

## *El consentimiento informado* *(El consentimiento del paciente en* *la actividad médico-quirúrgica)*

**Antonio Fraga Mandián**

**Manuel María Lamas Meilán**

Revista Xurídica Galega, Santiago, 1999

**A** responsabilidade de carácter sanitario enmárcase, dentro da sociedade actual, nunha época da nosa historia na que os cidadáns, no uso lexítimo dos seus dereitos, recoñecidos de maneira solemne na Constitución española de 1978, e a situación é claramente extensible ós estados do noso contorno social e cultural, acoden con extraordinaria frecuencia ós tribunais de xustiza, demandando deles a correspondente tutela, conforme o preceptuado no artigo 24 da nosa norma fundamental –dereito á tutela xudicial efectiva–.

De todos é coñecido o feito de que tanto a saúde como a vida constitúen os bens máis importantes que o ser humano debe salvagardar, tanto no ámbito individual coma no colectivo, posto que para o corpo social a saúde dos seus propios compoñentes supón unha condición indispensable do benestar social e de todo progreso material, ético e político. Por iso, é de agradecer a publicación dunha obra como esta na que se afonda nunha das cuestións transcendentais do ámbito sanitario, cal é o chamado consentimiento informado.

En principio, non actúa antixuridicamente o que obra no exercicio lexítimo dun oficio ou cargo. Cando un facultativo prescribe un tratamento médico ou cirúrxico, está actuando profesionalmente nesa dirección, pero en

determinados supostos e circunstancias iso non resulta suficiente para que sexa aplicable a eximente do artigo 20.7<sup>a</sup> do Código penal de 1995, nin para quedar exento dunha determinada responsabilidade civil contractual ou extra-contractual, posto que unha e outra acadan na actualidade unha moi próxima significación. Así, debe afirmarse que ningún cidadán pode actuar en relación coa integridade corporal ou psíquica doutro se o afectado non presta o seu consentimento ou vontade.

Neste sentido, o consentimento é un dos eixos máis importantes sobre os que gravita a actividade médica; a súa ausencia determina unha responsabilidade que, aínda que pode ser de distinta intensidade (civil, penal ou disciplinaria), non por iso deixa de ser responsabilidade. Así pois, o eido das actuacións médicas é un claro suposto paradigmático no que o consentimento desprega toda a súa relevancia e iso xa se fixo notar na coñecida Sentencia da Sala do Criminal do Tribunal Supremo do 10 de marzo de 1959, na que o seu considerando cuarto dispón: *a impresión puramente subxectiva sobre a certeza do cancro, obtida dunha simple observación visual, sen antecedentes patolóxicos coñecidos, só autoriza o cernamento instantáneo do órgano respectivo nos casos de gravidade extrema e intervención inaprazable, onde a demora poña en risco seguro e inmediato a vida do presunto paciente, porque de non ser así, a máis elemental cautela impón unha espera ata efectúanse comprobacións necesarias de que dispoña a ciencia médica, contar coa autorización expresa da persoa interesada, maior de idade e na plenitude de xuízo, como posuidora da súa integridade corporal...*

O consentimento informado é un presuposto e un elemento integrante da *lex artis*, que se incorporou ó noso dereito positivo recentemente. Constitúe, polo tanto, unha esixencia da *lex artis* para levar a efecto a actividade médico-cirúrxica curativa. Atopámonos ante un acto clínico, e o seu incumprimento pode xerar responsabilidade.

É unánime, tanto no ámbito doutrinal coma no xurisprudencial actual, a consideración de que a información do paciente integra unha das obrigas asumidas polo equipo médico, e é requisito previo a todo consentimento, co obxecto de que o paciente poida emiti-la súa conformidade co plan terapéutico de forma efectiva e non viciada por unha información nesgada ou inexacta, posto que o teor da obriga médica comprende non só a aplicación das técnicas ou intervencións axeitadas no estado actual da ciencia médica, senón tamén o deber de darlle ó paciente a información axeitada en cada caso, co cal, aínda cumprindo co primeiro aspecto da obriga médica, se pode responder por incumprimento do segundo.

Tan transcendental e relevante resulta que o médico conte co consentimento informado do seu paciente que este requisito se converteu nunha das pedras angulares da doutrina e de choque na práctica forense na maior parte

dos litixios que sobre negligencia médica teñen lugar nos Estados Unidos de América, como nos lembra Gustavo López-Muñoz y Larraz<sup>1</sup>. Da mesma maneira Eugenio Llamas Pombo<sup>2</sup> sinala que a proba da importancia deste deber é o feito de que dous de cada tres procedementos de responsabilidade médica en Alemaña contemplaban no ano 1976 supostos de falta ou insuficiencia de información<sup>3</sup> e similar atención lle presta a isto a xurisprudencia francesa<sup>4</sup>.

A esixencia do consentimento informado na actividade médica cristalizou, normativamente e con carácter xeral no artigo 10 da Lei Xeral de Sanidade de 25 de abril de 1986, concretamente nos seus apartados 5 e 6 cando dispón: *Todos teñen os seguintes dereitos con respecto ás distintas administracións públicas sanitarias: 5. A que se lles dea en termos comprensibles, a el e ós seus familiares ou achegados, información completa e continuada, verbal e escrita, sobre o seu proceso, incluíndo diagnóstico, prognóstico e alternativas de tratamento... 6. Á libre elección entre as opcións que lle presente o responsable médico do seu caso, sendo preciso o previo consentimento escrito do usuario para a realización de calquera intervención...".*

O que o lexislador español pretendeu con tal norma non é senón o recoñecemento legal dos dereitos do paciente, e entre eles un tan importante e transcendental como é o dereito á autodeterminación. Hoxe en día debe afirmarse que entre os dereitos do paciente está el ou os relativos á información e ó consentimento, ámbolos dous, intimamente ligados, dan lugar ó que se coñece como o *consentimento informado*.

Tendo en conta esta problemática, os médicos e tamén os demais profesionais sanitarios, malia a súa gran carga asistencial, están a dedicar parte do seu tempo a se introduciren no coñecemento de aspectos xurídicos e éticos vinculados estreitamente á súa actividade profesional. Todo iso derivado do gran cambio de mentalidade que se experimentou nos últimos tempos en materia sanitaria e, especialmente, na toma de conciencia dos seus dereitos por parte dos pacientes e dos seus familiares.

Os autores do libro aquí comentado, Antonio Fraga Mandián e Manuel Lamas Meilán, maxistrado e doutor en dereito, respectivamente, son dous ex-

<sup>1</sup> LÓPEZ-MUÑOZ y LARRAZ, Gustavo *Defensas en las negligencias médicas*, editorial Dykinson, Madrid, 1991, páxina 71.

<sup>2</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico*, editorial Trivium, S.A., Madrid, 1988, páxina 161.

<sup>3</sup> STEFFEN, E., *Verhandlungen des 52. BJT, Band II, Sitzungsbericht*, Munich, I, páxina 14, citado tamén por Princigalli, en "Crepusculo della responsabilità medica nella Rep. Fed. Di Germania", *R.d.C.*, número 4, xullo-agosto, 1983, páxina 417.

<sup>4</sup> Recollida por DOLL, "Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé", *Gaz. Pal.*, 1972, páxina 2428.



perimentados xuristas que fixeron do dereito a súa profesión e vocación. Tanto Antonio como Manuel son dous estudiosos do dereito que profundaron nun mundo tan sensible e complexo como o da saúde e a enfermidade.

Como puxo de manifesto Carlos Negreira Souto na presentación do texto, ó longo da monografía os autores van debullando as cuestións máis problemáticas que presenta a institución que nos ocupa. E fano non só mediante a exposición dos criterios legais, doutriniais e xurisprudenciais do noso contorno, senón que incorporan o exame dos dereitos estranxeiros para unha mellor comprensión de cada unha das cuestións, sen fuxiren en ningún caso das liñas con voz propia, logo dunha meditada análise das diversas opinións doutriniais.

En tal sentido merecen particular obxecto de atención ó longo da obra a posición do menor en referencia ó consentimento informado, a análise da responsabilidade na que incorre o médico nos casos de ausencia do consentimento e os seus criterios de esixencia, así como o estudo dos requisitos, propostas e eficacia que despregan os protocolos de información. Igualmente, abórdase o denominado privilexio terapéutico que, como acertadamente indican os autores, en non poucas ocasións é utilizado como argumento para xustificala escasa información que ás veces se lles proporciona ós pacientes.

Así mesmo, os autores non se limitaron a examinar, desde a vertente legal, o artigo 10.5 e 6 da vixente Lei xeral de sanidade de 1986, senón que abordan tamén, na parte final da monografía, os diferentes textos legais que se refiren ó consentimento informado, e iso co ánimo de levar adiante un estudo, na medida do posible, exhaustivo do tema e coa convicción de que só analizando tamén os preceptos da regulamentación especial, era posible comprender nos seus xustos termos aquelas regras xerais.

Latexa, polo demais, en toda a obra o dereito á información do paciente como a base imprescindible sobre a que asenta o consentimento. O paciente debe coñecer de forma intelixible a verdade da súa patoloxía e, a partir deste presuposto básico, outorga-lo seu consentimento. ¿De que informar?; ¿ata onde debe chega-la información?; ¿a quen se debe informar e como?; ¿que circunstancias deben modula-los contornos desta información? Ás respostas a estas preguntas atende a presente monografía e centrarán as preocupacións doutriniais e xurisprudenciais dos vindeiros anos nesta parcela do dereito sanitario.

A monografía contén, igualmente, as claves necesarias para que os profesionais sanitarios non entendan este dereito do paciente simplemente como unha carga máis que o ordenamento xurídico lles impón para o exercicio da súa profesión. Ó igual que ós usuarios da sanidade, fáiselles comprender que esta institución do consentimento informado non xorde como mecanismo unicamente dirixido a esixirlle responsabilidade ó profesional sanitario cando o resultado non é o agardado. Neste sentido, de acordo con Negreira Souto, hai que propugnar unha responsabilidade compartida de profesionais e de usua-

rios, e particularmente das organizacións que os representan, para a elaboración e para a tipificación dos mecanismos e pautas que fagan posible un encontro real daqueles intereses. Darlle as costas a este camiño será, á parte dunha grave irresponsabilidade política e social, unha fonte permanente e crecente de conflitos xudiciais e do gasto sanitario (medicina defensiva).

Todas estas cuestións aquí enumeradas abórdanas con rigor e con imparcialidade os autores da obra, e obsérvase neles o desexo de visualiza-los temas tanto desde a óptica médica coma desde a xurídica, e todo iso tende a establecer un marco de entendemento entre médicos, pacientes e xuristas. ■

**José María Rebolledo Varela**

*Avogado*