

neficios y circunstancias que rodean tal actuar. Por tanto, es desde los conceptos y categorías de que dieron origen a un término que se debe realizar su análisis, significación y alcance, sin perjuicio que otras ramas del saber tributen a su mejor construcción, fundamentación y eficacia.

La consideración de sujeto moral trae implícito el reconocimiento de la capacidad de tomar decisiones que le resulten beneficiosas al sujeto, aun y cuando esto no es sinónimo de actuar habitualmente con responsabilidad y lo que no significa que deba considerarse como una limitante para el reconocimiento de la persona como capaz de autodeterminarse sino que debe entenderse que la sociedad es pluralista respecto a los códigos éticos que la conforman y cada cual en virtud del derecho a la libertad de conciencia y pensamiento que ostenta se adhiere a uno u otro y de la forma que a su juicio le resulte más beneficioso.

Esto difiere de la beneficencia como principio bioético, entendida con una concepción más holística y abarcadora de la realidad de la persona y encaminada a alcanzar no solo un bienestar físico o psicológico sino también espiritual y moral, con un marcado compromiso individual y social.

Así fue propuesto por Beauchamp y Childress¹² un modelo principialista encaminado a servir de guía para la toma de decisiones que por su propia naturaleza establecen un conflicto ético y que hasta la fecha han fundamentado desde la teoría y la praxis el nuevo saber que ha transformado las concepciones positivistas de la ciencia: la bioética.

Cuatro son los principios informadores de la bioética y que intentaremos relacionar con nuestro objeto de estudio, dígame: el principio de autonomía, el principio de no maleficencia, el principio de beneficencia y el principio de justicia.

Así, al menos dos condiciones esenciales deben darse en las acciones autónomas para considerar que la persona ha obrado con tal condición: la libertad externa y la libertad interna. Respecto a esta última, por ser la capacidad para que el sujeto obre intencionalmente nos referiremos más adelante por la amplia vinculación que tiene con la esfera jurídica¹³.

El respeto por la autonomía, al menos, exige que se reconozca el derecho del sujeto moral a decidir según su propia precepción del fenómeno, así consecuentemente podrá elegir cuáles serían las opciones que le resultan de interés y por último obrar de conformidad a sus patrones axiológicos y sistema de creencias.

De esta consideración deben partir aquellos que intervienen bien de manera activa, bien como acompañantes o como meros espectadores en el acto de otorgamiento del consentimiento informado, toda vez que se exige de estos poner a un lado sus interés o conocimientos para conducirse en favor de la autonomía ajena; no basta una actitud de respeto y abstención de interferir en las decisiones del paciente sino que el respeto por la autonomía ajena reclama acciones concretas y no meras actitudes, de este modo lo que se quiere decir es que la acción autónoma de una persona no será sometida por otras a controles externos. Así

entonces devienen obligados los profesionales de la salud a revelar una información suficiente y clara de la condición que padecen y las posibilidades terapéuticas que pudieran adoptar los pacientes, quedando desde ese minuto dispuestos para la posterior reflexión y otorgamiento de su consentimiento.

En la bioética se ha posicionado el concepto justicia distributiva, y se refiere la distribución equitativa de aquellos derechos, beneficios e incluso cargas existentes en la sociedad, pero en el tema que nos concierne nos referimos a la posibilidad de acceso a determinadas instituciones de salud o incluso a ciertos procedimientos técnicos, investigaciones que contribuirán decisivamente a un aumento de la calidad de vida del sujeto. De este modo surge la interrogante: ¿si debería reconocerse el derecho a utilizar determinada técnica no difundida o de costoso valor a una persona que previamente en virtud de su autonomía ha rechazado un proceder más generalizado y menos costoso por cuestiones de conciencia en el acto de otorgamiento del consentimiento informado? o ¿qué criterios deben seguirse para que una persona tenga preferencia frente a otra para acceder a tales recursos?

Desde la época de Aristóteles se sostenía que ante casos iguales se deben realizar tratamiento iguales y este llamado criterio formal de la justicia distributiva puede ser criticado en la falta de un contenido concreto que permita ofrecer una respuesta válida a las interrogantes antes presentada, así se han sostenido los llamados criterios materiales de justicia, en virtud de los cuales a cada quien se le daría según un tratamiento igualitario a sus necesidades, sus esfuerzos, su aportación e incluso siguiendo las reglas de intercambio existentes en libre mercado. En otras esferas de la vida social podrían acogerse estos criterios aun con cierto recelo pero en el ámbito sanitario y más concretamente en el acto de consentimiento informado no resulta moralmente aceptable proponerle a un paciente que adopte una decisión concorde a posibilidades remanentes luego de haberse valorado respecto a otro su situación y bajo la ética de estos criterios materiales de justicia.

Igualmente sería reprochable moralmente a una institución de salud, a un equipo médico o incluso a un galeno, un análisis de esta naturaleza toda vez que lo que subyace detrás de este pensamiento es un acto de lección y reconocimiento de la dignidad de uno por encima de los otros. De cualquier modo, estas normas generales conocidas como principios así presentadas dejan un amplio margen de determinación, si han de ser útiles para la vida moral deben salir del marco de la abstracción al de la praxis diaria concretándose cada una de estas en aquellos supuestos específicos que se presentan en las diferentes unidades asistenciales.

La solución de los problemas morales que suelen acaecer en el campo biomédico no reciben una respuesta suficiente desde el modelo principialista de la bioética, sino que estos cuatro principios resultan útiles como reglas de referencia que necesitan de una fundamentación filosófica y ética más profunda respecto a la concepción de la persona como suje-

to activo en el proceso de otorgamiento del consentimiento informado, lo mismo para el médico como para el paciente.

En un grupo epistémico, bioético, médico, jurídico, es decir, aquel donde se cultive el arte del pensar, nadie se atrevería a cuestionar el valor intrínseco de la persona; no obstante algunos autores¹⁵ para desconocer este valor inherente a cada ser humano sostienen entonces que no todos los hombres son personas.

Al decir fundamentos jurídicos del consentimiento informado nos referimos a los elementos que lo conforman a partir de la determinación de su naturaleza jurídica. Esto nos permitirá comprender cómo opera y se materializa el consentimiento informado desde la óptica de la ciencia del Derecho.

La relación médico-paciente sea pública o privada siempre deberá ajustarse a los requerimientos contenidos en las distintas disposiciones normativas que regula la materia, pero en las instituciones de salud privada deberá ajustarse además a los requerimientos internos establecidos para esa institución y aquellos que se dispongan por la sociedad a la cual pertenece dicha institución.

Así, la relación médico-paciente no es más que una relación jurídica, ya sea de naturaleza pública o privada, según antes explicitábamos, que no es otra que aquel vínculo existente entre dos o más sujetos de derecho, con intereses lícitos como objeto de la misma y a la cual el ordenamiento jurídico le brinda tutela legal, atribuyendo a cada uno de los sujetos intervinientes un conjunto de derechos y correlativos deberes.

Resulta válido referirnos a la causa de esta peculiar relación jurídica, la cual se halla en los actos jurídicos, que “es toda manifestación de voluntad, lícita que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica” según regula el artículo 49 del Código Civil cubano¹⁹.

La Ley de Salud Pública²¹ de la República de Cuba regula de forma parca la necesidad de obtener la aprobación del paciente para realizar un proceder diagnóstico o terapéutico según su artículo 18²², mientras que en otras de origen foráneo²³ se establece expresamente la obligación de informar pero además de obtener el consentimiento informado del paciente para aquellos circunstancias que requieren un plus informativo ante la necesidad de mantener actualizado al paciente no solo respecto a su estado sino además para tener en cuenta su criterio al momento de realizar otras acciones de tal trascendencia que pudiera acarrear un peligro para su vida o integridad corporal, psíquica o inclusive transgredir sus cánones morales.

La obligación de informar es complementaria respecto a la prestación principal que se enmarca en la relación médico-paciente como relación jurídica de prestación de servicio. Esta *sui generis* relación jurídica pretende dar protagonismo al paciente en la toma de decisiones sobre su persona y el respeto a su dignidad pero no es la relación propiamente dicha, forma parte del grupo de obligaciones que debe realizar el galeno para el cumplimiento de los objetivos de la relación jurídica obligatoria.

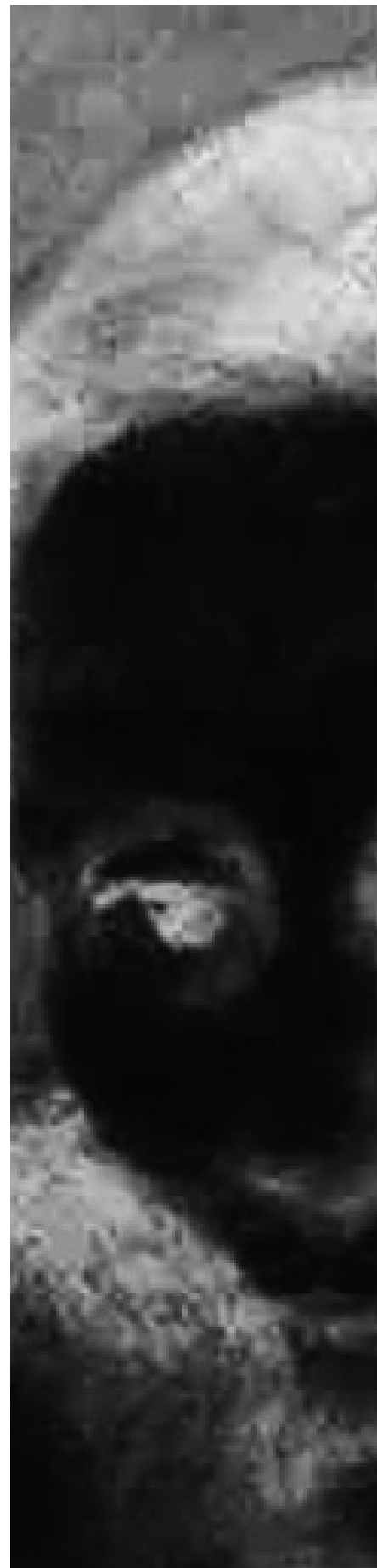
En la obtención del consentimiento informado interviene dos sujetos, uno activo detentador de la situación jurídica de poder, que podrá exigir a otra persona un determinado comportamiento o la imposición de consecuencias propias de la ley²⁶. Este sujeto activo es el paciente que otorga el consentimiento, que consiente con su manifestación de voluntad autónoma y sin vicios, la aplicación sobre él de determinados procedimientos diagnósticos, terapéuticos o quirúrgicos.

Mayor complejidad reviste el caso del sujeto que tiene la capacidad restringida pero que no está privado de conocer y comprender el alcance de su acción.

Apreciamos acertado tomar en cuenta la opinión del paciente que posee estas características, ya que será el depositario de dicho tratamiento y quien posee los derechos inherentes³³ que podrían ser afectados, cuando se infiera que posee un nivel de madurez suficiente para comprender el alcance de su decisión, buscando apoyo en especialistas de psicología o como anteriormente se expuso en un equipo multidisciplinario.

En cualquier caso de limitación pero no supresión de la capacidad, es necesario a nuestro juicio, escuchar sus puntos de vista y valorarlos, aun y cuando no sea determinante su criterio a la hora de otorgarse el consentimiento informado. En este sentido es válido transpolar lo expuesto para los supuestos de menores, en tanto resulte pertinente.

El acto ilícito médico es cuando el profesional contraviene algunos de los elementos de existencia o de validez del acto jurídico, por el cual





se le brinda o brindará atención clínica al paciente, según se haya convenido; esta situación se dará al existir dolo o culpa en la actuación del médico ocasionando algún daño económico, moral o sobre la integridad física.

Conclusiones

El consentimiento informado encuentra su fundamento bioético en la concepción personalista, defendiendo el respeto a la persona y su dignidad, además de establecer una obligación moral de actuar responsablemente cada ser humano consigo mismo y con su prójimo. Igualmente es un acto jurídico que se encuentra insertado en la relación médico-paciente donde el paciente lejos de ser sujeto pasivo es considerado persona capaz de determinar responsablemente aquello que le resulta más beneficioso y viene el galeno obligado a acatar tal decisión, de lo contrario incurre en responsabilidad jurídica. Por lo cual tiene como contenido la información que debe ofrecer el galeno al paciente, la cual detenta un conjunto de requisitos para que el paciente pueda formarse una voluntad libre de vicios. **B**

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- 1 Acosta Sarriego JR (ed.cient.). Bioética desde una perspectiva cubana. La Habana: Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela; 2007. Pp. 403 y s.
- 2 Tallone FC. El consentimiento informado en el derecho médico. (Consultado 17/02/2010) Disponible en: <http://www.pastoralsida.com.ar/recursospastorales/consentimiento.htm>
- 3 Pérez Gallardo LB. y otros. Selección de lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos. La Habana: Editorial Félix Varela; 2000. P. 279.
- 4 Respecto a esta categoría véase *infra* acápite 1.2 La información como contenido del Consentimiento Informado
- 5 Guevara M. La información. s.l: Ciencias Informativas; 1995. p. 25.
- 6 Philosophical Dictionary. Moscow; 1963, p.172
- 7 Vázquez Ferreyra RA. El consentimiento Informado en la práctica médica. Monografía. Bibliografía básica del Máster en Bioética 2014-15.
- 8 Galán Cortés JC. La responsabilidad médica y el consentimiento informado, Rev. Méd. Uruguay 1999; 15:5-12. pp. 6 y s.
- 9 Castellano Arroyo M. El Consentimiento Informado de los Pacientes. En: Polaino - Lorente A. Manual de Bioética General. 3º ed. Madrid: Ediciones Rialp S.A.; 1997
- 10 Vivanco A. negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida otorgada por la jueza de familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009. Rev. de Der. Chile 2009; 36:2.
- 11 León Correa FJ. (ed.). Introducción a la Bioética. Santiago de Chile: diploma en bioética PREC; 2010.
- 12 Beauchamp and Childress, Principles of Biomedical Ethics; 1994. Bibliografía básica del Máster en Bioética 2014-15.

- 13 Por su vinculación a lo tratado en otras partes de esta investigación, véase acápite 2.3 Del rol de la conciencia al momento de otorgar el consentimiento informado y el acápite 3.2 Elementos del consentimiento informado, a) Sujetos.
- 14 Ferrer JJ. Los principios de la bioética. Monografía. Bibliografía básica del Máster en Bioética 2014-15.
- 15 Singer P. Ética Práctica. Barcelona: Ariel; 1979 y Engelhardt Jr. H.T. Los Fundamentos de la Bioética, Barcelona-Buenos Aires: Paidós; 1995.
- 16 Taboada P. La dignidad de la persona como fundamento de la ética. Santiago de Chile: Centro de Bioética, Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile; s/a.
- 17 Spaemann R. Personas: acerca de la distinción entre algo y alguien. Madrid: EUNSA. 2000
- 18 Spaemann R. ¿Hay que seguir siempre la conciencia? Monografía. Bibliografía Básica del Máster en Bioética.
- 19 Código Civil de la República de Cuba, Pub. L. No. 59 (Julio 14, 1987).
- 20 Véase *infra* acápite 3.5 Repercusión del consentimiento informado en la responsabilidad jurídica.
- 21 Ley de Salud Pública, Pub. Ley No. 41 (Agosto 15, 1993).
- 22 “las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos a pacientes se realizan con la aprobación de los mismos, excepto en menores de edad o incapacitados mentales, en los que se requiere la autorización de los padres, tutor o representante legal”.
- 23 Véase: Ley foral sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica. (Aprobada por el Parlamento Navarro el 25 de abril de 2000), Ley gallega reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. España. s/l, s/a, Ley General de Salud. Pub. de México. Pub. Diario Oficial de la Federación (Febrero 7, 1984), Proposición de ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. España. s/l; s/a.
- 24 Nos referimos de este modo ya que en los supuestos de incapacidad no es un derecho que ejercita el paciente mismo sino su representante legal, tal y como se aborda en el acápite 3.2 Elementos del consentimiento informado, a) Sujetos.
- 25 Véase Acápite 1.2.1 Requisitos de la Información.
- 26 Valdés Díaz C del C (Coord.). Derecho Civil. Parte General. La Habana: Editorial Félix Varela; 2006. Pp. 84 y ss.
- 27 Ídem., Pp. 97 y s.
- 28 Ruggiero, R de. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Barcelona: Editorial Reus (S.A.), Preciados 6; 1929. P. 339.
- 29 a) los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo;
b) los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y
c) los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.
- 30 a) los menores de 10 años de edad; y
b) los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.
- 31 Artículos 56, 57, 59, 60 y 65 del Código Civil; artículo 32 del mismo cuerpo legal en relación con los artículos 82-87 y 137 y siguientes del Código de Familia, por solo citar algunos.
- 32 Ley sobre los Derechos de Información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, Pub. Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya. Pub. Ley No. 21 (Diciembre 29, 2000).
- 33 En este caso nos referimos al derecho a la integridad física, la salud y a la vida. Sobre estos y otros, véase Valdés Díaz C del C. (Coord.). Derecho Civil. Parte General. La Habana: Editorial Félix Varela; 2006. Pp. 134 y ss.
- 34 Citado por: Pérez Fuentes GM. Evolución Doctrinal, Legislativa y Jurisprudencial de los Derechos de la Personalidad y el Daño Moral en España. Rev. de Der. Priv., nueva época 2004. May-agosto III (8): 111-146.
- 35 Citado por: Martínez Gómez JA. ¿Qué entender por responsabilidad médica?. En: Bioética desde una perspectiva cubana. La Habana: Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela; 2007. Pp. 752.
- 36 Ídem., Pp. 753.
- 37 El resarcimiento de la responsabilidad civil comprende:
a) La restitución del bien;
b) la reparación del daño material;
c) la indemnización del perjuicio; y
ch) la reparación del daño moral.
- 38 Delito previsto y sancionado en el artículo 146 del Código Penal cubano.
- 39 Delito previsto y sancionado en el artículo 257 del Código Penal cubano.
- 40 Delito previsto y sancionado en el artículo 286 del Código Penal cubano.