

LA DEMOCRATIZACIÓN Y JURIDIZACIÓN DE LA SOCIEDAD: LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA Y LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Pedro Federico HOOFT (*)

1- Hoy día, el tema del “**consentimiento informado**” en el ámbito de las prestaciones de salud, ha dejado de ser exclusiva preocupación de los especialistas, y excede en mucho el marco tradicional de la relación **médico-paciente**.

El debate actual alrededor del “**Consentimiento Informado**”, de algún modo es a la vez la resultante tanto de la evolución de la **doctrina jurídica** sobre el tema como de los aportes provenientes del **campo de la bioética**. Por lo tanto, podemos hablar de: a) aspectos jurídicos, y b) aspectos bioéticos del consentimiento informado (“**Informed Consent**” en la terminología anglosajona).

Decimos de aspectos “**jurídicos**” y no **meramente “legales**”. Hablamos así de “**derecho**” como equivalente de “**orden jurídico**”, donde todo fenómeno jurídico comprende **hechos sociales, normas y valores**. Dentro de estos últimos –recordamos con Werner Goldschmidt–, se encuentra a la **justicia** como valor supremo.

A su vez, a los aportes provenientes del campo estrictamente jurídico, la reflexión sobre el **consentimiento informado** se ha visto enriquecida con los desarrollos operados en el ámbito de la bioética, a partir de los años sesenta. Entendemos aquí por **Bioética** –con Francis Abel– al “**estudio interdisciplinario** de los problemas suscitados por el progreso **biológico y médico**, tanto a nivel **microsocial** como el nivel de la **sociedad global**, y sus repercusiones sobre la **sociedad** y su **sistema de valores**, hoy y mañana”.

2- La “doctrina legal del Consentimiento Informado”. Si bien su origen se encuentra en la jurisprudencia de los tribunales judiciales norteamericanos, la misma ha adquirido, en

(*) Profesor titular de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Bioética.

particular a partir de los años ochenta, una creciente extensión de los sistemas jurídicos occidentales, de la mano de dos fenómenos: el de la **democratización** de la sociedad y el de la creciente **juridización** de las relaciones sociales (consiste en la regulación jurídica –e incluso reducción a formas jurídicas– de la totalidad de los fenómenos sociales).

Al relacionarlo con la democratización de la sociedad, estamos expresando que de esta manera, asistimos hoy a lo que se ha denominado como una verdadera **“revolución democrática”** de la sociedad, que se ha manifestado a través de los **derechos de los enfermos**, como verdaderos **“meros derechos humanos”**. Aquí el **“Consentimiento Informado”** será la consecuencia obligada como exteriorización de libertades fundamentales del individuo derivadas de su dignidad de persona. De esta manera, el **“consentimiento informado”** (que será la resultante de reconocer la **dignidad de persona** del paciente), implica un progresivo abandono del modelo **“paternalista”** y el tránsito hacia otro, donde la libertad y autodeterminación del enfermo adquiere mayor reconocimiento y respeto.

En el derecho comparado, existen sobre el tema precedentes importantes como la jurisprudencia sentada en el caso **“Schloendorff V. Society of New York Hospital”** de 1914, cuando con el voto del prestigioso juez Benjamín Cardozo el tribunal resolvió que **“cada ser adulto con mente clara tiene el derecho a determinar qué es lo que hará con su cuerpo”**. En 1957 esa doctrina dio un paso más hacia adelante, al referirse a la obligación del médico de suministrar **información apropiada** con un **verdadero deber** jurídico, cuyo no cumplimiento podría por sí generar responsabilidad. Más recientemente, la Suprema Corte federal de los Estados Unidos, al dictar sentencia en el caso de **“Nancy Cruzan”** (referido al llamado **“estado vegetativo persistente”** o **“permanente”**), ratificó las bases constitucionales del **“consentimiento informado”** como manifestación del principio de libertad.

Para que exista un consentimiento informado válido, tanto para la doctrina jurídica como desde la perspectiva bioética, se requiere que exista: 1) la revelación de una información suficiente; 2) la evaluación y comprensión de esa información; 3) la libertad del sujeto que decide y 4) la competencia (o capacidad) para consentir.

3- En el **campo bioético**. A partir del informe final de la **“National Commission”** (EE.UU.; 1978) conocido como **“Belmont Report”** –por el nombre del presidente de la comisión– quedó consagrado lo que se conocería luego como el **“modelo de los principios”**, luego sistematizado por Beauchamp y Childrees. Allí se consagran los tres grandes principios bioéticos (beneficencia, autonomía y justicia). A su vez del principio de autonomía se deriva la regla del consentimiento informado, de particular desarrollo en la bioética posterior. La necesidad de un consentimiento libre para una intervención médica había sido ya establecido en el código de Nüremberg (para la investigación en sujetos humanos) retomado en los

documentos de la Asociación Médica Mundial, conocidos como Helsinki I (1964) y Helsinki II, e instrumentos posteriores.

Mientras la “beneficencia” (que deriva del clásico juramento hipocrático), vista de la óptica del profesional de la salud, procura el bien del paciente, y la justicia enfoca la cuestión desde la proyección social (el acceso equitativo de los servicios de salud), la **autonomía** privilegia la libertad del paciente, en quien reconoce un **sujeto moral autónomo**, cuya conciencia e integridad física y psíquica debe ser respetada. Es desde la bioética que se ha realizado un aporte importante a favor del reconocimiento de la autonomía, lo cual implicó un fuerte y renovado impulso al desarrollo y ampliación de la doctrina del consentimiento informado. La “misión” peculiar de la reflexión bioética deberá ser aquí la de proteger la **sustancia ética** del consentimiento informado, y evitar de esa manera que el consentimiento quede reducido a una simple fórmula jurídica, que lejos de contribuir a mejorar la calidad humana de la relación asistencial, la reduzca a su sola instrumentación formal, como si se tratara de un contrato más, en desmedro de la relación terapéutica, que ha de fundarse en la confianza. Se torna entonces necesario fortalecer el principio de autonomía en la expresión originaria que adquiriera en la bioética, como equivalente al “respeto a la dignidad de la persona”, que implica –en palabras de Dworkin– el reconocimiento de todo paciente a una “igual consideración y respeto”.

3- El consentimiento informado en el derecho argentino.

3.1- La ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina en el ámbito local de la Capital Federal –aunque sus disposiciones han sido reconocidas como de aplicación analógica en las jurisdicciones provinciales por parte de la jurisprudencia–, consagra en su artículo 19 el respeto a la autodeterminación del paciente, cuya voluntad en cuanto a la aceptación o no de un tratamiento o intervención, debe ser respetada en principio, amen de requerir la conformidad por escrito para los casos de intervenciones quirúrgicas mutilantes.

Un mayor desarrollo adquirió la doctrina del consentimiento informado en leyes especiales, como por ejemplo la de ablación y transplante de órganos (tanto en su articulado primitivo como en su nuevo ordenamiento, ley 24.193), al igual que en la ley nacional de lucha contra el SIDA (Ley 23.978), y cuyas normas han sido aplicadas por los tribunales a otro tipo de situaciones relacionadas con prestaciones de salud. En la legislación de la provincia de Buenos Aires, tanto la ley 11.044 sobre investigación en salud como la ley 11.028 (1990) que regula el funcionamiento de los centros de procreación humana médicamente asistida, se otorga relevancia significativa al consentimiento libremente expresado, como requisito sine qua non.

3.2- El consentimiento informado en la jurisprudencia.

Desde comienzos de los años ochenta, se advierte una gradual evolución en los criterios jurisprudenciales que marcan un acompañamiento del ya referido tránsito progresivo desde un modelo médico hegemónico, paternalista, hacia un modelo que admite una mayor participación del paciente en la toma de decisiones, que implica el reconocimiento de la importancia del “Consentimiento Informado”. Sobre este tema, y con referencia a la población Marplatense, he formado parte de un grupo de investigación interdisciplinario (proyecto C.I.R.A. - consentimiento informado en la relación asistencial, U.N.M.D.P., con informe final, Dic. /1996), estudio que ofrece muchos puntos de interés, a partir de la experiencia cotidiana, pero cuyo análisis excede el marco de esta disertación.

En el plano judicial, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bahamondez” -1993-, marca un hito importante, y en términos generales un punto de inflexión en cuanto al abandono, al menos de las formas más extremas del paternalismo médico, aún vigente en muchos Códigos Deontológicos.

El caso ofrece muchos aspectos de particular interés, y ha motivado sucesivos comentarios en prestigiosas revistas jurídicas. Recordamos que se trataba de un paciente perteneciente al culto “Testigos de Jehová” –que no admite las transfusiones sanguíneas–, respecto de quien los médicos consideraban necesario efectuarle una transfusión a fin de salvarle la vida. Ante la negativa de Bahamondez por razones religiosas, el Hospital requiere –y obtiene– autorización judicial para llevar adelante la transfusión, en 1ª y 2ª instancia. Consecuente con sus principios Bahamondez interpone recurso extraordinario ante la C.S.N. El máximo tribunal, por mayoría, decide que no correspondía tratar el recurso por cuanto la cuestión se había tornado abstracta (el recurrente en el ínterin había sanado, sin la transfusión). No obstante, dos de los ministros que habían adherido a esta tesis (los Dres. Fayt y Barra), de todos modos emiten su opinión (favorable al respeto de la decisión del paciente), y lo propio hacen, –en votos conjuntos los ministros Boggiano y Cavagna Martínez–, y Petracci y Belluscio. Más allá de enfoques parcialmente divergentes, seis de los nueve miembros del tribunal que emitieron opinión, coinciden que el respeto debido a la dignidad de la persona humana obsta a una eventual intervención médica compulsiva, tratándose de un paciente lúcido, capaz, que libremente expresa su opinión. En otras palabras, aún frente a un peligro para la vida del paciente, en el caso debía privilegiarse el valor “**dignidad**” y lo que los anglosajones han denominado el “Right to be alone” (el derecho a ser dejado a solas). Se habría dado así un paso importante por el buen camino, acorde con la democratización de las sociedades contemporáneas, acorde con el reconocimiento de la salud como un derecho humano fundamental y con el respeto a la libertad de conciencia y la integridad física, psíquica y espiritual del principal protagonista, el paciente como persona humana, ser libre, único e irreplicable.