuestados, 38 de ellos, que representan el 84.4%, responden que los médicos -o especialistas en la salud- pueden incurrir en malas prácticas (por impericia, imprudencia o negligencia) en el desempeño de sus funciones; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 39 de ellos, que representan el 86.6%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 2, de los 45 Magistrados encuestados, 10 de ellos, que representan el 22.2%, responden que la actuación médica genera efectos inevitables que no pueden predecirse y por ende no pueden ser objeto de sanción; mientras que, de los 45 Abogados encuestados, 12 de ellos, que representan el 26.6%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 3, de los 45 magistrados encuestados, 42 de ellos, que representan el 93.3%, responden que los médicos -o especialistas en la salud- deben asumir responsabilidad por conductas consideradas como mala praxis médica; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 40 de ellos, que representan el 88.8%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 4, de los 45 magistrados encuestados, 3 de ellos, que representan el 6.7%, responden que la mala praxis médica debe ser despenalizada; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 5 de ellos, que representan el 11.2%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 5, de los 45 magistrados encuestados, 17 de ellos, que representan el 37.8%, responden que el consentimiento informado exonera en todos los casos a los médicos -o especialistas en la salud- de incurrir en mala praxis médica; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 15 de ellos, que representan el 33.4%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 6, de los 45 magistrados encuestados, 44 de ellos, que representan el 97.7%, responden que los pacientes tienen derechos fundamentales derivados de su dignidad y de su autonomía como persona; mientras que, de los 45 abogados encuestados, la misma cantidad (45), que representan el 100.0%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 7, de los 45 magistrados encuestados, 43 de ellos, que representan el 95.5%, responden que los médicos -o especialistas en la salud- tienen la obligación de informar adecuadamente sobre el estado de salud del paciente; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 44 de ellos, que representan el 97.7%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 8, de los 45 magistrados encuestados, 28 de ellos, que representan el 62.2%, responden que el médico -o especialista en la salud- incurre en responsabilidad ante una mala praxis médica, cuando no informa adecuadamente al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles, aun cuando exista un consentimiento informado; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 25 de ellos, que representan el 55.5%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 9, de los 45 Magistrados encuestados, 38 de ellos, que representan el 84.4%, responden que se vulnera el derecho de información del paciente ante una mala praxis médica, si el médico -o especialista en la salud- no informa adecuadamente al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles; mientras que, de los 45 Abogados encuestados, 36 de ellos, que representan el 80.0%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 10, de los 45 magistrados encuestados, 23 de ellos, que representan el 51.1%, responden que el derecho de información del paciente es autónoma e independiente de la intervención diligente que debe tener todo médico o especialista de la salud; mientras que, de los 45 abogados encuestados, 26 de ellos, que representan el 57.7%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 11, de los 45 magistrados encuestados, 20 de ellos, que representan el 44.4%, responden que la ausencia de información al paciente puede por sí misma dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno; mientras que de los 45 abogados encuestados, 36 de ellos, que representan el 80.0%, responden en igual sentido, habiendo aquí una discrepancia de opiniones.

4.2. DISCUSIÓN

En el Gráfico 1, se puede observar que, ante la pregunta si “considera que los médicos -o especialista en la salud- pueden incurrir en malas prácticas (por impericia, imprudencia o negligencia) en el desempeño de sus funciones”, existe consenso mayoritario (85% de los magistrados y abogados encuestados) en afirmar que los médicos o especialista en la salud, si pueden incurrir en malas prácticas, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, en el desempeño de sus funciones.

En el Gráfico 2, se observa que ante la pregunta si “la actuación médica genera efectos inevitables que no pueden predecirse y por ende no pueden ser objeto de sanción”, existe consenso en negar (75% de los magistrados y abogados encuestados) que los médicos o especialistas en la salud, no puedan ser objeto de sanción por incurrir en malas prácticas médicas, pues es evidente que todo accionar del médico, por más complicado y riesgoso que sea, genera responsabilidad si incurren en impericia, imprudencia o negligencia.

En el Gráfico 3, se aprecia que, ante la pregunta si “los médicos -o especialista en la salud- deben asumir responsabilidad por conductas consideradas como mala praxis médica”, existe consenso mayoritario (90% de los magistrados y abogados encuestados) en firmar que en efecto asumen responsabilidad, que puede ser administrativa, civil o penal, si incurren en alguna mala praxis en el ejercicio de su profesión.

En el Gráfico 4, se observa que ante la pregunta si “considera usted que la mala praxis médica debe ser despenalizada”, existe consenso mayoritario (90% de los magistrados y abogados encuestados), en negar dicha posibilidad, entendiendo *a contrario sensu*, que de ningún modo puede ser despenalizado la mala praxis médica.

En el Gráfico 5, se aprecia que ante la pregunta si “considera usted que el consentimiento informado exonera en todos los casos a los médicos -o especialistas en la salud- de incurrir en mala praxis médica”, existe consenso relativo (64% de los magistrados y abogados encuestados), en negar dicha posibilidad, pues, es claro que muchas veces los médicos encubren su mal accionar han obtenido el consentimiento informado del paciente, pero sin haberles expresado todos los aspectos que la pre o post intervención implica, como diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles.

En el Gráfico 6, se advierte que ante la pregunta si “considera usted que los pacientes tienen derechos fundamentales derivados de su dignidad y de su autonomía como persona”, existe consenso mayoritario (98.5% de los magistrados y abogados encuestados), en afirmar que en efecto los pacientes tienen derechos fundamentales que no pueden ignorarse ni vulnerarse.

En el Gráfico 7, se aprecia que ante la pregunta si “considera usted que los médicos -o especialistas en la salud- tienen la obligación de informar adecuadamente sobre el estado de salud del paciente”, existe consenso mayoritario (96% de los magistrados y abogados encuestados), en afirmar que si tienen dicha obligación.

En el Gráfico 8, se advierte que ante la pregunta si “considera usted que el médico -o especialista en la salud- incurre en responsabilidad ante una mala praxis médica, cuando no informa adecuadamente al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles, aun cuando exista un consentimiento informado”, existe consenso relativo (59% de los magistrados y abogados encuestados), en afirmar que en efecto, aun cuando exista un consentimiento informado del paciente, pero si éste no ha cumplido con su objetivo esencial, como es informar adecuadamente al paciente, entonces el médico o profesional de la salud incurre en responsabilidad, sea ésta administrativa, civil o penal.

En el Gráfico 9, se aprecia que ante la pregunta si “considera usted que se vulnera el derecho de información del paciente ante una mala praxis médica, si el médico -o especialista en la salud- no informa adecuadamente al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles”, existe consenso mayoritario (82% de los magistrados y abogados encuestados), en afirmar que en efecto si se vulnera este derecho, pues se trata de un derecho fundamental que el paciente ha adquirido a través de su reconocimiento por los diversos convenios internacionales, como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos; la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 (Convención de Oviedo); o las Declaraciones adoptadas por la UNESCO en este ámbito: la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 y la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003; o el 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.

En el Gráfico 10, se advierte que ante la pregunta si “considera usted que el derecho de información del paciente es autónoma e independiente de la intervención diligente que debe tener todo médico o especialista de la salud”, existe opinión ligeramente mayoritaria de los encuestados (53%), que consideran que el derecho de información al tratarse de un derecho fundamental, es independiente al actuar diligente del médico, de esta forma, el derecho de información se convierte en un elemento necesario, a menos que el paciente decida renunciar a dicho derecho, lo cual deberá ser expreso.

En el Gráfico 11, se aprecia que ante la pregunta si “considera usted que la ausencia de información al paciente puede por sí misma dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno”, existe opinión dividida a este respecto. En efecto, por una parte, el 55.5% de los magistrados (25) señalan que de ningún modo puede originar responsabilidad patrimonial la falta de información al paciente, si ello no origina algún daño en la salud del paciente. En cambio, el 80% de los abogados (36) consideran que dicho acto si origina responsabilidad patrimonial en el médico. En realidad, la jurisprudencia de los países europeos ha establecido que la ausencia de información al paciente por sí misma no puede originar responsabilidad patrimonial, a menos que de dicho acto se produzca un daño físico en la salud del paciente.

CONCLUSIONES

- 1- Ha quedado demostrado con las respuestas ofrecidas por los encuestados a las preguntas 6, 7 y 8 de la Encuesta, que la mala praxis médica se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente de su estado de salud.
- 2- Ha quedado demostrado con las respuestas ofrecidas por los encuestados a las preguntas 5, 9 y 10 de la encuesta, que se vulnera el derecho de información del paciente cuando el médico no informa adecuadamente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles.

RECOMENDACIÓN

Como hemos podido ver a lo largo de la presente investigación, existe una fecunda jurisprudencia sobre reconocimiento del derecho de información del paciente, tanto en los países del civil law (vr. gr. España, Alemania,) como en los países del *common law* (vr. gr. EE.UU., Inglaterra). Asimismo, existe una serie de convenios internacionales, como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos; la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 (Convención de Oviedo); o las Declaraciones adoptadas por la UNESCO: la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 y la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003; que le confieren referente internacional para su aplicación inmediata en los estados nacionales.

De igual modo, a nivel nacional, tenemos el Código de Ética del Colegio Médico del Perú y sobretodo, la Ley General de Salud, aprobado por Ley N° 26842, modificada por la Ley N° 29414, que establece expresamente los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, entre los cuales podemos resaltar los literales “f” y “g” del art. 15°, que estipula el derecho de los pacientes a recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren; y en sentido negativo, el derecho del paciente a ser informada sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa.

En suma, tenemos una legislación internacional aplicable para nuestro país, y una legislación nacional a la altura de los países vanguardistas, pero que es poco aplicada por los médicos y profesionales de la salud. De un lado, falta estimular y cimentar en los médicos una cultura de la información al paciente; del otro lado, falta cimentar una cultura de exigir nuestros derechos como pacientes.

Por ello, nuestra recomendación es que se implementen una serie de mecanismos legales para que, de un lado, los médicos informen adecuadamente al paciente sobre su estado de salud; y del otro lado, para que los pacientes sepan y conozcan cuáles son sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

Aizenberg, Marisa. Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529. Cfr. La siguiente página electrónica:

http://www.cedi.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=324:derechos-de-los-pacientes-ley-26529&catid=44:novedades&Itemid=28

Alterini, Aníbal; Ameal, José; López, Roberto (1996). *Derecho de obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Andorno, Roberto (2004). *Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber. Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley; Tomo I.

Andorno, Roberto (2005). ¿Existe un derecho a no saber la propia información genética? *Jurisprudencia Argentina. Suplemento Bioética*.

Asociación Médica Mundial (2015). *Manual de Ética Médica* (3ª edición). París.

Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de la Sección 11ª, núm. 603/2009, de fecha de 28 de octubre. Citada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia 90/2012, de fecha 10 de mayo del 2012.

Bacigalupo, Enrique (2000). Tipo de injusto y causalidad en los delitos culposos. LL, N° 124.

Blanco Pérez-Rubio, Lourdes (2006). El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva. En: *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*.

Eugenio Llamas Pombo (coord.). Madrid: La Ley.

Borquez Vera, Pamela y Buirgos Salinas, Raúl. Guía de medicina legal sobre responsabilidad médica. Cfr. La siguiente página electrónica:

<http://www.med.uchile.cl/apuntes/archivos/2007/medicina/APUNTE%20RESPONSABILIDAD%20MEDICA.pdf>. Consultado el 05 de setiembre del 2016.

Castañeda, Jorge Eugenio (1963). El derecho de las obligaciones. Tomo II. Efecto de las obligaciones. N° 152.

Caro Coria, Dino (2002). *Código Penal. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la Práctica Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

Cerezo Mir, José (1983). El tipo de injusto en los delitos de acción culposos. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXVI, fascículo III, Setiembre - diciembre.

Childers, R.; Lipsett, P.A.; Pawlik, T.M. (2009). El cirujano y el consentimiento informado. En: *Revista IntraMed*. N° 208(4): Mayo; pp. 627-634.

Cieza Mora, Jairo (2013). Nuestra jurisprudencia y la responsabilidad civil médica. Reflexiones sobre su aplicación. En: *Revista Diálogo con la jurisprudencia* N° 177; Junio; pp. 51-73.

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la biología y la medicina, Consejo de Europa, 1997.

Código de Ética y Deontología Médica de la OMC.

Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 (Convención de Oviedo).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 27357, de fecha 22-05-2008, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 27357, de fecha 22-05-2008, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Exp. N° 11575-2015; de fecha 31 de agosto del 2015, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas).

Declaración de Lisboa, Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/octubre 1981.

De Trazegnies, Fernando (2001). *La responsabilidad extracontractual (Arts.1969-1988) (7ª edición)*. Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú

De Trazegnies, Fernando (2001). *La Responsabilidad extracontractual. (Arts. 1969-1988)*. Tomo II. Vol. IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

De Cupis, Adriano (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Madrid: Bosch.

Díez-Picazo, Luis (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Civitas.

Duque José (1999). El consentimiento informado ¿Cuestión de formalismo legal o cuestión de humanidad? En: *Médico Legal on line*. Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación; N° 5.

Ezekiel, Emanuel y Linda, Emanuel (1999). Cuatro modelos de la relación médico paciente. *Revista Bioética para clínicos*. pp. 109-126. Consultado en http://rillo.educsalud.cl/Curso%20Transv%20Bioetica%202012%20Emanuel%20E.%20Cuatro_modelos_relacion_M-P.pdf

Ferrer Colomer, M. y Pastor García, L.M. (1999). ¿Vigencia del Código de Nuremberg después de cincuenta años? En: *Cuadernos de Bioética*. N° 1, pp.103-112.

Fernández Sessarego, Carlos (2011). *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Lima: Editorial Motivensa.

Fernández Sessarego, Carlos (1988). Derecho de las personas. En: Revoredo, Delia (comp.). *Código Civil. Vol. IV, Exposición de motivos y comentarios*. Lima.

Fernández Sessarego, Carlos (1985). El daño a la persona en el Código civil de 1984. En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Editorial Cuzco.

Fernández Sessarego, Carlos. Apuntes sobre el daño a la persona. En: Revista Electrónica Díké: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF

García Rivas, Nicolás (1999). La imprudencia profesional: una especie a extinguir. En: Cerezo Mir, José, et al. (eds.). *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torio López*; Granada, pp. 369-385.

García Huayama, Juan Carlos (2016). Responsabilidad civil médica y consentimiento informado. En: *Revista Derecho y Cambio Social*; Lima.

García Garnica, María del Carmen (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Thomson Reuters, España, julio.

González Porras, J.M.; Méndez González, F.R. (Coords.) (2004). *Libro Homenaje al profesor Albaladejo García*. Tomo I, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

González Morán, Luis (2006). *De la Bioética al Bioderecho: Libertad, vida y muerte*. Madrid: Dykinson.

Guerrero Zaplana, José (2006). *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, 5ª edición, Lex Nova, Madrid.

Gutiérrez Aranguren, José Luis. La imprudencia profesional. En: Lecciones de derecho sanitario. pp. 391-407. Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 29 de febrero de 1996.

Guerrero Zaplana, José (2006). *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, 5ª edición, Lex Nova, Madrid.

Gutiérrez, Wilfredo (2014). Los derechos de los pacientes. En: *Revista de la Sociedad Peruana de Medicina Interna*; Vol 27 (1), pp. 33-39.

Herreros, Benjamín, et al. (2010). Aspectos éticos del consentimiento informado. En: Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA (Editor). *El consentimiento informado*. Madrid. Informe Explicativo de la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

Jakobs, Günther (1991). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª. ed.). Madrid: Marcial Pons.

Juzgado de 1ª Instancia N° 2, Palma de Mallorca, Sentencia 90/2012, de fecha 10 de mayo del 2012. Kvitko, Luis Alberto (2011). La responsabilidad médica en cirugía estética ¿Obligación de medios o de resultados? Antecedentes. Jurisprudencia Argentina y española. Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español. En: *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 28; N° 1; Marzo.

León, Leyser; León, Hilario (2004). *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Editora Normas Legales.

León, Leyser. Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. En Revista electrónica Diké: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF

Linares Avilez, Daniel (2012). Buscándole cinco patas al gato. El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. En: *Revista Derecho & Sociedad*; Año XXIII, N° 38, pp. 76-87.

López García de la Serrana, Javier (2010). La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica. Abril. En: www.hispajuris.es

Lovece, Graciela (2007). *Responsabilidad de los médicos*. Nova Tesis Editorial Jurídica, junio.

Monterroso Casado, Esther. La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño. Obtenido de la siguiente página electrónica: www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Esther%20Moterroso.pdf

Martínez-Calcerrada Gómez (1998). *Lex artis ad hoc y la responsabilidad médico profesional*. Anales de la Real Academia de Doctores, Tomo II.

Mazeaud, Henri y León-Tunc, André (1962). *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo III, Vol. II. Buenos Aires, EJE.

Mir Puig, Santiago (1995). *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición). Barcelona: PPU.

Osterling Parodi, Felipe. Comentario del artículo 1318. Cfr. La siguiente página electrónica: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>

Osterling Parodi, Felipe. Las obligaciones (8ª edición). Lima: Grijley.

Osterling Parodi, Felipe; Rebaza González, Alfonso. La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332° del código civil. Cfr. la siguiente página electrónica:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>

Palacios Meléndez, Rosario (2006). Derechos Humanos, Proceso Penal y Reparación Civil. En: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. Lima: Editorial Rodhas.

Patitó, José Ángel (2000). *Medicina legal*. Buenos Aires: Ediciones Centro Norte.

Pétrovich, Aleksandar (1997). Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado. En *Revista del Foro*. N° 4, Colegio de Abogados de Lima.

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Poma Valdivieso, Flor (2012-2013). La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 6-7, N° 8 y N° 9, pp. 95-117.

Piña, Roxana (2004). El tipo subjetivo en el delito imprudente. En: Alberto Donna, Edgardo (Dir.). *Revista de Derecho Penal, delitos culposos I*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni; pp. 55-76.

Revilla Lazarte, Diana; Fuentes Delgado, Duilio (2007). La realidad del consentimiento informado en la práctica médica peruana. En: *Acta Médica Peruana*; Vol.24 N°3; Lima; septiembre-diciembre, pp. 223-228.

Ríos Sánchez, Wilfredo (2013). La reparación del daño en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Perú. En: *Revista de Derecho y Cambio Social*. Cfr. la página electrónica:

http://www.derechocambiosocial.com/revista032/reparacion_del_da%C3%B1o_en_la_corte_interamericano.pdf

Rodríguez Delgado, Julio (2007). *El tipo imprudente*. Lima: Grijley.

Romero Pérez, Jorge (2014). Apuntes sobre la mala praxis médica. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 35, setiembre-diciembre, pp. 107-122.

Roxin Claus (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal*. Madrid: Editorial Reus.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conllevo. Javier de Vicente Remesal: Madrid; Ed. Civitas.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación 2293-2012, de fecha 26 de noviembre del 2012.

Salazar, Bernan y Quintana, Roxana (1993). La mala praxis. Responsabilidad penal del profesional en medicina. En: *Medicina Legal*. Vol. 10, N° 2.

Salinas Siccha, Ramiro (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. 1. Lima: Grijley.

Secchetto, Sergio (2000). Antecedentes históricos del consentimiento del paciente informado en Argentina. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*. N° 5, diciembre, pp.77-87.

Seoane, José Antonio (2013). La construcción jurídica de la autonomía del paciente. *Revista Española de Bioética Eidon*. N° 39; Julio, pp. 13-34.

Serrano Escobar, L. (2000). *Nuevos conceptos en Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Simón Lorda, Pablo y Concheiro Carro, Luis (1993). El consentimiento informado: Teoría y práctica (I). En: *Revista de Medicina Clínica*; Vol. 100, N° 17; pp. 659-663.

Sistema argentino de información jurídica (2016). Dossier: Mala praxis médica. Selección de jurisprudencia y doctrina.

Taboada Córdova, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil* (2ª ed.). Lima: Grijley.

Tamayo Martínez, Jaime (2007). La relación médico paciente y la mala praxis médica. En: *Revista Novedades Jurídicas*; IV, Número 19, febrero, Ediciones Legales, pp. 12-23.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico perjuicio de nacer y otros problemas actuales. En: *Revista de Derecho*, Vol. XV, diciembre, pp. 75-111

Tarodo Soria, Salvador (2006). La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. *Revista Dialnet Derecho y Salud*. Vol. 14, N° 1, enero-junio; pp.229-249.

Terragni, Marco Antonio (2001). *La moderna teoría de la imputación objetiva y la negligencia médica punible*. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa: Córdoba.

Tiffer, Carlos (2001). Mala praxis médica y sus consecuencias penales. En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*: Año 2013, agosto, N° 19, pp. 63-92.

Tribunal Supremo Español, Sentencia de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 2015.

Tribunal Supremo español, Sentencia 943/2008, de 23 de octubre; caso fecundación *in vitro*.

Tribunal Supremo español, Sentencia N° 583/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 27 septiembre de 2010.

Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 15 de octubre de 2006.

Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 28 de marzo de 1998.

Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 14 de febrero de 1991

Tribunal Supremo de España, Sala 2ª de lo Civil, de 24 de noviembre de 1991

Tribunal Supremo de España, Sentencia N° 1342/2006 de la Sala 1ª de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006; Magistrado Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo de España, Sentencia N° 495/2006 de la Sala 1ª de lo Civil, de 23 de mayo de 2006; Magistrado Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo de España, Sentencia N° 1342/2006 de la Sala 1ª de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006.

Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 1132/2006, de 15 noviembre (RJ 2006\8059); Magistrado Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

UNESCO: la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 y la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2006). *Derecho médico peruano*. Lima: Grijley.

Vázquez Ferreyra, Roberto (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina* (2º Edición). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Verger, Alejandro. Responsabilidad profesional. Nociones básicas. Cfr. La siguiente página electrónica:

http://consejomedicosde.com.ar/descargas/Guia_FRP.pdf. Consultado el 04 de setiembre del 2016.