

CONSIDERACIONES  
JURÍDICAS RELEVANTES



Mucho se ha discutido acerca de esta materia (en algunos países verbigratia el caso de España, se ha abusado en la discusión y análisis teóricos que, en rigor, carecen de utilidad), de lo mucho que se ha discutido podríamos observar dos tendencias:

a.) **La del derecho legislado** (España, Francia, Italia y México) que lo explica en tanto acto jurídico motivo de la regulación escrita, es decir, la ley y la regulación sanitaria. En esos términos su naturaleza jurídica, objeto, alcances y formalidades deben estar soportados en normativa ad hoc y por tanto, es el legislador el que debe establecer los elementos específicos antes señalados, en tanto, insistimos *acto jurídico*.

Al respecto, escribe Julio César Galán Cortés “El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*, **ajeno a la tradición médica que lo ha desconocido como principio a lo largo de su historia.**”

Es decir, se trata de un conjunto de elementos jurídicos que vinieron a incorporarse a la *lex artis* médica.

Luego entonces, el rubro del consentimiento bajo información ha de ser interpretado a la luz de la teoría del negocio jurídico y si bien habrá de ponderar aspectos de la deontología médica, no es en razón de ésta que debe ser entendido, sino como **un acto jurídico personalísimo del paciente para admitir o rehusar uno o varios actos biomédicos concretos, en su persona, con fines de atención médica.**

Para la familia jurídica a la que pertenece el derecho nacional mexicano, el consentimiento bajo información ha de ser analizado en los siguientes rubros:

- Naturaleza jurídica.
- Titularidad.
- Objeto y alcances.
- Formalidades.
- Vicios.
- Anulabilidad.

b.) **La del derecho común británico** (precedentes jurisprudenciales) (Gran Bretaña, E.E.U.U., etc.) bajo este sistema serán los tribunales los encargados de interpretar el acto jurídico en concreto a la luz de precedentes. Este sistema es ajeno a la familia jurídica a la que pertenece el derecho nacional mexicano.

En los Estados Unidos de Norteamérica son tres las orientaciones interpretativas y esencialmente se refieren a su objeto y alcances (ha de ponderarse que en el sistema americano existen posibilidades que difícilmente podrían ser reconocidas en el derecho mexicano, verbigratia los límites del derecho de objeción de conciencia, la disponibilidad del cuerpo humano, orientación de la libertad procreática, régimen jurídico de la investigación clínica, etc.).

Merced a lo expuesto, los tribunales han sostenido tres criterios –estándares- respecto al contenido de la información otorgada al paciente, bajo el tenor de que si no se otorgare la información necesaria será menester **responder en daños y perjuicios** (los criterios están inmersos en el fenómeno de la medicina defensiva y el concurso de los llamados “perseguidores de ambulancias”):

- Del médico razonable.
- Del paciente razonable.
- Criterio subjetivo del paciente.

- Estándar del médico razonable.

Este criterio estipula que la cantidad de información que debe recibir un paciente determinado es la que un “médico razonable” revelaría en las mismas circunstancias. Es decir, el actor debe probar en juicio, **mediante peritaje**, que la información no es la que administra un médico **razonable** ante un caso similar. Un “médico razonable” es el que actúa en consonancia con la práctica habitual de la comunidad científica a la que pertenece.

Esto ha generado innumerables problemas, en efecto, se originó el inmoral concurso de nuevos “peritos” que a cambio de una remuneración asisten a los tribunales para sostener la versión del paciente y no es infrecuente observar una especie de sociedad económica entre dichos “peritos” y el paciente. Por otra parte, no existe garantía de que algo por el mero hecho de ser aceptado por la comunidad médica, sea necesariamente ética o legalmente aceptable.

- Del paciente razonable.

Según este criterio la información que el médico tiene que revelar al paciente está determinada por lo que un

hipotético “paciente razonable” desearía conocer en las mismas circunstancias en las que se encuentra el paciente. Un “paciente razonable medio” desearía conocer en las mismas circunstancias:

- El procedimiento propuesto.
- Los riesgos comunes.
- Las complicaciones esperables.
- Los procedimientos alternativos.
- Los riesgos hacia el paciente ante el rechazo al tratamiento.

El problema esencial en la aplicación de este criterio es la inseguridad jurídica, originada por los intérpretes de esta información “media” pues se trata de seis jurados “razonables” ajenos a la profesión médica; es decir, se trata de ciudadanos comunes no versados en la interpretación del acto médico. No obstante, dista mucho de resolver todos los problemas, este criterio parece más respetuoso con la autonomía del paciente.

- Criterio subjetivo del paciente.

Este postula que el consentimiento será legalmente válido si el médico otorga: ***La información que desearía conocer el paciente para haber aceptado el acto médico.***

El problema estriba en que el paciente siempre aduce que deseaba obtener información adicional y por tanto, se asegura el éxito procesal para el paciente, en detrimento de la profesión médica.

### **El consentimiento bajo información en el derecho mexicano**

**Definición.**- En el derecho mexicano podríamos definirlo de la siguiente manera:

Es el acto jurídico no solemne, personalísimo, revocable y libre del paciente para admitir o rehusar, por sí o través de su representante legal, uno o varios actos biomédicos concretos, en su persona, con fines de atención médica; estará sujeto a la disponibilidad de derechos personalísimos autorizada por la ley, en términos del orden público, la *lex artis* y la ética médica.

No obligará al médico ni al Estado cuando ello entrañe un riesgo injustificado hacia el paciente, o se trate de la disposición de derechos irrenunciables como la vida y la protección de la salud, ni podrá ser un acto liberatorio de obligaciones de orden público o para la protección de la vida específicamente humana.

El consentimiento bajo información, sólo deberá constar por escrito en los casos en que la ley lo señale expresamente.

Lo expuesto surge de la interpretación sistemática de la legislación nacional y de los principios generales del derecho en nuestro país.

### **Naturaleza jurídica.**

a.-) Se trata de un acto jurídico, por lo tanto, deberá cumplir con los elementos de existencia y validez inherentes al negocio jurídico, so pena de nulidad o invalidez.

En esos términos, para la **existencia** del consentimiento serán necesarios:

- La manifestación de la voluntad (autorización) sobre un acto biomédico en lo particular.
- Un objeto que pueda ser materia del acto biomédico respectivo.

*Para la **validez** del consentimiento se requiere no haber sido manifiesto por error, arrancado por violencia, o sorprendido por dolo.*

Lo anterior se sustenta en el ministerio de la ley, (artículos 1794 a 1823 del Código Civil Federal).

Siguiendo lo expuesto, los artículos 80 al 83 del Reglamento de la Ley General de Salud en “Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica”, establecen:

Art. 80.- En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita deberá recabarse a su ingreso su autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico o terapéuticos los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios para llegar a un diagnóstico o atender el padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.

Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente.

Art. 81.- En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe o, en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización.

Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y en ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico.

Art. 82.- El documento en el que conste la autorización a que se refieren los artículos 80 y 81 de este reglamento, deberá contener:

- I.- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital;
- II.- Nombre, razón o denominación social del hospital;
- III.- Título del documento;
- IV.- Lugar y fecha;
- V.- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización, y
- VI.- Nombre y firma de los testigos, y
- VII.- Procedimiento o tratamiento a aplicar y explicación del mismo.

El documento deberá ser impreso, redactado en forma clara, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras.

Art. 83.- En caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en la condición fisiológica o mental del mismo, el documento a que se refiere el artículo anterior deberá ser suscrito además, por dos testigos idóneos designados por el interesado o por la persona que lo suscriba.

Estas autorizaciones se ajustarán a los modelos que señalen las normas oficiales mexicanas.

Como podrá observarse, los requisitos legales están contenidos en los preceptos anteriores, de donde se sigue que por disposición legal **es lo único exigible**, luego entonces, en la especie no son aplicables doctrinas de derecho extranjero que, además, pueden dar pábulo a la medicina defensiva.

En esos términos, **no es aceptable en la legislación nacional la teoría de la *lesión automática del derecho*** que supone una afectación a la autonomía del paciente ante la inexistencia de consentimiento escrito, pues como podrá observarse al tenor de la legislación nacional sólo se requiere en rubros específicos: hospitalización, anestesia general, cirugía mayor, amputación, mutilación o extirpación orgánica, salpingoclasia, vasectomía, trasplantes, investigación clínica, necropsia hospitalaria, tratamiento de obesidad y procedimientos ***que a juicio del médico*** sean de alto riesgo.

Para entender lo anterior es necesario puntualizar **no se trata de actos solemnes**; en efecto, no es un caso similar al del contrato matrimonial en el cual es necesario comparecer ante la autoridad civil para formalizar el conjunto de obligaciones inherentes a la constitución del *status familiae*; tampoco es un acto análogo al de obtención de la nacionalidad por vía de naturalización, en el cual es menester jurar bandera y respeto a las autoridades y símbolos nacionales.

En ambas hipótesis la ley autoriza a examinar incluso si existen reservas mentales; esto no sucede tratándose del acto biomédico, *el consentimiento bajo información, por escrito, es invariablemente un acto jurídico **ad probationem***; es decir, para demostrar que se autorizó el acto biomédico, nada más.

A mayor abundamiento, en el derecho mexicano, la regla general es que el consentimiento **no requiera formalidad escrita, sino en los casos y condiciones que la ley señale**. Luego entonces, se trata de actos consensuales por antonomasia, es decir, se perfeccionan por el mero consentimiento.

Sobre el particular son tres las doctrinas aceptadas en México, a saber:

- La teoría del consentimiento expreso.
- La teoría del consentimiento presunto.
- La teoría del consentimiento tácito.



La primera de ellas (del consentimiento expreso) informa que es válido el consentimiento expresado *verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología o por signos inequívocos.*

Solamente existe la necesidad de consentimiento escrito en los casos tasados por la ley. De hecho, el propio contrato de atención médica **no requiere formalidad alguna para su perfeccionamiento.**

La segunda (del consentimiento presunto) tiene su fuente en el segundo párrafo del artículo 82 del Reglamento antes señalado y se aplica, **por razón de orden público**, a los casos de urgencia: “*cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico.*”

La tercera (del consentimiento tácito) tiene su fuente en el artículo 324 de la Ley General de Salud, que enuncia a la letra: *habrá consentimiento tácito del donante, cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.*

**Los anteriores criterios han sido corroborados, incluso por la legislación penal** (art. 15 fracción III del Código Penal Federal y 29 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal), **que señala** como causa de exclusión del delito *que se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

- a) Que el bien jurídico sea **disponible**;
- b) Que el titular del bien tenga la **capacidad jurídica** para disponer libremente del mismo; y
- c) *Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente **presumir** que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.*

Los anteriores criterios son confirmados, a la letra por el párrafo 4.2 de la Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico (004):

**Cartas de consentimiento bajo información**, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales **se acepte, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados**, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico o con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios. Estas cartas se sujetarán a los requisitos previstos en las disposiciones sanitarias, serán **revocables** mientras no inicie el procedimiento para el que se hubieren otorgado y *no obligarán al médico a realizar u omitir un procedimiento cuando ello entrañe un riesgo injustificado hacia el paciente.*

En síntesis, el consentimiento bajo información debe ser entendido, como la autorización para un acto médico, y en consecuencia, la asunción por el paciente de los riesgos inherentes reportados en la *lex artis* médica.

Finalmente y por cuanto a este rubro se refiere, es importante señalar que frecuentemente se ha pretendido identificar al consentimiento bajo información con los llamados derechos humanos que en rigor debe ser denominados de humanidad y esto resulta incorrecto, pues el propio Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala a la letra, en su artículo 6º *se entiende que los derechos humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En este aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.*

En esos términos, lo que sería un derecho de humanidad es *el de protección de la salud, en cuanto se refiere a los servicios básicos de salud (art.27 de la Ley General de Salud)*, en tanto que la expresión del consentimiento **es un derecho de naturaleza civil** amparado en el artículo 24 del Código Civil Federal, *en tanto derecho de disposición del propio cuerpo*; tal precepto enuncia:

El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

## **Titularidad.**

En términos del artículo 24 del Código Civil Federal, el facultado para otorgar el consentimiento, lo es el propio paciente mayor de edad, con las siguientes excepciones:

- a.) Estado de incapacidad. Sería otorgado en esta hipótesis por su representante legal (tutor).
- b.) Urgencia médica e incapacidad. Opera la teoría del consentimiento presunto y serán los médicos facultados los encargados de adoptar las decisiones pertinentes hasta resolver la urgencia.
- c.) Medidas de seguridad sanitaria. En términos del artículo 404 de la Ley General de Salud, se pueden ordenar cuarentena, aislamiento, vacunación u observación personal, independientemente de la opinión del paciente.

En el caso de menores de edad, recientemente se han incorporado los siguientes criterios (proyecto de Reglamento general de atención médica de los Estados Unidos Mexicanos):

- Los menores de edad emancipados estarán facultados para otorgar, por sí mismos, la autorización respectiva.
- En los demás casos podrán participar en la toma de decisiones, pero la autorización será otorgada por sus padres, tutor o representante legal.

## **Principio de libertad.**

El consentimiento deberá ser expresado, sin vicios, es decir, sin violencia (física o moral), error o dolo.

## **Licitud en el objeto, motivo y fin.**

Los únicos fines autorizados son proteger la vida y la salud.

## **Forma suficiente.**

La regla general es que sea verbal y en su caso, escrito, cuando las disposiciones generales aplicables así lo señalen.

## Tiempo.

El consentimiento deberá ser expresado previamente al acto médico.

## Consecuencias del incumplimiento.

Si se realizare un acto contrario a la voluntad del paciente, podrá integrarse un delito cuando:

- Se incurra en lesiones (por mutilación, disfunción o se genere riesgo para la vida).

En las demás hipótesis se tratará de una falta administrativa, incluso en el Reglamento en vigor se establece una multa de 200 a 500 veces el salario mínimo (artículo 247).

Debe recordarse el principio general: el consentimiento es solo *ad probationem*, no *ad solemnitatem*.

## Consecuencias de la no obtención del consentimiento

Innegablemente la falta de obtención del consentimiento bajo información podría ser una hipótesis de mala práctica; en esos términos deben puntualizarse las siguientes hipótesis:

- a.) La no obtención de consentimiento alguno sin violencia y por un valor superior. Esto supone contrariar al paciente, sin embargo, sólo podría entenderse legítimo excepcionalmente: por ejemplo, cuando se tratase de no exigibilidad de otra conducta, legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber para proteger la salud o salvar la vida; *pensemos en un paciente afectado de un problema emocional que pretende suicidarse o simplemente dejarse morir, un paciente psiquiátrico, un paciente que rehusa una terapia inaplazable por coacción moral, temor reverencial, ignorancia extrema, seducción de un tercero, etc.*

En estos supuestos la teoría general del derecho sanitario (teoría del consentimiento presunto) autoriza a adoptar las medidas necesarias para proteger la salud y de ninguna suerte los actos realizados en cumplimiento del deber

general de cuidado, pese a no existir la autorización del paciente (verbal o escrita), podrían calificarse de mala práctica.

- b.) La no obtención de consentimiento alguno acompañada de violencia física o moral. En esta hipótesis estaríamos pensando que no existe elemento legitimador alguno, incluso el *ánimus* (intencionalidad) es discutible: *mutillar, realizar investigación clínica irregular, modificación física permanente, simulación y disimulación quirúrgica, obtención de remuneraciones, comercialización inmorale de placebos, engaño, etc.* Aquí estaríamos en presencia de verdaderos delitos sancionados por las leyes penales mexicanas, de acuerdo a la magnitud del daño causado: *riesgo innecesario, mutilación, estafa, lesiones diversas, afectación procreativa, etc.* En esos términos correspondería a las autoridades de procuración de justicia y a los tribunales penales tomar conocimiento de los hechos.
- c.) La no obtención de consentimiento y causación de daños y perjuicios. En esta tercera hipótesis, el afectado **por el simple hecho de no haber podido expresar su consentimiento** podría verse afectado patrimonialmente en daños (cantidad de dinero que perdió) y perjuicios (cantidad de dinero que dejó de ganar). **No debe confundirse esta posibilidad con la causación de daño físico por actos de alejamiento a la *lex artis* (impericia, negligencia o dolo)** pues se trata de un motivo autónomo **por la simple transgresión a la voluntad generadora de daño o perjuicio.** En este rubro correría a cargo del afectado demostrar legalmente que en realidad existió el daño o perjuicio y su monto; para ello deberá demostrar, igualmente, que existió relación de causalidad entre la no obtención del consentimiento y la afectación patrimonial.
- d.) La no obtención de consentimiento y violación de derechos de humanidad. Esta posibilidad se encuentra prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 4º) y se refiere a *impedir que el paciente decida de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos* y se inscribe dentro

del genérico a que se refiere la hipótesis b, pues entrañaría un franco alejamiento del espíritu que inspira la práctica médica, en razón de atentar contra un *derecho de decisión, es decir de libertad, expresamente reconocido en la constitución*.

- e.) La no obtención de consentimiento por escrito. Sin duda, la más frecuente, que no supone, sin embargo, transgresión a la voluntad del paciente; se trata más bien de un problema de documentación, el cual entraña una falta administrativa sancionable (no un delito) prevista en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. El problema de aplicación observado en la práctica es que frecuentemente ante la falta de documentación el personal de salud se ve en estado de debilidad probatoria y podría caer en manos de personas inescrupulosas que adujeren tratarse de la hipótesis a que se refiere el inciso b.