

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL DERECHO MEDICO. ENTE Y DERECHO EN CUBA

Alcides Francisco Antúnez Sánchez

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Universidad de Granma, Cuba

SUMARIO: 1.- CONSIDERACIONES GENERALES, 2.-CRITERIOS CONCEPTUALES SOBRE EL TEMA, 3.- PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES EN ETICA MÉDICA, 4.- POSICION DEL DERECHO MEDICO ANTE EL DERECHO COMPARADO, 5.- MARCO LEGAL DEL DERECHO DE LA SALUD EN CUBA, 6.-CONCLUSIONES, 7.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.-

Palabras clave: *consentimiento, ética médica, medicina legal, derechos de la salud.*

Abstract: In this work is intentional to state the need to instrument inside the health system, the medical procedure around informed consent institution, form medical and no medical personal that perform conducts top patients in all assistand institutions. Will be knowledge about the informed consent and what it is used in medical praxis?. This allows us to formulate an objective: to know what an informed consent is and to identify the irregularities that concur in its and no application. We use as supporting tools in our research, specialists criteria, interview, bibliographical review, juridical dispositions in compared law; we supported our research in the heuristic and axiological methods, allowing us to form a criteria respect to the analyzed juridical criteria respect to the analyzed juridical institution in this research and to arrive and know the cause that generates the problem. It is important to do an analysis inside the social context about the knowing of its conformity for medical and no medical specialists must express him its consent (verbal or written). This guides him to obtain juridical cultura and also a greater and better professional ethics in medical practice inside the social Project in Cuba.

Keywords: *consent, medical ethics, medical law, heal right.*

INTRODUCCION

Dentro de la ética en general hay una manifestación particular que es la ética médica. Esta especialidad de la ética trata de los principios y normas de conducta moral por la que se rigen los trabajadores de la salud. Esta disciplina se relaciona con el error humano, el secreto profesional y la experimentación en los seres humanos. Además de la relación entre los trabajadores de la salud y de éstos con los familiares de los enfermos de lo cual se encarga la

Deontología médica. La moral y la ética constituyen la base material sobre la cual se constituye el carácter socialista de nuestra medicina. Nuestros principios éticos son totalmente opuestos a la ética médica burguesa.

La profesión médica, la relación médico-paciente y el sistema de salud tienen un carácter histórico-concreto. Y de acuerdo con la base económica de la sociedad se desarrollan según la formación socioeconómica. En las sociedades divididas en clases antagónicas la relación médico-paciente se encuentra muy diferenciada, según se dirija a los propietarios de los medios de producción o a los desposeídos.

La posición del médico en la sociedad no es determinada por el médico mismo sino por la sociedad a que sirve. La clase que ejerce el poder material dominante en la sociedad, según manifestó Marx, es al mismo tiempo su poder espiritual. El médico consciente o no, es portador de la ideología dominante y sirve a sus intereses en sus relaciones con el paciente y la sociedad.

El socialismo posibilita la existencia de relaciones armónicas entre los individuos, entre el individuo y la sociedad y entre la sociedad y la naturaleza. La relación entre el médico y el enfermo llega a ser puramente humana una vez desaparecido el problema del dinero. No obstante, debemos cuidarnos de incurrir en una visión idílica de las relaciones médico-paciente en la construcción del socialismo cubano.

Nuestra época adquiere una dimensión muy superior a la de cualquier otra época, sobre todo, en lo concerniente a la ética médica. Puedo afirmar que la relación médico-paciente ha cambiado en éstos últimos 25 años. Recordemos que Esculapio en la antigua Grecia enseñaba el buen trato a los pacientes, y los papiros egipcios y Vedas de la cultura Hindú, establecían claramente los aspectos morales del comportamiento del hombre en su formación como ser social.

La historia de la medicina occidental, desde sus inicios en la época hipocrática hasta la actualidad se encuentra repleta de documentos deontológicos que plantean problemas éticos. Estos exigen del médico, cada vez más una elevada calidad moral, la cual requiere de una adecuada formación ética en los profesionales de la salud. Ello explica que la literatura sobre ética médica y clínica crezca a pasos agigantados en los últimos años.

Existen tres factores poderosos para reconocer estos cambios. El primer factor que desencadena múltiples problemas y conflictos éticos es el progreso de la biotecnología, un segundo factor está basado en el principio de que la enfermedad no sólo altera el equilibrio somático o corporal del hombre, sino también el psíquico y moral y uno tercero, propio de los países capitalistas, que tiene que ver con el acceso igualitario de todos a los servicios médicos y la distribución equitativa de unos recursos económicos limitados y escasos. Estos tres factores pueden converger y agravar el conflicto ético.

Aristóteles afirmaba que el dolor transforma de tal modo la capacidad de juicio del ser humano que le impide “tomar decisiones” prudentes. Basado en esto y

atravesando el umbral del tiempo se dice que la virtud primaria y casi única del enfermo ha de ser la “obediencia”.

¿Como era, entonces, la relación médico-paciente? Era por naturaleza asimétrica, vertical, ya que la función del médico consistía en mandar y la del enfermo en obedecer. El enfermo se convertía en un ser pasivo, que no protestaba ni preguntaba, estableciendo con su médico unas relaciones muy parecidas a las de un niño con su padre. Esta actitud médica clásica es lo que hasta nuestros tiempos se le ha denominado “paternalismo”. El médico asumía el papel de padre autoritario buscando en el paciente el bien pero sin contar con su voluntad.

Es precisamente el objetivo de esta investigación bibliográfica conocer y analizar uno de los aspectos más agudos y controvertibles dentro de la ética médica:

El consentimiento informado: El consentimiento informado constituye un documento que establece un acuerdo entre el médico y el enfermo. A su vez, la información que recibe el paciente y sus familiares es su principal divisa. Se hace necesario evaluar el nivel de competencia para la decisión del paciente. Entre el médico y el enfermo se establece una relación que obedece a principios eminentemente filosóficos.

Por parte del enfermo surge la autonomía como elemento capaz de proyectar su decisión para aceptar la proposición del médico ante una investigación peligrosa pues es necesaria para el diagnóstico y el propio tratamiento ya sea medicamentos o quirúrgico.

Por parte del médico se valora la beneficencia dada por la acción de hacer el bien, que no es otra cosa que cumplir con el deber de eliminar el problema y el sufrimiento producido por una enfermedad.

Cuba defendemos los principios del marxismo aplicándolos a las bases filosóficas sobre las cuales descansa el consentimiento informado. En plena correlación con la Constitución de la República de Cuba y de la actual Ley de la Salud Pública y las normas administrativas establecidas por parte del Sistema Nacional de la Salud a través de su Ministerio de Salud Pública, como organismo de la Administración Central del Estado Cubano.

Comenzaremos exponiendo algunas conceptualizaciones referente al tema que tratamos, que son:

SALUD: Estado de que no tiene ninguna enfermedad. Estado normal de las funciones orgánicas e intelectuales.

MEDICO: Relativo a la medicina: la ciencia médica. Del latín *medicus*, persona legalmente autorizada para ejercer la medicina. El que asiste especialmente y de continuo al enfermo (de cabecera). Aquel a quien el médico de cabecera y la familia del enfermo llama para evacuar consulta en los casos graves o complicados (consultor). Forense (forense).

DERECHO MÉDICO: La relación jurídica médico-paciente, tiene un origen fundamentalmente civilista, inmersa en el campo de las obligaciones civiles, y a nivel internacional, no cabe la menor duda, que la discusión de este tema se inicia y termina en el campo de las obligaciones civiles, no solamente las de orden contractual, sino también, de manera especial, las de orden extracontractual. Entonces, el Derecho Médico debe ir más allá de la limitante del ortodoxo Derecho Penal. La culpa médica es enfocada internacionalmente de una manera especial; y las consecuencias jurídicas, civiles o penales, derivadas de la relación médico - paciente, también necesitan de un ordenamiento especial. Pero más allá de la circunscrita relación médico - paciente, existen ilimitadas variantes que deben ser analizadas profundamente. Ello se hace, inicialmente, a través de la óptica de los valores de la ética y la deontología, y modernamente, desde los principios fundamentales de la bioética, que nos enseña y nos invita al rescate de los valores humanos fundamentales en esta relación médico - paciente, afianza el consagramiento de los valores y derecho humanos, y establece un punto de partida hacia la confección de una norma jurídica más razonable y contemporánea con la naturaleza humana, en todo su contexto, y en la interpretación del aceptado modelo horizontal de la relación médico - paciente en sustitución del ya rechazado modelo vertical, paternalista, proteccionista y eximente de responsabilidades.

Es el conjunto de normas de distinto origen y rango que se ocupan de la profesión médica y de su ejercicio desde una perspectiva jurídica. Entre otros asuntos, deben resaltarse: el contrato de prestación de servicios médicos, derechos y deberes de las partes, diligencia profesional como pauta de conducta, obligaciones de medio y obligaciones de resultado en el ejercicio de la profesión médica; la responsabilidad civil del médico, responsabilidad civil en equipo, causas que agravan o reducen la responsabilidad; indemnizaciones; seguros; relaciones del médico con los colegios profesionales; necesidad de colegiación, publicidad, intrusismo; médicos de empresa; médicos forenses; médicos integrados en un sistema público nacional de sanidad.

Debe entenderse por Derecho Médico, (en inglés Medical Law, en francés Droit Medical), la parte de la Medicina legal que trata de la normación jurídica del ejercicio profesional de la medicina. Es término utilizado en ocasiones para sustituir al de Medicina Legal, cuando en versas no pasa de ser una parte de esta disciplina, como también lo son la Medicina Forense o la Deontología Médica. Pudiera admitirse como designación sinónima de la Jurisprudencia Médica, también utilizada a veces con sentido más lato, como Medicina Legal. El uso de estos términos con acepciones no bien precisadas lleva a la confusión semántica, que si para algunos no es trascendente, no deja de requerir esta breve aclaración.

La actuación médica aislada, cualquiera que sea su naturaleza, tipo, clase o forma, constituye un acto médico, que puede ser correcto o lícito si se practica conforme a las disposiciones legales u oficios vigentes, e incorrecto o ilícito si no las cumple. En la práctica, el acto médico cobra extraordinaria importancia

en determinados casos de que puede conocer el derecho médico por haberse vulnerado preceptos o disposiciones de las bases legales (leyes, decretos, resoluciones, etc.). El acto médico puede ser también motivo de análisis fuera del derecho médico, como cuando se analizan infracciones de la ética médica, determinadas indisciplinas o la comisión de delito recogido en el Código correspondiente.

Las fuentes del Derecho Médico en nuestro país están en constante perfeccionamiento y desarrollo en la medida que se han estado produciendo cambios en las relaciones sociales derivados de la prestación de los servicios de salud a la población, aunque los mismos siempre quedan en cierta medida rezagados en relación con el acelerado desarrollo científico técnico alcanzado en la medicina, que conduce a una mayor complejidad de las situaciones jurídicas derivadas de dichas relaciones, las cuales demandan el establecimiento de nuevas disposiciones jurídicas.

Fuentes del Derecho Médico en Cuba:

- a) La Constitución de la República como Ley Fundamental, la cual en su artículo 50 recoge el derecho de todos los ciudadanos a que se le atienda y proteja su salud, así como la obligación que tiene el Estado de materializar ese derecho mediante las garantías constitucionales que se señalan al efecto.
- b) La Ley No. 41 “Ley de Salud Pública”, de 13 de julio de 1983 como norma jurídica fundamental en materia de salud.
- c) El Decreto No. 139 “Reglamento de la Ley de Salud” de 4 de febrero de 1988.
- d) Las resoluciones y demás disposiciones complementarias dictadas por el MINSAP con el objetivo de dar un mejor cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Salud.
- e) Las disposiciones derivadas de acuerdos tomados en los tratados y convenios internacionales.

Otra característica importante es lo relacionado con la dispersión legislativa en esta materia. Aspectos objeto de estudio del Derecho Médico se encuentran regulados indistintamente en disposiciones jurídicas de diferentes rangos en el orden del Derecho Penal, del Civil, del Derecho Internacional y del Administrativo; sin embargo existen situaciones propias de esta materia que no tienen una adecuada o completa regulación.

Si nos remontamos a las primeras décadas del siglo XIX no podríamos hablar de muchos de los problemas fundamentales que el Derecho Médico debe conocer y que resultan altamente polémicos en la actualidad, como son los aspectos legales relacionados con la fecundación in vitro, la inseminación artificial, el diagnóstico de la muerte encefálica, las decisiones médicas en casos terminales, la donación y trasplantes de órganos o los aspectos jurídicos del estado vegetativo, entre otros. Recientes congresos y encuentros científicos internacionales de distintas categorías demuestran lo anteriormente expuesto.

Por otra parte, otros temas necesitan de un exhaustivo análisis: procreación, fertilización artificial, maternidad compartida, genoma humano; confidencialidad médica; los derechos del paciente (tanto para aceptar como para rechazar tratamiento); la historia clínica y su actualización codificada y encriptada en la informática, la telemedicina, la cybermedicina; las órdenes de avanzada (no me resucites: Do Not Resuscitate); el consentimiento en el acto médico y sus consecuencias jurídicas; la experimentación clínica en humanos; los grupos minoritarios; eutanasia, derecho a morir con dignidad; aborto terapéutico (por causas maternas o fetales), wrongful birth y wrongful life; derecho de consumidores, legislación y responsabilidad sanitaria; el arbitraje médico como alternativa extrajudicial; aspectos médico-legales en las pericias (peritajes) por reponsabilidad médica; transplantes y donaciones; medicina forense; medicina alternativa; salud y política sanitaria, y muchísimos más.

Es por ello que, en el año 1.995, se logró un concepto, inédito hasta entonces en Venezuela, Latinoamérica y muchos países del mundo, según el cual se define el **Derecho Médico** como:

"Es el conjunto de normas jurídicas, y preceptos ético-morales, de carácter Público y Privado, que regulan la actividad del médico con motivo de su profesión, la relación jurídica médico-paciente y las consecuencias derivadas de la misma; estableciendo así los principios generales de la responsabilidad legal médica" (Rafael Aguiar Guevara; Derecho Médico en Venezuela, Livrosca, 1.996, Caracas.

Actualmente ya encontramos otra definición del **Derecho Médico**:

"Es la rama del Derecho que trata de la relación y aplicación de las leyes comunes y estatutarias a los principios de la higiene, ciencias de la salud y administración públicas" (A. Tulio, Diccionario Médico Legal. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 1.999)

Así las cosas, entendemos que el Derecho Médico escapa al limitante concepto penal de una acción retaliativa que persigue una sanción penal en contra de un profesional de la medicina. El Derecho Médico discute, desde hace 29 años de su establecimiento a nivel mundial, todos los derechos del paciente, las políticas sanitarias y de salud públicas, el comportamiento subjetivo de todos los profesionales involucrados en el área de la salud, las bases fundamentales para el desarrollo de la tecnología y ciencias aplicadas dentro de un ordenamiento jurídico necesario, las consecuencias jurídicas y limitantes en la investigación en seres humanos y el desarrollo de nuevos procedimientos, enfrenta el reto jurídico de la biogenética, y un amplísimo campo que escapa al objeto fundamental de esta presentación.

MEDICINA FORENSE: Especialidad que engloba toda actividad médica relacionada con el poder judicial. La medicina forense se encarga de la investigación penal en sus aspectos médicos, de la valoración legal de los lesionados físicos y de los enfermos mentales e incapaces, y del asesoramiento a jueces, tribunales y fiscales en cuestiones médicas.

En la investigación penal la actuación del médico forense es esencial. Acude junto con el juez cuando se procede al levantamiento del cadáver tras muerte sospechosa o violenta, examina y recoge signos externos del lugar de los hechos, determina la hora probable de muerte, y realiza a continuación la autopsia al cadáver: examina de forma macroscópica sus tres cavidades (craneal, torácica y abdominal) y toma muestras para su envío a centros especializados en toxicología y medicina legal. En éstos se procede al análisis químico, bioquímico y microscópico de estas muestras para determinar con la máxima precisión las causas de la muerte o circunstancias que rodean los hechos.

En las agresiones sexuales el forense explora a la víctima, acompañado y asesorado en ocasiones por un ginecólogo, toma muestras de restos dejados por el agresor, examina las ropas de la víctima, y elabora el informe decisivo para las actuaciones penales.

Cuando se denuncian lesiones, bien derivadas de accidente (por lo general de tráfico) o bien de agresión, el forense recopila toda la documentación posible sobre las diferentes asistencias médicas al lesionado, reconoce a éste cada cierto tiempo y, al final elabora un informe definitivo sobre las lesiones fruto de actuación legal, su causa probable, su tiempo de curación y tiempo sin poder desarrollar el trabajo habitual, y sus secuelas definitivas.

Para todos los procedimientos legales relacionados con enfermedades mentales (como la declaración de incapaces en oligofrenias y demencias y el internamiento de enfermos psiquiátricos por orden judicial) la exploración del enfermo por el forense y su diagnóstico y pronóstico son imprescindibles.

Por último, en cualquier procedimiento legal relacionado con la medicina (denuncias por imprudencia médica, demandas por negligencia, incapacidades laborales, problemas de higiene y salud pública, denuncias por torturas) el forense asesora como médico a jueces y fiscales, en ocasiones requiere la opinión de expertos en especialidades médicas (incluso a veces recurriendo a las sociedades científicas) y su criterio suele ser inestimable para los especialistas jurídicos.

En España y otros países los médicos forenses son funcionarios que pertenecen al ministerio de Justicia, por lo que deben haber aprobado una oposición o prueba de ingreso y después haber superado un periodo de formación. En la policía trabajan especialistas médicos que intervienen en la investigación criminal, y cuando el poder judicial requiere de opinión o asesoría médica selecciona a profesionales del mundo sanitario para cada caso concreto.

DERECHO DE LA SALUD: Es el cuerpo de reglas que se proponen con el objeto de proteger, restaurar la salud en caso de alguna enfermedad. En Cuba se define que el Derecho es un concepto o categoría que abarca mucho más que la terminología Derecho Médico.

En Cuba la asistencia médica es gratuita y amparada por la Constitución y como disposiciones legales complementarias están la Ley de Salud Pública y

su Reglamento, el Reglamento General de Hospitales, la Ley de Protección e Higiene del Trabajo.

Para prestar dicha asistencia existe un sistema único de salud que cuenta con unidades asistenciales tales como: Consultorios de los Médicos de Familia, Policlínicos, Hospitales, Centros de Higiene y Epidemiología, Institutos de Investigación y otros centros; todos los cuales realizan acciones de salud que pueden ser preventivos, curativos, de rehabilitación o complementaria a estas.

Como ejemplo de lo aquí citado podemos exponer:

1. Las políticas sanitarias que dicta el País o a nivel Internacional por la Organización Mundial de la Salud.
2. Los procederes médicos.

Es bueno hacer cita histórica que desde tiempos remotos se prestaba atención por los Gobiernos y las Instituciones Religiosas a los más necesitados.

Existen evidencias históricas de la colocación de señales como carteles, banderas en las casas donde se presentara la infección de la Peste, enfermedad que cobró muchas vidas en esa época. Cosa que con el gran avance tecnológico e industrial, comienzan a dictarse leyes protectoras de la Salud en el orden humano, aparejado a esto la ciencia médica se desarrolla, pero con esto en los momentos actuales vemos al resurgir de enfermedades que prácticamente en el mundo estaban eliminadas y otras nuevas, que los gobiernos aún no han podido poner coto, lo que podrá traer consigo que en los países subdesarrollados la desaparición de grandes poblaciones. Denominándolas enfermedades emergentes y remergentes.

En nuestra Constitución Cubana se señala a la salud como un derecho garantizado a la totalidad de las personas en nuestro territorio nacional. Esto se corrobora en la Ley de la Salud Pública en su Por Cuanto 2do.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Data del 10 de diciembre de 1948, en la Resolución no. 217 A (III), Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. Donde se cita en su artículo número 25:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdidas de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

BIOÉTICA: Bioética o Ética médica, principios o normas de conducta humana en el campo de la medicina. Se pensó durante una época que las cuestiones sobre la ética médica debían ser respondidas sólo por los profesionales de esta

materia. Podían formularse preguntas, por ejemplo, sobre si alguna vez sería correcto violar el estricto código de confidencialidad que se mantenía, y todavía persiste, entre el médico y su paciente. ¿Debe ser informada la familia de un paciente si padeciera una enfermedad incurable o transmisible, y no fuera a decirselo con franqueza? Estos problemas aún se presentan, e incluso se han agudizado por el ascenso de la privacidad. Es todavía cierto que si un médico actúa de un modo escandaloso o reprochable, en el orden moral o profesional puede dejar de ejercer la profesión. Pero a finales del siglo XX, las cuestiones éticas han ampliado mucho su ámbito tanto en el campo de la investigación médica como en su práctica. Además, en general la gente está más preparada e informada que antes y, a través de organismos legislativos o comités éticos, dispone del poder necesario para participar en la toma de decisiones éticas o morales. La profesión médica ya no puede confiar por entero en su propia conciencia, porque las cuestiones a las que sus miembros deben responder ya no están relacionadas simplemente por la clásica relación médico-paciente.

Se cuenta que en la historia de la medicina aparecen innumerables códigos éticos para los médicos y ninguno para los pacientes. Los códigos éticos para los enfermos aparecieron hace escasamente 20 años. A principios de 1970 comienza a interpretarse y definirse la importancia de la relación médico-paciente.

Los propios enfermos comenzaron la reivindicación de este tipo de trato, exigiendo que se les respetase un conjunto de derechos. En esta relación el profesional tiene la información técnica y el paciente adulto la capacidad de consentir o decidir.

Ninguno de los dos puede hacer nada sin el otro. Ambos son necesarios y todo acto médico consiste en un proceso de negociación o entendimiento entre las dos partes. Igual sucede en los demás aspectos de la vida humana, en las relaciones de pareja, en la familia, en la vida social, política, laboral y otras. De manera, que estas relaciones verticales u obligatorias pasaron a ser horizontales o participativas.

La medicina no puede ser la excepción y las relaciones ganan en madurez y en complejidad y más conflictivas. Se desprende de todo esto que el equilibrio humano es siempre inestable y precisa de un continuo proceso de arreglo y mejoría.

Para llevar a cabo este proceso se hizo necesario crear una nueva disciplina conocida como bioética. La bioética sale a la luz en el año 1970 de manos de Potter cuyos objetos de estudio lo constituyeron los problemas éticos. Estos problemas surgen de las ciencias de la salud o medicina .

La bioética se conoce como la parte de la ética que intenta poner a punto métodos de análisis y procedimientos de resolución de los problemas éticos planteados por las ciencias médicas. Sin embargo, el propio Potter la define como el estudio de la moralidad de los comportamientos humanos en el campo de las ciencias de la vida.

Los requisitos que deben cumplirse en esta disciplina son los siguientes:

1^{er} requisito: La bioética médica ha de ser una ética civil o secular, no directamente religiosa. Ha de ser, además, una ética pluralista.

2^{do} requisito: Debe aceptar la diversidad de enfoques y posturas e intente conjugarlos en una unidad superior.

3^{er} requisito: La bioética actual ha de ser autónoma. Heterónomos son los sistemas morales en los que las normas le son impuestas al individuo desde fuera, en tanto que autónomos son los sistemas que parten del carácter autolegisador del ser humano.

De todo esto se desprende que la ética médica tiene que ser racional.

Finalmente, la moderna ética médica aspira a ser universal y por tanto, a ir más allá de los puros convencionalismos morales. Todos los sistemas bioéticos cumplen con estas heterónomas que pueden ser del tipo naturalista donde el criterio de bondad lo constituye el orden de la naturaleza.

En la ética del tipo sociológica el criterio de moralidad se basa en las normas y convenciones propias de cada sociedad. En la del tipo teológica, los criterios sólo se encuentran en los libros revelados. La ética autónoma considera que el criterio de moralidad es el propio ser humano, constituyendo la conciencia y la voz de la conciencia.

Con respecto a lo racional, este no es sinónimo de racionalista. En la cultura occidental perduró durante mucho tiempo la interpretación de la racionalidad pero hoy resulta por completo inaceptable. La tesis del racionalismo plantea que la razón puede conocer a priori el todo de la realidad y que, por tanto, es posible construir un sistema de principios éticos para deducir todas las consecuencias posibles.

La racionalidad humana tiene siempre un carácter abierto con un momento a priori o principalista y otro a posteriori o consecuencialista. La razón ética debe desarrollarse siempre a este doble nivel por no constituir una excepción a esta regla. Nacida para resolver situaciones particulares y, por tanto, con vocación de convertirse en un procedimiento de toma de decisiones.

Este procedimiento consta de varios pasos y a partir de ellos se elabora un método analítico para cuestiones éticas en la práctica clínica.

PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES EN ETICA MÉDICA.-

1.- Sistema de Referencia Moral.- Premisa Ontológica à El hombre es persona, tiene dignidad y no precio.

Premisa Ética a Todos los hombres son iguales y merecen igual consideración y respeto.

2.- Momento Deontológico del Juicio Moral.- Nivel 1: No-maleficencia y Justicia.

Nivel 2: Autonomía y Beneficencia.

3.- Momento Teológico del Juicio Moral.- Evaluación de las consecuencias objetivas o de nivel 1.

Evaluación de las consecuencias subjetivas o de nivel 2.

4.- Juicio Moral.- Contraste del caso con la “regla”, como se encuentra expresada en el punto 2.

Evaluación de las consecuencias del acto, para determinar si es necesario hacer una “excepción a la regla”, de acuerdo con el punto 3.

Contraste de la decisión tomada con el sistema de referencia en el punto 1.

Toma de Decisión Final.

Para ello aconsejamos utilizar la historia clínica por problemas, recogida en la Ley de la Salud de Cuba. Primero se realiza el estudio clínico del caso y luego el problema ético.

Por ejemplo, para un trasplante cardiaco se precisa la muerte clínica y cerebral y después se decide la toma de los órganos. Recordamos que en toda historia clínica se identifican no sólo los problemas biológicos, sino también los éticos.

El principio ético que hace presente el enfermo en la relación es el de autonomía, y el del médico es el de beneficencia. Lo que ambos quieren es llegar a un acuerdo privado, en el que converjan la autonomía del paciente con la beneficencia técnica del médico. El modo de lograrlo es mediante la puesta en práctica del consentimiento informado. Si el paciente no es competente para decidir entonces deberán hacerlo en su lugar sus familiares y en último caso el juez. A continuación presento el modelo de evaluación de competencia propuesto por Gracia en 1991. El médico nunca debe tomar la decisión, salvo en los casos de extrema urgencia. Debemos recordar que la libertad de la relación médico-paciente es de gran importancia sobre todo legal por la perspectiva jurídica que encierra, recogido en las normativas jurídico administrativas del propio Ministerio de Salud Pública para el ejercicio de la profesión..

Continuamos analizando la situación y comprendemos que el paciente acude al médico con entera libertad, acepta la relación y sus consecuencias cuya prolongación es el consentimiento y aceptación de la prescripción del médico. Ahora bien, si todo acto de consentir implica estar previamente informado esto nos lleva de la mano a plantear que información y consentimiento viajan estrechamente unidos, no pudiendo separarse jamás.

El código de Deontología Médica expresa lo siguiente:

“El médico deberá informar a su paciente de las razones y de los efectos esperados de las medidas diagnósticas y terapéuticas, a no ser que renuncie a ello. Dará esta información de modo que no resulte perjudicial para el enfermo. Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo importante, el médico, además de proporcionar la información suficiente, se preocupará de obtener por escrito el consentimiento informado y libre del paciente”.

“En principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de la responsabilidad, del pronóstico más probable (...) (6). El médico juzgará si en alguna ocasión, puede ser legítimo no comunicar inmediatamente al enfermo un pronóstico grave o fatal”.

En el folleto “Principios de la ética médica” en el tópico titulado: En relación con el paciente y sus familiares aparece el siguiente párrafo:

“Obtener, antes de aplicar cualquier medida diagnóstica o terapéutica, que pueda significar un alto riesgo para el paciente, su consentimiento o el de sus familiares, excepto en los casos de fuerza mayor”.

Se ha constituido que para el médico la verdadera gravedad de una enfermedad y su pronóstico, continuarán siendo los elementos determinantes, mientras que el paciente estará marcado por el contexto sociocultural y una historia personal y familiar inalienable.

Tanto a nivel sociológico como cognoscitivo el paciente está en una evidente posición de inferioridad. El paternalismo médico que predomina en las sociedades occidentales ha mantenido durante demasiado tiempo al paciente en una relación dominado-dominante y reprimido. Hace años se acusa “al imperialismo médico en el terreno del derecho” como principal culpable.

Desde hace tiempo la problemática de lo oportuno del acto médico está sobreentendida por dos razones claves. La primera, es la libertad de decisión del individuo, designada por los juristas como el derecho a la autodeterminación y la segunda, corresponde al compromiso moral y profesional del médico de tratar de llegar a la curación deseada.

A su vez cada orden jurídica se afana por dar supremacía a uno de los pesos de esta balanza sobre la cual descansan dos concepciones diferentes:

De un lado, **la autodeterminación** que sitúa en la cumbre de la jerarquía de valores el derecho constitucional de cada individuo de decidir libremente el destino de su propio cuerpo.

Del otro lado, **el paternalismo** que se apoya en lo intangible y lo indisponible del cuerpo humano concebido como un valor en sí, una especie de bien social que debe preservarse aun contra la voluntad manifiesta de las personas.

Podemos decir que las diferencias aproximadas tienen repercusiones en lo referente al consentimiento aclarado.

Por ejemplo, en los EE.UU. hay interés en la naturaleza y la amplitud de la información que el médico debe transmitir al paciente, determinando la terapia y teniendo en cuenta los más mínimos detalles científicos. Porque no se realiza este actuar en la medicina cubana. Por parte de quienes ejercen esta profesión.

En Francia, existe más sensibilidad a la cuestión de saber si el consentimiento fue formulado libremente y por una persona “dotada de discernimiento”. Lo que hace prácticamente tomar más cautela en el momento de asegurar el “carácter

razonable” de la decisión del paciente. El derecho francés plantea la hipótesis de que una persona disponiendo de todas sus facultades actuará en conformidad con sus intereses.

En la cumbre de la jerarquía de valores, el interés científico no debe suplantar el interés terapéutico y la conciencia del enfermo. Por lo tanto, se necesita mantener un equilibrio entre los médicos, influenciados por su cultura paternalista europea, y los enfermos, que se defienden en el terreno jurídico a posteriori o quizás demasiado tarde .

A finales de 1970 se funda la escuela del principialismo cuyas raíces filosóficas se encuentran en la voluntad autónoma de Kant. Además del consecuencialismo de Bentham y el liberalismo de Mill, que fueron objetos de numerosas críticas y modificaciones.

Esta escuela bioética es la primera y más duradera que ha influido en la cultura de América Latina. Se consolidó sobre los tres pilares siguientes:

1.-El enunciado de cuatros principios básicos:

Autonomía, beneficencia, no - maleficencia y justicia.

2.-La ausencia de máximas más fundamentales que estos principios.

3.-La necesidad de compatibilizar estos cuatro principios entre sí, y de jerarquizarlos cuando no son compatibles.

Los principios, más que fundamentar una ética, sirven de guía para asegurar que se está procediendo en conocimientos de ciertos valores fundamentales.

Más tarde, Clouser y Davis dan a conocer que los principialistas reconocen las limitaciones teóricas de los principios utilizándolos para originar debates, orientar decisiones y confeccionar programas de estudios bioéticos. Engelhardt propone reducir los principios a dos, autonomía y beneficencia o no-maleficencia y justicia. Sin embargo, Pellegrino y Thomasma, en 1978 publican un artículo confirmando el espíritu hipocrático con énfasis en la beneficencia del paciente .El método de ética clínica de Thomasma para evaluar hechos y valores , plantea lo siguiente:

a) Describir los hechos médicos del caso.

b) Describir los valores (metas, intereses) de todas las partes involucradas en el caso: pacientes, personal, hospital.

c) Indicar cual es el principal conflicto de valores.

d) Determinar las medidas que podrían proteger el mayor número de valores en el caso.

e) Escoger una forma de actuar.

f) Defender la decisión tomada.

Un objetivo importante para autores intelectuales como Richardson y Brody a parte de lograr la compatibilidad de los cuatros principios sin que fueran afectados durante el desarrollo de la reflexión y la decisión bioética fue

introducir la estrategia de la especificación, según el artículo inédito del profesor Kottow de la Universidad de Chile. En su artículo “El pasaje transcultural del principalismo ético” publicado por el Centro interdisciplinario de Bioética en 1995, se da a conocer esta estrategia y recomienda enriquecer la narrativa de los casos bioéticos y lograr que los principios se ordenen de acuerdo al conocimiento de circunstancias y contextos relevantes. Recientemente apareció una moderna proposición para subdividir los principios en dos de corte consecuencialista (beneficencia y no-maleficencia) y dos no consecuencialistas (autonomía y justicia). Los principios no consecuencialistas poseen jerarquía sobre los consecuencialistas.

Autonomía y justicia son obligaciones perfectas que siempre deben ser cumplidas. Beneficencia y no-maleficencia son anulados cuando la autonomía y la justicia se encuentran en igualdad de condiciones.

Las obligaciones perfectas no son absolutas y pueden ser contravenidas por otros principios no consecuencialistas como el cumplimiento de promesas y la aceptación de exigencias comunitarias que tienen la fuerza moral suficiente para exceptuar la obligatoriedad perfecta de autonomía y justicia.

Existen propuestas modificadoras del principalismo anglosajón frente a otras culturas, entre ellas tenemos las variaciones en el número de los principios, la proposición de diversos ordenamientos jerárquicos y las variables estratégicas que buscan la armónica compatibilidad de los principios.

El principio de autonomía puede ser reemplazado por una norma general de “respeto por la persona”, cuya amplitud permite incluir la veracidad, la fidelidad a las promesas y la prohibición de matar.

Raanan Guillon, filósofo británico, reconoce que la autonomía es una subclase de libertad, pero a su vez no toda libertad es autonomía. Refiere además que el concepto de autonomía incorpora el ejercicio del que Aristóteles llamara atributo específico del hombre, racionalidad. Incorpora también a su famosa obra filosófica los tres tipos de autonomía. En muchas ocasiones la autonomía se encuentra subdividida en autonomía de acción, autonomía de intensión y autonomía de pensamiento.

Los pueblos latinoamericanos aceptaron al principalismo anglosajón con diversos grados de entusiasmo, cuyo extremo negativo ha sido hacer caso omiso de su exigencia. En las sociedades con marcados desniveles sociales y educacionales el principio de autonomía es considerado poco real y no se concede, no se fomenta y no se reclama por parte del paciente. Entre la capacidad de decisión del paciente y la del médico hay una gran asimetría por lo que no es posible la autonomía en las relaciones clínicas.

Es importante reconocer que las culturas latinas mantienen un respeto por la tradición y la religiosidad ya que su propia autonomía no admite el carácter primordial del pensamiento anglosajón.

La beneficencia es aceptada por la perspectiva latina a pesar de las limitaciones impuestas a la autonomía. El respeto por la vida y las obligaciones

terapéuticas irrenunciables del médico son principios generales bajo cuya convicción decide el médico e incluso impone al paciente.

Para la no-maleficencia estos mismos principios deben ser considerados benéficos en independencia de las circunstancias y deseos del paciente. La justicia no logra instalarse en el contexto bioético latino. De ahí, que el concepto de justicia se encuentre política y socialmente enredado. Los países latinos tienen por lo general una política arriesgada. Su evolución social es poco flexible y escasamente desarrollan esquemas distributivos que sean capaces de obedecer a un concepto ético fundamental.

Gracia publica en 1993 un listado diferente a los cuatro principios como son : El valor fundamental de la vida, la integridad terapéutica, la libertad y responsabilidad y la sociabilidad (solidaridad) y subsidiaria.

El valor de la autonomía, en la cultura latina, está basado en la confianza de la relación médico - paciente. La bioética española contribuye con su aporte a la perspectiva mediterránea en cuanto a la amistad entre el médico y su paciente. Los cuatro principios anglosajones se aceptan más bien teórico que cultural. La no-maleficencia y la justicia son prioritarios, seguidos por la beneficencia y la autonomía con igual rango entre sí y subalternos a los dos primeros.

Un carácter adicional de clasificación de los principios anglosajones es que beneficencia y autonomía son considerados deberes individuales en tanto justicia y no maleficencia son sociales, lo individual siendo subalterno de lo común. De acuerdo al análisis latino de los principios se plantea, por parte de Kottow, la necesidad de enriquecerlos. Además, estos no son formales o reglamentados, sino materiales y deontológicos, obteniendo un carácter relativo y no absoluto.

Entre los pueblos latinoamericanos surgen preferencias, con una base cultural y moral que se diferencia de los anglosajones. Para los latinos las preferencias son las virtudes y excelencias; lo bueno/malo; deontología y para los anglosajones los principios; lo correcto/incorrecto ; teleología.

La bioética latinoamericana / caribeña se propone actualmente llevar a cabo dos tareas prospectivas, una filosófica y otra sociológica. La tarea filosófica consiste en depurar conceptos, analizar categorías con características antropológicas como la libertad, requerimientos científicos-técnicos como la integridad terapéutica.

También esta tarea abarca la reflexión acerca del valor fundamental de la vida como principio bioético y el respeto por todos los seres humanos como principio formal y absoluto.

Como tarea filosófica adicional establecer el compromiso con los principios racional y católico insertados en las culturas nacionales, fieles y que no discrepan con el sentimiento religioso y mantienen las tradiciones nacional y cultural. La tarea sociológica consiste en registrar los intentos de la bioética por adecuar sus estatutos a las necesidades sentidas por la comunidad. Todo esto

obedece al clima desatado en América Latina como el pluralismo político y el multiculturalismo filosófico.

El grado de veracidad del médico con su paciente depende del transculturalismo. Los pueblos anglosajones tienen menos interés en conocer la verdad acerca de su condición médica, que lo revelado por otras culturas. Ellos afirman que el 80 % de la población considera importante sea veraz con el paciente. La población mediterránea valora la veracidad médica en cerca del 50 %.

La bioética latina requiere investigación sociológica en el terreno y reflexión filosófica en la academia. Necesita voz propia, desarrollarla y situarse a la altura del pensamiento en otras latitudes.

¿Puede el paciente influir en las decisiones médicas ? Las posibles opiniones se encuentran divididas en dos grupos:

Uno plantea que si el valor fundamental de la práctica médica es el bienestar del paciente, entonces la participación de éste en la toma de decisiones puede ser secundaria, mientras el otro plantea una opinión contraria. El respeto al paciente es considerado como principal valor ético y en algunas circunstancias el paciente toma decisiones que no propician su bienestar.

Es requisito indispensable, para que el paciente adopte una decisión, que actúe de forma autónoma y competente. Hay circunstancias que impiden que el paciente sea competente para actuar autónomamente.

Debemos recordar que la decisión de un paciente en relación con una intervención médica está intrínsecamente ligada a la información que ha recibido. Según el caso, varía el significado del consentimiento del paciente. Hay consentimientos para procedimientos terapéuticos normales y para ensayos clínicos controlados.

En los momentos actuales existen dos marcos éticos generales en la práctica médica. En el primero se trata de una ética orientada a los resultados, en la que la autonomía tiene una importancia marginal y el paternalismo sólo es erróneo cuando no se alcanzan los beneficios deseados para el paciente. Muchas personas prefieren ser tratadas paternalmente y “se ponen en las manos del médico”. Para ellos el ejercicio de la autonomía es más una fuente de frustración y de ansiedad que de satisfacción.

En el segundo, la ética está orientada hacia la acción y no hacia los resultados, el punto de referencia son las condiciones en las que se actúa. De esta forma, la autonomía, como condición para la acción adquiere un valor fundamental. Para que una persona pueda hacer uso de su autonomía, debe ser tratada con respeto. Esto significa que debe solicitarse su consentimiento para cualquier maniobra que se vaya a efectuar y evitarse toda coerción, incluso el paternalismo.

Hay personas que carecen de las capacidades cognoscitivas y volitivas necesarias para actuar con autonomía. En ocasiones, no es fácil llegar a un consenso cuando la controversia sobre la autonomía se plantea en términos

absolutos. No es posible dictar normas éticas que se apliquen a todos los pacientes en todas las circunstancias. La autonomía existe en diversos grados que permiten ejercerla total o parcialmente.

La capacidad estándar del adulto para la autonomía aprueba el consentimiento informado y valora la capacidad reducida del paciente, la cual demanda un tratamiento paternalista.

Los pacientes no deben ser radicalmente diferentes del resto de nosotros, en que todas las capacidades humanas para la acción autónoma están limitadas. Un adecuado acontecimiento de paternalismo y el rol que el consentimiento y el respeto para las personas puede jugar en la práctica médica, se desarrolla dentro de la teoría ética, que no impone un cuadro idealista y parcial de la actual autonomía humana.

El paternalismo sólo pierde su lugar cuando refleja una pérdida de los beneficios que pudiera representar para el paciente. Cuando la autonomía parcial de los pacientes obliga a la práctica médica, el respeto por el paciente debe demandar una acción la cual evita no solamente la coerción sino también la manipulación y el paternalismo. Sin embargo, donde la autonomía está ausente no se requiere que esta sea respetada .

Hay circunstancias en que nos encontramos obligados a mentir. La mentira piadosa es una excepción a la norma impuesta por las circunstancias. Decir la verdad no es tratar a esa persona con consideración y respeto y que, por lo tanto, el principio general de la moralidad nos permite saltar por encima de la norma, que en ese caso no es adecuada o correcta.

Hay circunstancias en que nos encontramos obligados a mentir. La mentira piadosa es una excepción a la norma impuesta por las circunstancias. Decir la verdad no es tratar a esa persona con consideración y respeto y que, por lo tanto, el principio general de la moralidad nos permite saltar por encima de la norma, que en ese caso no es adecuada o correcta.

“Los que aguardan nuestros dictámenes tras de la consulta médica, son todo lo contrario de un jurado imparcial ; son unos pobres seres dominados por la ansiedad y prestos al estallido de las más violentas emociones. Calmarlas es nuestro primordial deber. Y si para ello es necesario desfigurar la verdad, celarla mañosamente, disimular, mistificar, crear ilusiones o, en una palabra, mentir, hagámoslo con plena satisfacción de conciencia. Ni ésta ni los enfermos podrán nunca reprochárnoslo”.

Gracia considera que el tema de la mentira es un buen ejemplo de principios morales, cuyo razonamiento consta de dos pasos, uno principalista (a priori) y otro consecuencialista (a posteriori). En principio siempre hay que decir la verdad, de no hacerlo así obramos con maledicencias.

La editorial de la Asociación Catalana de estudios bioéticos da a conocer que la información siempre ha de ser verdadera. Nunca será justificable la mentira, que por otra parte, es un claro abuso de poder. No hay que hablar más de “mentiras piadosas”, sino de maneras piadosas de aproximarse a la verdad. La

información es un proceso oral, un diálogo entre dos personas: el enfermo y el médico. Esto sirve para alcanzar el consentimiento informado. Y a su vez este puede estar por escrito. Sin embargo, ningún documento leído y firmado puede sustituir nunca al diálogo. En ocasiones el enfermo necesita tiempo para poder aceptar una información desagradable, poder asimilarla y expresar sus dudas o formular preguntas.

Concluyo al igual que la escuela española, que el consentimiento informado ha de ser libre y sin coacción. Y que debemos hacer un esfuerzo para que este diálogo de comunicación constituya la base para el consentimiento informado escrito y no a la inversa como podría pretender una medicina defensiva.

Este aspecto relacionado con la veracidad y la mentira piadosa merece que se realice una encuesta a nuestros enfermos y al personal médico de nuestras unidades de salud como tarea futurista.

POSICION DEL DERECHO MEDICO ANTE EL DERECHO COMPARADO:

El consentimiento y la información sigue siendo la gran preocupación de los expertos

“La ausencia de consentimiento informado es indemnizable por daño moral”

El consentimiento informado continúa siendo el tema estrella de la mayoría de las reuniones de Derecho Médico por sus implicaciones éticas y jurídicas en la práctica asistencial, y el congreso de Helsinki fue una manifestación más de la gran preocupación existente en torno a su cumplimentación como un requisito ineludible en intervenciones con riesgos conocidos.

El prestigioso jurista Manuel Alonso Olea, catedrático emérito de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid, trajo colación una sentencia del Tribunal Supremo que indemniza a un paciente tras calificar de daño moral la falta de información (ver, en este número de ADS, otra sentencia del mismo tribunal que lo valora como un daño moral grave).

“La información al paciente o familiar del mismo, del diagnóstico, pronóstico, y riesgos de la afección es elemento esencial para exonerar de la culpa, dice esa sentencia, pues conforme a la conocida ‘teoría de la causalidad’ el que es causa de la causa, es causa del mal causado, siendo aquí la causa del mal, la falta de información”, manifestó el jurista.

El profesor argentino Leo Julio Lencioni aportó otro punto de vista sobre la falta de consentimiento informado, y es que debería considerarse, en todo caso, como un atentado contra el derecho a la autodeterminación o a la libertad de decisión (lo que supondría una indemnización menor), pues la falta de información no es lo mismo que un error médico en el transcurso de una intervención. Alonso Olea contestó que, conforme al Código Civil español, toda persona ha de responder por todos los daños causados por su culpa o negligencia, y la mayoría de los expertos subraya que la culpabilidad emerge cuando se produce un daño posible del que no se ha informado previamente.

Cuándo debe obtenerse el consentimiento:

También afirmó que la constancia escrita no es obligatoria si puede probarse por otros medios que existió la información, y recordó que en todo caso debe obtenerse en las intervenciones quirúrgicas, en las diagnósticas y en las terapéuticas que conlleven riesgos, y en general en todas las actuaciones con riesgos típicos, incluidos los excepcionales aunque sean poco probables.

Refirió asimismo varias supuestos sobre la persona que debe otorgar el consentimiento:

- *El paciente plenamente capaz que decide o delega expresamente la facultad de recibir información en un pariente o allegado.*
- *El paciente que no está capacitado para adoptar decisiones de este tipo porque no puede recibir información ni consentir, en las que puede decidir un familiar o allegado.*
- *El paciente capaz, que decide para el futuro quién deberá suplir el consentimiento, supuesto también conocido como Life will. Quién sule al paciente en sus decisiones (Living will)*

La situación del Derecho Comparado en relación con el concepto *Living will* fue explicada por varios expertos entre los que destacó Alonso Olea, el catedrático de Medicina Legal de Murcia Aurelio Luna, y el abogado Carlos Barelio, vicepresidente de la Asociación de Derecho Médico de Costa Rica.

- *En Estados Unidos varios Estados recogen esta posibilidad en su legislación positiva. Aún así, no suelen llegar a tener mucha eficacia, ya que el paciente que decide redactar uno no suele informar de ello a sus familiares; por tanto, no suele utilizarse dicho documento cuando llega el momento, sobre todo, cuando se trata algo rápido o imprevisto.*
- *En Europa aún no está regulado, si bien no parece haber obstáculo para admitirlo, siempre que (parece lo lógico) se haga por escrito, y sea objeto de aceptación por su "beneficiario".*
- *En España, la vigente Ley de Sanidad no reconoce esta figura como tal, pero sí recoge el derecho del enfermo a rechazar un tratamiento excepto las tipificadas por nuestro Código Penal como "Delitos contra la Salud Pública", como el caso de las enfermedades transmisibles.*

En los centros sanitarios, generalmente privados, en el documento que se le hace llegar al enfermo para que preste su "consentimiento informado", se empieza a dejar un espacio para que exprese su testamento vital, si así lo desea, esto es, a qué tratamientos presta su consentimiento, o cuáles no desea recibir por decisión propia, voluntaria y consciente.

Por otra parte, la Generalidad de Cataluña está elaborando un proyecto de ley que recoge la Carta de Derechos del Usuario, en el que prevé la posibilidad del testamento vital. La intención es que vea la luz antes de diciembre de 2000, pues su elaboración está muy avanzada.

“La información debe adaptarse al nivel científico y de comprensión del paciente”

El profesor Aurelio Luna, catedrático de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Murcia, analizó los motivos que justifican la información desde ópticas tan distintas como las de pacientes y profesionales sanitarios.

Los médicos deben informar porque es un derecho del paciente, para obtener el consentimiento y su participación activa, y además puede cumplir una función terapéutica al dar "tranquilidad al paciente". Los médicos deben dar aquella información adecuada a los fines de la misma, que en cualquier caso debe reunir los requisitos establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: clara, comprensible, leal y completa.

Por supuesto, debe adaptarse al nivel científico y de comprensión del paciente (Luna y Osuna, 1998).

Obligación de informar a los familiares:

La obligación de informar a los familiares no surge porque ostenten un derecho sobre la persona del enfermo, sino en virtud de los lazos afectivos y los deberes entre parientes (y allegados). Ahora bien, hay que tener claro que los lazos afectivos no otorgan más derechos que los que quiera otorgar el paciente, quién, por otro lado, puede revocarlos en cualquier momento.

El objetivo de la información a parientes y allegados es que puedan suplir la decisión del paciente cuando este no puede tomarla, por una persona que conoce cuál podría ser su decisión en un momento crítico, indicó Luna.

No existen reglas fijas sobre a quién informar si el paciente no tiene capacidad de decisión, y el personal sanitario debe seleccionar a aquel que, presuntamente, defendería mejor el interés del paciente.

"La realidad, sin embargo, resulta descorazonadora, ya que en la mayoría de los casos tiene una finalidad preventiva de una posible demanda de malpraxis, desnaturalizando el objetivo real de la información, y se convierte en su seguro contra posibles reclamaciones".

En casos de menores/incapaces, no podrán decidir los padres cuando tengan intereses enfrentados. En situaciones extremas, el profesional sanitario puede a la luz de sus conocimientos y previa la autorización de la autoridad judicial decidir conforme a su criterio, siempre en interés del menor.

Además, la información no es un objetivo en sí mismo, sino que ha de dirigirse a obtener una participación activa de los familiares en el tratamiento del paciente, y en el intento de calmar su angustia e incertidumbre. Luna aclaró que cuando el paciente fallece, la información total a los familiares no es razonable sin un consentimiento del propio fallecido (por ejemplo, en los casos de sida).

El artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad establece que, "los familiares y allegados tienen derecho a una información completa del proceso, pero en ningún caso a la historia clínica".

“Los límites del privilegio terapéutico deben regularse en la legislación española”

Ricardo de Lorenzo, presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario (AEDS), explicó en su ponencia sobre el derecho a la información y a la protección de la intimidad en el Derecho español y en el Convenio de Bioética de Asturias, que el privilegio terapéutico “exige una modificación de nuestra vigente legislación que tenga en cuenta que se trata de un verdadero privilegio, que constituye una excepción a la regla general y que, por tanto, debe interpretarse y aplicarse restrictivamente, y no justifica la total ausencia de información sino sólo aquella parte que el profesional considere que puede ser conocida y justificadamente perjudicial para la salud del paciente.

De Lorenzo añadió que “en el informe explicativo del Convenio se dice que en algunos casos, el deber del médico de proporcionar información entra en conflicto con el interés de la salud del paciente, y que corresponde a la ley resolver estos conflictos teniendo en cuenta el bagaje social y cultural permitiendo justificar, bajo control judicial en su caso, que el médico retenga a veces parte de la información o, en cualquier caso, que la revele con cautela (...)”.

La consagración del derecho a no saber es la última novedad del Convenio de Asturias con respecto a la legislación española, en la que este concepto está ausente, a no ser que se contemple como una aplicación del principio general de licitud de la renuncia de derechos establecido en el artículo 6.2 del Código Civil, subrayó De Lorenzo.

“Los hospitales pueden regular sus propios protocolos de actuación por áreas”

El catedrático de Derecho Civil de la Universidad de León Javier Fernández Costales profundizó sobre las normas deontológicas y profesionales exigibles en las actividad médica, al considerar que el consentimiento informado debe basarse en protocolos contrastados o guías de orientación profesional, elaboradas por vía de reglamentación interna de los servicios sanitarios, e incluso de los propios hospitales en los manuales de organización y funcionamiento según las distintas áreas de actuación (como, por ejemplo, la de urgencias).

“Los reglamentos de la instituciones sanitarias constituyen una fuente muy importante con un valor clave en orden a valorar la conducta del médico y del profesional sanitario en su actuación, y así lo pone claramente de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 1982, cuando contempla precisamente el incumplimiento de un reglamento de régimen interior por parte de un médico de guardia”, apuntó Fernández Costales.

Según aquella sentencia, el médico de guardia, de 26 años, omitió una norma de régimen interior que obligaba a “no tomar ninguna decisión personal, y a dar cuenta inmediata al especialista que corresponda, y en su defecto, a cualquiera de los médicos especialistas de la clínica”.

Por lo que respecta al derecho a la información del paciente, Fernández Costales hizo alusión a la sentencia del Tribunal Supremo del 19 de junio de 1990, que lo prescribió como una obligación más del médico para dar a conocer la operación y sus riesgos, de forma que el paciente pueda prestar su consentimiento con plenitud de datos.

El enfermo terminal y su derecho a ser informado:

En el transcurso del congreso finlandés se dio a conocer una interesante Declaración de Derechos del Enfermo Terminal, suscrita el año pasado en el Congreso Internacional de Derecho de Médico de Córdoba, en Argentina.

La información al final de la vida es una parte de la práctica asistencial que precisa de atención, pues es un derecho que quiebra si se ignoran los principios de la ética médica. La Declaración de Córdoba presentada en Helsinki -elaborada por los profesores Antonio Piga y Eduardo Osuna, de las Universidades españolas de Alcalá y Murcia, respectivamente, y Manuel Cumplido, médico legista de Córdoba (Argentina)- merece atención en todos sus apartados, y en especial el primero, dedicado al derecho de todo enfermo que tiene a conocer, con humanidad, de su gravedad, opciones terapéuticas y pronóstico, aunque sea terminal, y/o decidir qué familiar o allegado debe ser mantenido al corriente de su estado, como excepción del respeto a su intimidad.

El consentimiento informado es un presupuesto de la *lex artis* y, por lo tanto, un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Es una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina. Es un derecho humano primario y a la vez una exigencia ética y legal para el médico. Su desarrollo conoció distintas etapas: "consentimiento voluntario", "consentimiento informado", "consentimiento válido"; actualmente, el "consentimiento auténtico" se caracteriza por adecuarse plenamente al sistema de valores del paciente. Salvo las circunstancias excepcionales que se analizan, sólo el paciente es el titular de este personalísimo derecho. Debe prestarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna. Si bien en la mayor parte de los casos el consentimiento es oral, existe una tendencia a documentarlo por escrito. Estos protocolos deben ser de base genérica y completarse en función de las características de cada caso. La validez del consentimiento se extenderá hasta donde haya llegado la información. El deber de informar alcanza a las consecuencias y riesgos que razonablemente se puedan prever, pero no sobre los excepcionales.

MARCO LEGAL DEL DERECHO DE LA SALUD EN CUBA:

El derecho de la salud en Cuba, tiene su base legal en la Constitución de la República de Cuba, en el artículo constitucional referido a este tema objeto del trabajo.

En el año 1983, fue promulgada la actual Ley de la Salud Pública, Ley No. 41, la que regula toda la parte organizativa de este Organismo de la Administración

Central del Estado en Cuba, el Ministerio de Salud Pública, donde posteriormente fue aprobado su Reglamento en el Decreto No. 139 por parte del Consejo de Ministros.

El Ministerio de Salud ha emitido regulaciones administrativas específicas para el actuar del profesional de la medicina en el país y el personal propio de este sistema en cuanto a la relación médico paciente, constituyendo lo que denominamos el Derecho Médico Cubano donde se encuentran plasmadas las disposiciones administrativas relacionadas con el Sistema de la Salud y posprocedimientos de actuación del médico, el personal de enfermería y todo los que laboran como paramédicos., que implica pues es inexorable no referirnos a el a la parte que comprende el derecho sanitario.

Hay que señalar que el Derecho de la Salud en Cuba no ha tenido un desarrollo legislativo como en otras zonas geográficas, pues no ha habido sistematicidad, aunque existe mucha legislación dispersa en la materia regulando toda la actividad médica.

Es mi criterio opino que hay condiciones para promulgar un Código Sanitario Cubano, contentivo de las regulaciones en materia de derecho médico y de derecho sanitario imperan en el país, solo faltaría la voluntad y el consenso para hacerlo, algo que nos toca a los juristas que trabajamos estos temas y a las instituciones universitarias. Como también se deberá pensar en impartir estos conocimientos a los profesionales que ejercen esta profesión en el sistema de educación superior especializado en la formación de los profesionales y técnicos del Sistema de la Salud en el país.

CONCLUSIONES:

- La necesidad de establecer en la práctica del derecho médico en Cuba el procedimiento de corte administrativo para dejar sentado el consentimiento informado del paciente antes de realizársele cualquier maniobra médica.
- Capacitar a los profesionales médicos y no médicos en la importancia de este procedimiento administrativo en consonancia con los procederes médicos que se le realizan a los pacientes en las instituciones del Sistema de la Salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.-

Textos consultados-

- 1.-Herrera R, Ramírez A. Los problemas éticos en el desarrollo de la biología y la medicina contemporáneas. En: Filosofía y medicina. La Habana: edit. Ciencias Sociales, 1987:149-63.
- 2.-Fernández S J A. La relación médico-paciente en el sistema de salud. En: Filosofía y medicina. La Habana: edit. Ciencias Sociales, 1987:164-79.
- 3.-Barranco M. Bioética: voluntad del paciente y evidencia médica. *Avan méd*, 1996; (5):58-60.

- 4.-Gracia G D. Ética médica. Medicina interna. Madrid: Mosby-/Doyma, 1995:33-9
- 5.-Potter VR. The science of survival: Perspectives in biology and medicine. Bioethics 1970:120-53.
- 6.-Gracia G D. Métodos de análisis de problemas éticos en la clínica humana. Real Acad Nac Med.1992;109:371-86.
- 7.-Principios de la ética médica. La Habana, edit Política, 1993:1-10.
- 8.-Thomasma D. Training in medical ethics: an ethical work-up. Bol Of Sani-t Panam 1990;108:5-6.
- 9.-Guillon R. Philosophical medical ethics. John Wiley, London, 1986:113-9.
- 10.-Lara M C, Fuente J R. Sobre el consentimiento informado. Bioética: temas y perspectivas. 1990;527:61-5.
- 11.- O'Neill O. Paternalism and partial autonomy. J Med Ethics, 1984;10:173-8.
- 12.-De Lancis B. Lecciones de medicina legal. Univ. Hab. Lección XII, Deontología y Diceología médicas, 1968:217.
- 13.-El consentimiento informado (editorial). Cuadernos de bioética, 1998;9(33):8.
- 14.- Garcini, Héctor. Derecho Administrativo. Editorial UH. 1998.
- 15.- Colectivo de autores. Temas de derecho administrativo cubano. Editorial Felix Valera. 2002.
- 16.- Colectivo de autores. Estudios de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Felix Valera. 2002.
- 17.- Colectivo de autores. Derecho Civil. Parte general. Editorial Felix Valera. 2002. Ciudad de La Habana.
- 18.- Gómez Treto, Raúl. Tendencias del nuevo Código Civil Cubano. UH. Cuba.
- 19.- Cañizares Abeledo, F. Error Médico. Conferencia impartida en el IML el 5 de noviembre de 1985.
- 20.- Cañizares Abeledo, F., Abeledo Concepción, M. Y Parets Gómez, Fundamentos teóricos del Derecho médico. 21.- Folleto de consulta para especialistas y residentes en Medicina Legal. Pp. 4-5.
- 22.- Colectivo de autores. Medicina Legal y Ética Médica. Universidad de la Salud. Cuba.
- 23.- Conferencias Diplomado Derecho Médico. Ministerio de Salud Pública/Universidad de La Habana. 1999. CUBA. 24.- Tema número 1, El Derecho de la Salud; Módulo número 3, El Derecho de la Salud vs Derecho Médico.

- 25.- Departamento Divulgación del Ministerio de Justicia. CUBA. Revista jurídica número 19, junio 1988. Artículo: La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil.
- 26.- Diego Cañizares, Fernando. Teoría del Derecho. Editora Poligrafico Guantánamo, 1979. CUBA.
- 27.- Deontología Médica, Ministerio de Salud Pública, CUBA.
- 28.- Diccionario terminológico de Ciencias Médicas. Editora Edición Revolucionaria, 1984. CUBA
- 29.- Etica y Deontología, Editora URSS, Moscú 1986.
- 30.- Etica Médica, MINSAP, CUBA.
- 31.- Lancis Suárez, Genaro. Apuntes previos al estudio de la Medicina Legal. Editora Pueblo y Educación, 1984. CUBA.
- 32.- Constitución Española, 27 de diciembre de 1978, (BOE número 311), del 29 de diciembre(RCL 1978, 2836).
- 33.- Guzmán Mora, Fernando. La historia clínica: elemento fundamental del acto médico, revisado año 2000. Disponible en; http://www.medspain.com/ant/n12_may00/historiacl.htm
- 34.- Derecho médico, revisado 2003, disponible en; <http://www.avedeme.com/que-es.htm>
- 35.- Galán cortés, Julio César. La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev med uruguay 1999; 15: 5-12
- 35.- Díaz Pintos Guillermo, El consentimiento: ¿una garantía de la libertad del paciente o un expediente para eximir la responsabilidad?, revisado noviembre 1998, disponible en ; http://noticias.juridicas.com/articulos/ficheros/not20_3.htm
- 36.- Amaro Chelala, José Raúl y María E. González Revuelta. Eel consentimiento informado en la realización de ensayos clínicos. Rev cubana med milit 1998;27(1):54-61
- 37.- [El secreto profesional en la práctica médica](#) , revisado 2003, disponible en; <http://www.documentaria.net/bioetica/00000050.htm>
- 38.- Verdú Pascual Fernando A. El secreto profesional entre los derechos humanos,. Med clin (barc) 1999; 112: 542-544
- 39.- Álvarez Llobera Carlos Manuel, González Díaz Carlos García Tania María Cabello. Conceptos y principios básicos del Derecho. Cátedra de derecho de la salud. Escuela Nacional de Salud pública, 2004
- 40.- Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea general de las Naciones Unidas , 10 de diciembre de 1948
- 41.- Montes Campuzano Víctor Hugo. Diferencia entre medicina y acto médico. Tomado de <http://www.encolombia.com/odontologia/foc/foc20001-planteamiento2.htm>

- 42.-Guzman F, Franco E, Morales MC, Mendoza J. El Acto Medico. Implicaciones eticas y legales. Acta Med Col 1994; 19: 139-149
- 43.- Guzmán F, Franco E, Morales MC. El Riesgo en Medicina. En: Guzmán F y cols La Práctica de la Medicina y la Ley. Bibl Juridica Diké. Medellín, 1996
- 44.- Guzman F, Franco E, Muñoz J. Responsabilidad del Equipo de Salud. Rev Col Gastroenterol 1996; 11: 69-75
- 45.- Morales MC, Franco E, Guzmán F, Arrazola P. El Contrato de Servicios Medicos. En: Guzman F y cols. De La Responsabilidad Civil Medica. Biblioteca Juridica Dike. Ediciones Rosaristas. Medellín, 1995. 128-151
- 46.- Guzmán F. La Responsabilidad Civil del Medico. Rev Col Cirugia 1994; 9:207
- 47.- Guzmán F. , Franco E., Morales AR. Negligencia en Medicina. Acta Med Col 1996; 21:87-92.
- 48.- Parra J. Manual de Derecho Probatorio. De Librería Profesional. Bogotá, 1986
- 49.- De Brigard AM. Valor jurídico de las historias clínicas. Asoc Col Hosp y Clín. 1996
- 50.- Herrera F. El secreto Profesional. En: Guzmán F y cols. De la Responsabilidad Civil Médica. Bibl Juridica Dike. Medellín, 1994
- 51 .- Guzmán F, Franco E, Morales MC. El Riesgo en Medicina. Rev Col Mayor Ntra Sra del Rosario 1996; 89 (571-572): 79-87
- 52.- Guzmán F. Rueda R, Franco E. La Lex Artis en Medicina. Actualizac Pediatr FSFB 1996; 6:26-31.
- 53.- Guzmán F. El Diagnóstico como Hipótesis de Trabajo. Rev Col Neumología 1996; 8 (3): 146-150.
- 54.- Guzmán F. Ejercicio medico pediátrico: Advertir siempre los riesgos, nunca garantizar resultados y consignar todo en la historia clínica. Actualizaciones Pediátricas FSFB 1994; 4:138-140.
- 55.- Guzmán F. Cómo rendir un testimonio médico al ser acusado. Acta Med Col 1997; 22: 140-147
- 56.- Rey E. Temas Médico Jurídicos. De U de la Sabana, Bogotá, 1997
- 57.- PÉREZ GALLARDO, Leonardo y otros: Lecturas de Obligaciones y Contratos. La Habana 2000.**
- 58.- _____, **Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos.** Universidad de La Habana. 2000.
- 59.- RAPA ALVAREZ, Vicente. “La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil”, en Revista Jurídica No. 19, año IV, abril – junio de 1988.**

60.- ÁLVAREZ LLOBERA Carlos Manuel, González Díaz Carlos García Tania María Cabello. **Conceptos y principios básicos del Derecho.** Cátedra de derecho de la salud. Escuela Nacional de Salud Pública, 2004

61.- El consentimiento informado Cuadernos de bioética, 1998;9(33):8.

62.- El derecho médico. ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO. <http://www.actualderechosanitario.com/>,

63.- FERNÁNDEZ S J A. **La relación médico-paciente en el sistema de salud.** En: Filosofía y medicina. La Habana: editorial. Ciencias Sociales, 1987:164-79.

64.- HERRERA R, Ramírez A. **Los problemas éticos en el desarrollo de la biología y la medicina contemporáneas.** En: **Filosofía y medicina.** La Habana: editorial Ciencias Sociales, 1987:149-63.

65.- El consentimiento informado Cuadernos de bioética, 1998;9(33):8.

66.- El derecho médico. ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO. <http://www.actualderechosanitario.com/>,

Normas Jurídicas:

14.- Constitución de la República de Cuba.

15.- Ley no. 41, Ley de la Salud Pública.

16.- Decreto Ley No. 54, Disposiciones Sanitarias Básicas.

Ley no. 59 Código Civil

17.- Decreto Ley No. 67, Organismos de la Administración Central del Estado en Cuba.

18.- Decreto Ley No. 147, Reestructuración de los Organismos de la Administración Central del Estado.

19.- Decreto No. 139, Reglamento de la Ley de la Salud Pública.