

Origen del Consentimiento Bajo Información

Lic. Octavio Casa Madrid Mata*



Origin of the Informed Consent

* Director General de Arbitraje CONAMED
Presidente de la Asociación Mexicana de Derecho Sanitario.

"No hay nadie que no esté sujeto a relaciones jurídicas..."

Francesco Carnelutti

Uno de los más grandes tratadistas del derecho, Oliver Wendell Holmes Jr.¹ escribía:

"La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres."

En razón de lo anterior, es imprescindible explorar la historia de las instituciones jurídicas a fin de conocer *la ratio*² y de esa guisa comprender su ser y sentido.

No se trata, por lo tanto, de un método de interpretación histórica³ sino de situarse en el contexto original a fin de explicitar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las cuales se produjo una determinada institución o texto jurídicos.

Siguiendo al propio Holmes, es necesario echar mano de la historia del derecho *"para explicar una concepción o para interpretar una regla, pero no más allá."*

Denuncia el maestro dos grandes errores que deben ser evitados:

"Uno de ellos consiste en suponer que porque una idea nos parezca ahora muy familiar y natural, siempre ha sido así. Muchas cosas que actualmente damos por sentadas han tenido que ser conquistadas en el pasado tras dura lucha o profundas meditaciones. El otro error es el opuesto, que consiste en esperar demasiado de la historia. Comenzamos con el hombre completamente desarrollado. Puede suponerse que el bárbaro primitivo cuyas prácticas han de ser consideradas, tenía, en buena medida, nuestros mismos sentimientos y pasiones."

A mayor abundamiento, señala Eduardo Angel Russo⁴ : *"En el mundo contemporáneo, en lo que ha dado en llamarse la posmodernidad, se ha producido un nuevo desplazamiento, esta vez, desde la razón abstracta del hombre*

¹ El autor de referencia se ha convertido en un clásico; en efecto, sentó las bases de la jurisprudencia sociológica y del realismo jurídico, especialmente en su obra *The Common Law*, de la cual se toma la cita que transcribimos.

² Es decir: *los motivos de la ley*

³ Que lo hay, por supuesto, y tiene grandes defensores: Federico Carlos de Savigny, Franz Von Liszt, etc

⁴ Teoría General del Derecho. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina.

ideal hacia las razones concretas (psicológicas) del hombre histórico, circunstanciado en un tiempo y lugar determinado, dando lugar a una racionalidad hermenéutica."⁵

Luego entonces, el objetivo es tener por cierta dicha *racionalidad* y merced a esto aplicar el criterio jurídico –pues finalmente, toda regla está provista de uno-. El propio Holmes informa de anejo axioma: *A lo largo de los siglos, la costumbre, creencia o necesidad desaparece, pero la regla permanece.*

De igual suerte, una regla determinada, es decir, *la antigua forma, puede recibir un nuevo contenido*, por ello también es necesario identificar las circunstancias que dieron origen a ese nuevo significado y por ende, al nuevo criterio.

Luego entonces, el método histórico⁶ es connatural a lo *jurídico* y puede ofrecer algunas directrices para obtener elementos sistemáticos útiles no sólo en la interpretación y aplicación normativa pues, finalmente, el derecho tiene un objetivo práctico *solucionar problemas de convivencia*⁷.

Bajo ese contexto y con los límites enunciados, hemos de referirnos en este trabajo a una de las instituciones clásicas del derecho sanitario⁸ *el consentimiento bajo información* y de esta suerte presentar algunos elementos que le son inherentes.

A dicho propósito ha menester un breve recorrido, primero, por el derecho de la antigüedad (derecho sanitario hebraico y el derecho romano), para luego situar los diversos precedentes específicos que han llevado a esta institución hasta donde la conocemos (*teoría del negocio jurídico; los criterios de Nuremberg; los criterios bioéticos, etc.*)

A. Derecho de la antigüedad

a.) Israel.-

Sin duda una de las grandes aportaciones bíblicas a lo *jurídico* se refiere al derecho sanitario, así en el *Pentateuco*⁹ observamos diversas reglas inherentes a la atención de los enfermos, prescripciones para el control sanitario de los alimentos, normativa de salud pública (especialmente a las medidas de seguridad sanitaria: *aislamiento, cuarentena, desinfección*; a las reglas para el destino final de cadáveres) y al método epidemiológico.

Sobre el particular sostiene Cárdenas Arévalo¹⁰: *“La medicina judía está impregnada de la idea que la enfermedad es un castigo divino por los pecados”.*

En esos términos, podría hablarse de una especie de derecho sanitario – penal: *«si obedeces la palabra de Yahve no te impondré enfermedades como se las he impuesto a*

los egipcios, soy el Señor tu médico» Ex. 15-26.

Lo anterior da lugar a sostener que en el derecho sanitario de los antiguos pueblos de Israel la observancia de prácticas de higiene (especialmente en términos del *Levítico*) era producto de un *contractualismo con la Divinidad: Y no juraréis en mi nombre con mentira, ni profanarás el nombre de tu Dios...* Levítico 19:12¹¹

Podríamos decir que la idea de *consentimiento* provenía del *pacto originario* que ligaba al pueblo de Israel: *Yo os saqué de Egipto, y os introduje en la tierra de la cual había jurado á vuestros padres; y dije: No invalidaré jamás mi pacto con vosotros...* Jue. 2:1

Pablo, por su parte, dice: *«Así que, hermanos, nosotros, como Isaac, somos hijos de la promesa.»* Gál. 4:28.

La idea de *pacto*¹² trascendió a la vida civil (de hecho podría decirse, en estricto sentido, que los actos civiles estaban orientados por un derecho sacralizado), incluso existía una práctica jurídica *el rito de descalzarse el pie izquierdo* (que en esencia era un ritual) a fin de formalizar la contratación.

Esta costumbre jurídica puede ser observada en *el Libro de Ruth* (que de paso se refiere a una práctica *eugenésica*, es decir, para mantener el linaje del pueblo de Israel) :

Entonces replicó Booz: El mismo día que tomares las tierras de mano de Noemí, has de tomar también á Ruth Moabita, mujer del difunto, para que suscites el nombre del muerto sobre su posesión. RUT 4:5

Entonces el pariente dijo á Booz: Tómallo tú. Y descalzó su zapato. RUT 4:8

b.) Roma.-

Pero no sólo en el derecho de Israel encontramos antecedentes del *consentimiento para efectos sanitarios*; especialmente hemos de referirnos al derecho romano clásico que dio origen al *Corpus Iuris Civilis* y por supuesto, merced a la interpretación ulterior, a la *teoría del negocio jurídico*, dentro de la cual uno de los apartados salientes es, precisamente, *el consentimiento*.

Sobre el particular y según informa Néstor de Buen Lozano, siguiendo a Demófilo de Buen,¹³ en el *Digesto*¹⁴ no se define una concepción del contrato, podría inferirse en términos de las interpretaciones posteriores, del modo siguiente: *la convención productora de acción, por tener nombre de contrato o causa civil de obligar.*¹⁵

Así también, en el derecho romano, existían otros *pactos productores de acción* a los cuales no se denominaba con-

⁵ Que no el método de interpretación histórica, al cual podría catalogarse de reduccionista.

⁶ Como han sostenido, entre otros Recaséns, García Maynez, Hart, etc.

⁸ Por lo que hace al régimen jurídico de la atención médica.

⁹ Integrado, como es de sobra sabido por cinco libros: *Génesis, Exodo, Levítico, Deuteronomio y Números.*

¹⁰ www.revistamedica.8m.com/histomed13.htm

¹¹ Traducción de Casidoro de Reyna y Cipriano de Valera.

¹² Es decir, de sacralizar a contratación ante la Divinidad.

¹³ *La decadencia del contrato.* Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. pág. 6

¹⁴ La compilación o colección de las mejores decisiones de los jurisperitos romanos, hecha de orden del emperador Justiniano por diez y siete magistrados o juristas a cuya cabeza se hallaba el célebre Triboniano. Escribano, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.* pág. 202.

¹⁵ D. Libro II, tít. XIV, pág. 7, párr. 1-2-3-4.

¹⁶ Los *pacta vestita*, según la terminología medieval, es decir, pactos privilegiados que sin ser contratos generan derechos.

tratos, se hablaba de los llamados *pactos vestidos*¹⁶. Paradójicamente y merced a esta rareza jurídica, podemos explicar algún elemento raíz del consentimiento bajo información; en efecto, por más que se haya discutido en la doctrina jurídica¹⁷, en puridad el consentimiento bajo información no es un contrato, se trata de un acto de *asentimiento*, es decir, de aceptación que, por supuesto, genera algunos derechos y obligaciones en la relación jurídica médico – paciente y supone *el consenso* entre ambos.

Pero volvamos al ámbito del derecho romano, siguiendo a Guzmán Brito¹⁸, podemos afirmar que este derecho en ninguna de sus épocas conoció algo semejante a una teoría general del derecho, ni del contrato (entendido en el sentido de convención generadora de obligaciones) ni menos del acto jurídico. Los romanos sólo tuvieron doctrinas particulares, que a veces aplicaban a un determinado y concreto acto típico, y así podríamos hablar de una doctrina de la estipulación; y a veces a algún género de actos típicos, cuando varios aparecen sometidos a un mismo régimen jurídico, de guisa de poderse hablar, por ejemplo, de una doctrina de los contratos de buena fe.¹⁹

Del derecho romano surge, a no dudarlo, la etimología del concepto sujeto a estudio, en efecto, la palabra *consentimiento* deriva del latín *consensus*, y ésta, a su vez, de *cum* con y *sentire* (sentir) y significa, por consiguiente, el acuerdo de dos o más voluntades sobre la misma cuestión.

Al respecto, es de sumo interés recordar que, generalmente, la iteración de las palabras a lo largo de los tiempos –es decir, la evolución semántica– hace olvidar el significado original.

En esos términos, la idea prístina de consentimiento: *con-*

¹⁷ Los *pacta vestita*, según la terminología medieval, es decir, pactos privilegiados que sin ser contratos generan derechos.

¹⁸ Y que existan precedentes en algunos países que nos hablan del consentimiento bajo información como un contrato.

¹⁹ Señala Guzmán Brito. *Idem. Ni siquiera Gayo, quien se animó en pleno siglo II d. C. a intentar una exposición sistemática del derecho con base en criterios dialécticos, se atrevió a formular doctrinas generales. Aunque él utilizó una noción amplia y unificadora de contractus, que estaba en desacuerdo con el uso más restringido que hacía de esta palabra la jurisprudencia clásica conectada con Labeón, lo cierto es que no formó una teoría general del contrato. Lo mismo cabe decir de Justiniano, que siguió muy de cerca la sistematización expositiva de Gayo en sus propias Instituciones.*

Sin embargo, Gayo construyó, o bien recibió construida, no lo sabemos, una exposición concerniente a las estipulaciones, que pasó, por cierto, a las Instituciones de Justiniano. En ella podemos ver una primera matriz de lo que sería en el futuro la doctrina general del contrato tal cual la vemos en el modelo del código francés, lo cual, si no me equivoco, hasta la fecha no ha sido notado. Pero es necesario insistir en que en Gayo-Justiniano la exposición concierne única y exclusivamente a la estipulación, o sea a un acto particular, típico y concreto, aunque Gayo, y lo mismo Justiniano, lo hayan incluido en la categoría más general del *contractus* que da origen a obligaciones verbi, es decir, perfeccionadas por el simple consentimiento. (El título 18 del libro III de las Instituciones de Justiniano está dedicado al tema «de la división de las estipulaciones» (de divisione stipulationum), y el 19, al «de las estipulaciones inútiles» (de inutilibus stipulationibus), esto es, a aquellas que en sentido general podríamos denominar ineficaces.)

sensu, anuencia o asentimiento es la que ha prevalecido a lo largo de los tiempos, y si bien en el derecho romano no existía la institución jurídico sanitaria *consentimiento bajo información*²⁰ sí existían reglas claras para tener por legítimo este *consenso*.

Merced a lo expuesto nos interesa rescatar, para efectos de este trabajo, una idea central, es decir, el *consenso* y esto nos lleva, según hemos apuntado, al esquema gayano-justiniano de la estipulación²¹ y con él al terreno de los llamados *pactos vestidos*.

En cuanto a la teoría del contrato²² el derecho ulterior, ha vadeado en tres rutas a partir del Código Napoleónico, en cuanto a explicar el consentimiento contractual y de esta suerte la legislación ha oscilado en las mismas para explicar y normar la relevancia del consentimiento:

- En la primera, se habla de un acto bilateral. (Salvat, Lafaille y Planiol.)
- En la segunda, se alude a la simple adhesión a otra voluntad. (Esto dio origen a los llamados contratos por adhesión).
- Y la tercera, que sin duda es la deseable en la atención médica, es decir, el *concursum voluntatum* (el concurso de voluntades, *consenso*, a fin de realizar un acto médico en especial).

Estas vías han dejado su huella en la historia del derecho sanitario y han incidido en su evolución, especialmente es de observar que durante el periodo paternalista del ejercicio médico²³, el paciente debía mostrar *la simple adhesión a otra voluntad*, pues el médico en tanto *magister dixit* no enfrentaba oposición legítima a sus prescripciones, salvo el caso de culpa, pero esencialmente ante hechos consumados.²⁴

Ahora bien, el interés que reviste explorar el *consentimiento* no es solamente para establecer si fue expresado *en forma libre de vicios*²⁵, supone algo más profundo y se encuentra relacionado a la asunción de obligaciones; es decir, al expresar el consentimiento aun cuando se trate de una mera declaración unilateral de voluntad, se generan ciertos

²⁰ Pues como observaremos más adelante, ésta surge del derecho de Nuremberg, en la postguerra.

²¹ La estipulación podría entenderse en dos variantes: la de las estipulaciones eficaces, es decir, lícitas y las ineficaces o ilícitas y, por tanto, anulables.

²² Que finalmente nos da pauta a interpretar el rubro del consentimiento, si bien como hemos señalado el consentimiento bajo información no es en rigor un contrato.

²³ Hasta antes de las teorías explicativas de los derechos del paciente.

²⁴ Este fue, incluso, el criterio asumido en la Ley del Talión, en términos de la tristemente célebre fórmula *ojo por ojo y vida por vida*. De hecho y dicho sea de paso, en la célebre legislación de Hammurabi no existe un apartado especial para el consentimiento bajo información; esencialmente se habla de sanciones a consecuencia del hecho ilícito contractual.

²⁵ Según es de sobra sabido, un consentimiento viciado no produce efectos.

derechos y, en consecuencia, obligaciones.

Así las cosas en el derecho romano también observamos el concepto de *obligatio*, es decir, una *liga* que surge en razón de haber expresado la *voluntad*. La palabra obligación tiene su origen en la palabra latina "*obligationis*", que a su vez viene del ob y ligo-as-are, que *significa atar*. Las Instituciones de Justiniano definen a la obligación diciendo: la obligación es un *vínculo de derecho* que nos constriñe a la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad.

La obligación crea un lazo de derecho ("*vinculum*"), que tiene dos extremos, supone dos sujetos: uno acreedor, otro deudor.

Desde el derecho romano se ha generalizado la idea de que el consentimiento es el acuerdo de la voluntad de las partes que se entienden para producir un efecto jurídico determinado. La asunción obligacional se da, pues, en el consentimiento.

La expresión de voluntad, desde esa época debía ser real, es decir, manifestada por signos exteriores que provengan de las personas *capaces* no existiría si proviene de personas que no tienen voluntad como el loco (*furios*²⁶) y el menor de edad.

Faltará también el acuerdo cuando las partes hubieran creído consentir, pero un error hubiere destruido su consentimiento, estos errores pueden ser:

- a) Error sobre la naturaleza del contrato.
- b) Error sobre la identidad de la persona.
- c) Error sobre el objeto.
- d) Error sobre el precio.
- e) Error sobre la substancia.
- f) Error sobre la calidad.

El objeto de un contrato consiste en la creación de una o varias obligaciones, el hecho o la conducta del deudor hacia el acreedor "*id quod debetur*".²⁷

Según podrá observarse, desde el derecho romano ya existían una serie de constantes que trascendieron al derecho ulterior, las cuales son aplicables no solamente al ámbito contractual, sino a la expresión del consentimiento bajo información.²⁸

c.) El *Corpus Hipocraticum*.-

Otro de los grandes instrumentos normativos que ha incidido en la evolución de la institución jurídica a que nos referimos en el presente trabajo es el *Código*, el cual ha

²⁶ Ahora hablaríamos de los incapaces, especialmente los afectados por algún padecimiento mental que afecte su capacidad de entender y de querer, es decir, *su voluntad*.

²⁷ Es decir, la prestación a realizar, la cosa a entregar, etc.

²⁸ Sería prolijo examinar en el espacio reservado a este trabajo, en su integridad, el tratamiento del acto jurídico máxime que según hemos observado no existió un planteamiento sistemático de la materia, sólo criterios que fueron retomados en el derecho ulterior.

²⁹ Por supuesto, con innumerables interpretaciones. Una vez más podemos confirmar con *Holmes* los asertos iniciales del presente trabajo, en el sentido de que *la regla permanece*.

orientado a la medicina occidental hasta nuestros días.²⁹

Mucho se ha escrito acerca de la naturaleza estrictamente deontológica del *Código*, y en efecto, la tiene, empero también existen innegables elementos jurídicos a menudo soslayados por los intérpretes³⁰; de entre ellos, cobran importancia los siguientes:

- [La idea del contractualismo sagrado](#). Al igual que en los demás sistemas normativos de la antigüedad³¹, el sistema grecolatino³² se inspira en dar prioridad al cumplimiento de obligaciones hacia la Divinidad, merced a lo anterior *la idea de pacto* prevalece en las fórmulas jurídicas: *Juro por Apolo Médico, por Asclepo, por Hygiea y Panacea y todos los dioses y diosas, poniéndolos por testigos, que cumpliré de acuerdo con mi capacidad y mi juicio este juramento y este pacto*. Luego entonces, no se trata de una mera *fórmula o declaración jurada*, estamos en presencia de una verdadera contratación.

Pero no sólo esto, se observa disposición contractual en relación a las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento: *Si cumplo este juramento y no lo violo, que se me premie con el disfrute de mi vida y mi arte, y que se me honre con la fama entre todos los hombres y en todos los tiempos venideros. Si lo violo y juro en falso, que me suceda lo opuesto*.³³

Se confirma lo anterior líneas más adelante, al referirse a *los pupilos que hayan firmado el pacto y hayan prestado juramento de acuerdo con la ley médica*. Es decir, del propio texto³⁴ surge una diferenciación entre el *pacto* y el *juramento*; se trata de dos categorías jurídicas³⁵.

- [La idea de la ley médica](#) que según hemos observado es una referencia textual y ulteriormente³⁶ ha de ser entendida como el conjunto de reglas de derecho inherentes a la medicina (en esencia el derecho sanitario, en cuanto se refiere al régimen jurídico de la atención médica)³⁷.

Sin embargo, y como podrá observarse, de la simple lectura del texto, el principio de autonomía preconizado en la Medicina no encuentra sustento formal en el Código, como tampoco existe una referencia expresa en el *Corpus*³⁸; al igual que sucedió con el derecho romano, fueron los comentaristas e intérpretes ulteriores, quienes fueron agregan-

³⁰ Lo cual resulta explicable en tanto la mayoría de los tratadistas pertenecen a la profesión médica.

³¹ Según hemos observado en el derecho de Israel, entre tantos ejemplos citables.

³² Grecia y Roma comparten elementos esenciales.

³³ Se incluyen dos tipos de *sanción la premial*, para el caso de cumplimiento y *la penal* en la hipótesis contraria. Un error muy difundido estriba en suponer que las sanciones

³⁴ Por lo tanto, no hace falta mayor herramienta interpretativa.

³⁵ En este sentido se observa la diferenciación prevalente en el derecho romano entre la manifestación de voluntad y la contratación.

³⁶ Merced a interpretación extensiva.

³⁷ Esta es la fuente formal de la *lex artis médica*. Se podrá observar que a lo largo del juramento se hace referencia al *arte*.

³⁸ Empero el uso y costumbre lo hacen suponer así.

do criterios para el ejercicio.

No fue sino hasta la interpretación de Leibnitz – Kant cuando se introduce el principio de autodeterminación, enunciado por el filósofo de Koënisberg como sigue: *“Elegir siempre de tal modo, que la misma volición abarque las máximas de nuestra elección como ley universal”*.

Este principio vino a incorporarse, sin embargo, como parte de la *ley médica* merced a los basamentos teóricos del racionalismo, pero hasta el siglo XX, según observaremos más adelante.

Sin perjuicio de lo expuesto, la idea de contractualismo en la atención médica *ser y sentido del consentimiento*, en tanto acto implícito, generaba la obligación de beneficencia y confidencialidad.

B. La aportación de Luis de Molina

Afirma Guzmán Brito³⁹, *de Justiniano podemos dar un gran salto hasta llegar a Luis de Molina (1535 - 1600) y a su tratado De justitia et jure publicado entre 1593 y 1609, del que nos interesa su parte De contractibus, contenida en el tomo II, que apareció en 1597.*

Al célebre jesuita corresponda *la primera formulación moderna de una doctrina del contrato, con potencia para convertirse en general, si bien expresada en términos del método escolástico de los problemas (disputationes), sin embargo, aparece integrada en un sistema general.*

Su formulación sigue el esquema justiniano de las estipulaciones.

A partir de la disposición⁴⁰ número 262, de Molina deja la generalidad de los contratos y entra en las *promisiones*. Su primer problema es cómo se forma el acto promisorio, es decir, lo que hoy corresponde a la doctrina de la formación del consentimiento, así refiere:

Disposición 262: «La promisión difiere del propósito, del doble género de promisiones y simultáneamente de las virtudes de la verdad y fidelidad» (*Promissio differt a proposito et de duplice promissionum genere ac simul de virtutibus veritatis ac fidelitatis*);

Según podrá observarse, distingue el autor⁴¹ la simple *intencionalidad*, de la *promesa*, es decir, siguiendo el criterio expuesto en el *Diccionario de Derecho Privado*⁴² la expresión de voluntad *por la que uno se obliga a dar o hacer una cosa*. Como afirma De Diego⁴³ *una declaración de voluntad seria y definitiva*.

Y para efectos de nuestro estudio, es bajo la teoría de de Molina cuando se establece la naturaleza jurídica del *consentimiento bajo información* a título de manifestación de una voluntad, *estipulación generadora de efectos de dere-*

cho.

Este criterio se reafirma en el contenido de la Disposición 263: «La promisión no se puede revocar libremente antes de la aceptación y si esto tiene lugar por su naturaleza o por derecho positivo» (*Promissio ante acceptationem revocari ne libere possit et utrum ex sua natura id habeat an ex positivo jure*);

Es decir, la simple manifestación de voluntad genera obligaciones *en cuanto a la seriedad y mantenimiento por un plazo determinado*.

Y más aun, distingue la *promesa* de la *aceptación*: Disposición 264: «Por quién puede ser aceptada la promisión y hasta cuándo vale la hecha por un ausente» (*Promissio a quo acceptari possit et quousque absenti facta valeat*).

Ahora bien, *la aceptación*⁴⁴ se ha definido en un sentido general como⁴⁵: *la manifestación de voluntad –consentimiento– de una parte civil, con efectos de perfeccionamiento*.

Merced a lo expuesto, el consentimiento se estructura mediante la *anuencia a la estipulación terapéutica*, ante la oferta (propuesta), de un facultativo.

No queda lugar a dudas, pues, *el consentimiento bajo información no puede ser explicado como un contrato*⁴⁶.

C. Contribuciones del racionalismo

Mucho se ha escrito acerca del caduco modelo de la *medicina paternalista*; este modelo ha sido sustituido por el de autonomía combinada, en el cual *ambas partes son corresponsables éticamente*. Para comprender esto y por ende, la esencia de las nuevas legislaciones *ius sanitarias*, son de esencial importancia las contribuciones del idealismo alemán Leibniz y Kant a la cabeza.

A mayor abundamiento, no es posible comprender la teoría general del consentimiento bajo información, sin hacer referencia a la autonomía y con ello a la connotación jurídica de libertad.

El sustrato filosófico del asunto se centra en la *libertad moral*, Julián de Marías⁴⁷, siguiendo a Guillermo Cabanellas, define la libertad como: *«facultad humana de dirigir el pensamiento o la conducta según los dictados de la propia razón y de la voluntad del individuo, sin determinismo superior ni sujeción a influencia del prójimo o del mundo exterior»*. Sigue diciendo el autor citado: *a lo que podemos agregar que, siendo así, el ser humano es libre independientemente de la existencia de las normas que rigen su conducta y de las sanciones que, como resultado de la priorización*

³⁹ Op. Cit.

⁴⁰ *Disputationes* podría ser interpretada como sinónimo de *discusión*.

⁴¹ Y según hemos observado ya en el derecho romano.

⁴² Editorial Labor, S.A. Barcelona, España. 1967. pág. 3146.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Que en puridad corresponde a la naturaleza jurídica del consentimiento bajo información en tanto *acto de permisión terapéutica* hacia el facultativo.

⁴⁵ Enciclopedia jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1986. Tomo I. Pág. 279.

⁴⁶ Aunque de manera eventual se encuentre vinculado a uno o varios contratos.

⁴⁷ Biblioteca básica del cristiano <http://www.hottopos.com>

optada, se deriven.

Por ende, la libertad moral ha sido entendida como *autonomía* en el sentido kantiano, es decir, *la libertad de plantear fines y escoger los medios para realizarlos bajo el sustento de establecer, la persona, sus propias normas morales, atendiendo a un imperativo categórico*, es decir, a la posibilidad de elevar su acción a la categoría de norma universal: *ejemplo a seguir*.⁴⁸

En términos del pensamiento de Kant, la Ilustración significaba para la Humanidad *superar la minoría de edad*, es decir, *la razón ya puede avanzar por sí sola sin necesitar autoridades que la tutelen*. Sólo necesita la precaución de sujetarse a un *método riguroso*.

Los temas esenciales de la filosofía kantiana encuentran dos grandes pilares: *la naturaleza y la libertad*. En el primero, tiene como modelo a Newton⁴⁹, y el segundo, refiere la idea más importante de Kant: *una ética basada en la libertad, donde el hombre asume la responsabilidad de su propia vida*.

Luego entonces, el hombre en tanto persona, ha de conducirse siguiendo un principio universal de moralidad, en tanto la razón sólo puede entender el objetivo de la existencia como un acto ético. Si el hombre, en tanto persona es un fin en sí mismo, la responsabilidad del hombre y la razón, sólo pueden dirigirse hacia la protección del hombre y por tanto, a los valores de humanidad.

Merced a lo expuesto, no es aventurado decir que la legislación occidental, en suma, es *kantiana* y en cuanto a la teoría del consentimiento bajo información puede estimarse, no sólo importante, sino crucial.

En efecto:

El principio bioético de *autonomía*⁵⁰ es kantiano y en él estriba, precisamente, la sustentación axiológica del consentimiento en el acto biomédico. Esto podría ser enunciado en los términos siguientes⁵¹:

- *Sería contrario a la razón todo acto contrario a la ley universal de moralidad.*
- *Sería contrario a la ley universal de moralidad impedir a la persona asumir la responsabilidad de su propia vida y por tanto, soslayar su asentimien-*

to para la aceptación de actos biomédicos.

- *Así también, sería contrario a la ley universal de moralidad que una persona soslaye asumir la responsabilidad de su propia vida, y*
- *De igual suerte, sería contrario a la razón todo acto tendente e soslayar la protección del hombre*⁵².

La expresión máxima de la autonomía supone conciliar la libertad prescriptiva del facultativo en tanto *persona responsable de la atención*, con la libertad terapéutica del paciente, en tanto *persona responsable de su propia vida*. Y esto sólo es dable en el ámbito del consentimiento, en tanto *asunción –es decir, participación, siguiendo el texto hipocrático- el cuidado de la salud*.

Para comprender el planteamiento kantiano, ha menester referirse al concepto de autonomía en Leibniz, para dicho pensador la libertad proviene de la dignidad y esta se encuentra en la *razón*.

Todo hombre se define como tal, para Leibniz⁵³, por la posesión de la razón. Su entendimiento es capaz entonces de acceder a los sistemas de verdades concatenadas en los cuales ésta consiste⁵⁴.

Pensadores como Spinoza y Leibniz y por supuesto, Hegel, estimaron que la libertad consiste en obrar en conformidad con la naturaleza y en ello observamos una vuelta al pensamiento hipocrático quien, pretendía *regresar a la naturaleza*⁵⁵.

Kant entendió la conciliación de lo anterior en forma por demás clara, la cual reproducimos, siguiendo la interpretación de *Adrián Icazuriaga*:⁵⁶ *Somos libres en cuanto nos pensamos libres y pensarnos libres al ser conscientes de cierto imperativo moral: promover la felicidad ajena y nuestra propia perfección*.

Queda, sin duda, mucho por decir, sin embargo, no nos resistimos a finalizar esta parte, recordando una reflexión de Julián Marías:⁵⁷

“Yo he dicho muchas veces que es muy importante tener libertad, pero es mucho más importante ser libre. Porque libertad, siempre hay alguna, por lo menos la que uno se toma; pero si no se es libre, si el hombre no es libre, por muchas libertades reconocidas, políticas, no hay verdadera

⁴⁸ Al respecto existe una célebre controversia entre Kant y Leibniz, para el primero la libertad no se explica sin encontrar por la razón el imperativo moral, en cambio para el segundo, es necesario *obedecer a un bien absoluto*.

⁴⁹ Innegablemente emparentado con las leyes de la física.

⁵⁰ “La autonomía de la voluntad –escribe Ferrater Mora– es la propiedad mediante la cual la voluntad constituye una ley por sí misma (independientemente de cualquier propiedad de los objetos del querer)”. El mismo autor nos señala el ‘principio de autonomía’: “Elegir siempre de tal modo, que la misma volición abarque las máximas de nuestra elección como ley universal”.

⁵¹ Los cuales han dado lugar a la escala de valores prevalentes en el derecho sanitario de la sociedad posmoderna.

⁵² Incluso en la exposición de motivos del derecho a la protección de la salud, se emplea una fórmula nacida del pensamiento kantiano: *la protección de la salud es una responsabilidad que comparten la sociedad y los interesados*.

⁵³ Leibniz reafirma el aspecto racionalista del análisis pero considera la voluntad “como un conatus que se origina en el pensamiento o que tiende hacia algo reconocido en el pensamiento como bueno”

⁵⁴ Theod. Discours I pág. 50.

⁵⁵ Sin duda por ello acusaron a los pensadores de la Ilustración de *naturalistas*.

⁵⁶ Revista HEnciclopedia <http://www.henciclopedia.org.uy/autores/Icazuriaga/curriculum.htm>

⁵⁷ Op. Cit.

libertad. Yo creo que si hubiera sido Leibniz, diríamos, el patrono de los sistemas políticos de los últimos siglos, hubiera sido más profunda y más verdadera la libertad.⁵⁸

D. La idea postmoderna del consentimiento bajo información

El consentimiento informado es la aceptación libre, por parte de un paciente con competencia (capacidad), para decidir por un acto diagnóstico o terapéutico, después de haber sido adecuadamente informado al respecto por un médico.⁵⁹

Sobre el particular, ha existido interesante controversia en el ámbito de la doctrina española⁶⁰; así sostiene Julio César Galán Cortés⁶⁰: *“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.”*

Por su parte, De Lorenzo y Montero, junto con Javier Sánchez Caro, señalan: *“Sería sin embargo un error estimar que la doctrina del consentimiento informado constituye un elemento extraño a la práctica médica, impuesto externamente por el derecho y que no significa otra cosa más que un nuevo requisito, un artificio legislativo que lo único que supone para el médico es mayor burocracia, más trabajo, y pérdida de tiempo. Por el contrario, se trata de devolver a la relación médico-enfermo su prístino significado de relación de confianza frente a la tantas veces denunciada deshumanización de la medicina en general y de la relación médico-paciente más especialmente.”*

Merced a lo expuesto, y si bien es cierto que la lex artis no siempre incluyó esta institución jurídica, el hecho es que al abandonarse el modelo paternalista de atención médica, y gracias al principio kantiano de autonomía⁶¹, la lex artis sufrió profunda transformación, que incluso hizo necesario revisar la teoría general del derecho.⁶²

Siguiendo a De Lorenzo y Sánchez Caro, podemos decir: *“Al cumplir la obligación de informar para obtener el consentimiento del paciente al tratamiento, el médico no se limitará a cumplir una obligación legal y a protegerse contra una demanda de responsabilidad profesional. Por el contrario, estará realizando un acto clínico, elevando la calidad de la asistencia y propiciando que la relación médico-*

paciente se asiente en unas bases que conducirán a su mejor éxito: además, se supera la vieja consideración de que lo que importa ante todo es el bienestar del paciente y se sustituye por el llamado principio de autonomía, es decir el sometimiento voluntario a un tratamiento médico por su libre y soberana decisión, tratamiento además en el que deberá ser considerado como sujeto de derechos y deberes, que incluyen no sólo su salud, sino también el respeto a su dignidad humana e intimidad.”

Ya hemos observado que desde el ángulo jurídico, el consentimiento se estudia en rubro especial de la teoría general del contrato, especialmente al tenor de la legislación civil al definirlo, establecer sus requisitos y señalar los vicios que lo invalidan, entre ellos el error.⁶³

Pero tratándose de una institución del derecho sanitario, tal y como afirman los autores señalados: *el consentimiento se desvincula en gran manera de su tradicional imbricación en la teoría general del contrato para encontrar más directamente su fundamento en la dignidad y en la libertad de la persona*⁶⁴.

Hasta esta parte de nuestro estudio, hemos glosado en apretada síntesis, los antecedentes del consentimiento bajo información a la luz de las fuentes de la teoría general del derecho. Procedemos ahora a glosar las fuentes y precedentes directos.

1. La moderna doctrina del consentimiento bajo información nace, en la doctrina de los Tribunales norteamericanos, en cuyas resoluciones se destaca, junto al fundamento jurídico, el carácter de postulado ético. Así en la sentencia del Tribunal de Minesota de 1905 *Mohr contra Williams*, en la que la condena al médico se basa en la idea de la inviolabilidad de la persona, y en la del Tribunal de Nueva York de 1914 dictada por el Juez Cardozo en el caso *Schloendorff contra Society of New York Hospital*, en la que declara terminantemente que todo ser humano de edad adulta y mente sana tiene el derecho de decidir qué se puede hacer con su propio cuerpo; y un cirujano que lleva a cabo una intervención, sin el consentimiento de su paciente, comete un delito.⁶⁵
2. Por su parte, el célebre y dilecto maestro don Luis Jiménez de Asúa⁶⁶ aborda el rubro del consentimiento para asuntos tales como la *eugenesia* y la *eutanasia*, se percata de que *el problema del consentimiento es un*

⁵⁸ Lorenzo-y-Montero R. El consentimiento informado en cirugía ortopédica y traumatología. Madrid, España: Editores Médicos; 1997.

⁵⁹ Sin duda una de las más importantes sobre este asunto.

⁶⁰ Aspectos legales de la relación clínica. Madrid, España. Pág. 27.

⁶¹ Y las contribuciones de Leibniz que ya hemos destacado.

⁶² Esto especialmente es patente al instaurarse el nuevo régimen del derecho a la disposición del cuerpo humano, especialmente por lo que hace al trasplante de órganos, las técnicas de fertilización asistida, la clonación y el genoma humano. En esos términos, la evolución del derecho no puede limitarse a un miraje histórico. Las nuevas necesidades hacen imperiosa la revisión de los antiguos principios para emitir nuevas soluciones normativas.

⁶³ Al cual ya nos hemos referido al hacer algunos apuntes respecto del derecho romano.

⁶⁴ En esos términos, y si bien las reglas generales para el consentimiento se encuentran en la legislación civil, la regulación del consentimiento bajo información queda a cargo de las normas del derecho sanitario

⁶⁵ De Lorenzo y Montero, y Sánchez Caro. Op. Cit.

⁶⁶ En su clásica obra *Libertad de amar y derecho a morir*

asunto que precisa ser encarado como tema general. Así escribe, respecto del llamado “*Birth control*”:⁶⁷

“Parir como las bestias, como los animales, que compensan por su fecundidad las bajas producidas por la muerte en gran escala, puede ser grato a los caudillos guerreros, que precisan carne de cañón; pero es absurdo en esta hora, en que el ser humano quiere regir sus destinos presentes y futuros.

La eugenesia exige, junto con la sanidad de la prole, y como medio de lograrla, la maternidad consciente, es decir, oportunamente lograda y detenida cuando el acúmulo de hijos dañe la existencia económica o cultural de los que vienen.”

Refiere el maestro que en el año de 1912 fue reconocida la utilidad de la planificación familiar por la “*Birth Medical Association*” y en el año de 1921 fue abierta la primera clínica.

3. Otro precedente digno de cita, lo encontramos en una obra clásica del maestro español José Castán Tobeñas *Los derechos de la personalidad*⁶⁸ en la cual reflexionaba acerca del derecho a la disposición del cuerpo humano y por ende, respecto de los alcances del consentimiento.
4. También es digno de mención el célebre artículo 5º del Código Civil Italiano de 1942 cuyo texto marcó durante muchos años, la fórmula generalmente aceptada, en cuanto a los actos de disposición del cuerpo: *Los actos de disposición del cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.* En este precepto se fijaron, hasta antes del trasplante de órganos, límites generales al consentimiento y especialmente, trascendió al ámbito de la medicina.
5. Pero sin duda el antecedente clásico de esta institución jurídica y definitorio de su naturaleza y límites, lo encontramos en el Código de Núremberg⁶⁹ a raíz de las desastrosas experiencias clínicas en los campos de concentración.⁷⁰
El artículo 1, a la letra señala:
El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial.
– *Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, in-*

timidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficientes de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide.

Es imprescindible señalar que en dicho precepto se instaura una regla interpretativa esencial y se refiere a los alcances de la información que debe recibir el paciente, para tener por válida la expresión del consentimiento.

Cabe añadir, las legislaciones positivas han oscilado entre el criterio de Núremberg *información suficiente* y otro parámetro, el de *información completa*⁷¹, al respecto se hace notar que durante algún tiempo prevaleció la idea de que el paciente debía recibir *información total* y esto lejos de favorecer la buena práctica, sólo dio pábulo al legalismo de los perseguidores de ambulancias y favoreció el éxito judicial en demandas inescrupulosas (especialmente en los Estados Unidos).

Puede decirse que este criterio se inscribe a título de lunar negro en la constelación de la medicina defensiva; por ello el criterio en vigor en los *ius sanitaristas*⁷² es insistir en que la información debe ser *la suficiente*; es decir, la necesaria para tomar la decisión informada. (Cada legislación sanitaria deberá normar, pormenorizadamente los criterios específicos.) De otra suerte se obligaría al médico a notificar en cada caso un tratado de medicina al paciente, lo cual resultaría extralógico y, por supuesto, inútil.

Dicho en otros términos, el acuerdo es rescatar el criterio original de Núremberg.

6. Otro de los precedentes de relevancia, lo observamos en el año de 1969, en los Estados Unidos: La Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales elaboró el considerado como primer Código de Derechos de los Enfermos. En éste se hace referencia, entre otros rubros, a la expresión de su consentimiento.
7. En el derecho español, en el año de 1972, el Reglamento de la Seguridad Social recoge el: «*Derecho a autorizar las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible*».
8. Por lo que hace al derecho sanitario mexicano el Código Sanitario de 1973 reconoce, por primera vez, el consentimiento bajo información por cuanto hace al derecho a la disposición del cuerpo humano, es decir, para trasplantes, en su artículo 202, que refiere a la letra: *Para efectuar la toma de órganos y tejidos, se requiere del consentimiento por escrito de la persona que dé el órgano o tejido, libre de toda coacción, el cual podrá revocarlo en cualquier tiempo, sin responsabili-*

⁶⁷ Con la amenidad y claridad que siempre usó en sus textos.

⁶⁸ Publicado por Editorial Reus y cuyo sobretiro podría encontrarse con cierta facilidad.

⁶⁹ Promulgado en 1947.

⁷⁰ El sentido original de la disposición se refería a la investigación clínica en seres humanos.

⁷¹ Incluso la legislación española lo empleó como fórmula *cuasisacramental*.

⁷² Adoptado en el último Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario, celebrado en Lima, Perú.

dad de su parte.

9. En consonancia a lo expuesto, en el Reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de los Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal, se estableció:

Artículo 29º.- Se entiende por donador el ser humano vivo, capaz, que no se encuentre en alguno de los casos del artículo 203, del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, que libremente disponga de un órgano par o tejido no esencial para la conservación de la vida para efectos de trasplantes entre vivos o, que ordene que a su muerte, se tomen de su cadáver.

10. Sin embargo, no fue sino hasta el año de 1986, cuando se reguló, en toda forma, dicha institución jurídica, en el reglamento de la ley general de salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Al respecto señala el artículo 80⁷³

⁷³ Respecto al criterio interpretativo en cuanto a la información necesaria al paciente, en nuestro país, ha prevalecido el criterio de Nuremberg. De hecho esta es la *lex artis* en México.

⁷⁴ Los actos en que se requiere consentimiento por escrito son:

- ingreso hospitalario.
- cirugía mayor.
- anestesia general.
- salpingoclasia y vasectomía.
- trasplantes y transfusiones.
- investigación clínica.
- necropsia hospitalaria.
- procedimientos de alto riesgo.

En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al 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. ⁷⁴

Sin duda queda mucho por decir, sin embargo, y para terminar sea permitido hacer remembranza de una reflexión de Pablo Belly:

“El conocimiento de hoy es el fruto de una cadena de conocimiento histórico que no tiene comienzo ni tampoco

Si desea someter algún artículo a revisión para la

R E V I S T A
CONAMED

solicite las instrucciones para los autores a los correos electrónicos
revista@conamed.gob.mx o lhernandez@conamed.gob.mx
o al Tel.: 5420-7032