

Material Imprimible

Curso Derecho a la salud

Módulo 5: Responsabilidad médica

Contenidos:

- Responsabilidad y ética médica.
- Derechos y deberes de los pacientes.
- Consentimiento informado.
- Historia clínica.

Responsabilidad y ética médica

El Comité editorial de la Revista Médica La Paz, en su artículo “Responsabilidad Profesional Médica: Factores De Riesgo No Asistencial En Las Demandas Por Mala Praxis”, nos enseña que el vocablo "responsabilidad" proviene del latín “responder”, interpretable como "estar obligado".

En otros términos, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, "responsabilidad" significa “deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.

Alicia Beatriz Cilio define la responsabilidad médica como “la obligación que tienen los profesionales de la salud, de dar cuenta ante la sociedad, por los actos

realizados en su práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente, pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica; y que de estos actos pudieran derivar consecuencias, como daños en el cuerpo humano o en la salud, o la muerte de los pacientes que estaban bajo asistencia”.

La génesis de esta figura la encontramos en la antigüedad. Desde el primer texto deontológico, el código de Hammurabi en el año 2.394 antes de Cristo, y en las leyes de diversas culturas, tanto griega como romana y egipcia, se hace referencia al comportamiento del médico, incluidas las graves sanciones cuando la conducta del facultativo reportaba algún daño a la persona.

El Código de Hammurabi diferenciaba en ese entonces lo que hoy denominamos responsabilidad civil y penal, de manera que los fallos no dolosos ni graves estaban castigados con sanciones económicas o indemnizaciones a los perjudicados por los médicos, mientras que ante fallos con resultados graves, el médico podía perder una o ambas manos si era cirujano, con la única finalidad de evitar que siguiese operando.

En Egipto, existían colegios secretos y se debía actuar acorde a las reglas y fórmulas establecidas por éstos, incurriendo en falta si no se observaban esas normas.

En Roma la relación médico-enfermo era considerada un arrendamiento de servicios bajo la forma de contrato consensual. Se establecía la culpabilidad del médico cuando, aún habiendo procedido bien, los resultados fuesen negativos debido a cierto abandono, puesto que se consideraba negligencia.

La responsabilidad de los profesionales de la salud es una variante de la responsabilidad general que atañe a todas las personas independientemente que ejerzan o no una profesión.

La diferencia existe cuando a través del ejercicio profesional surge un elemento objetivo como “el daño”, y que éste tenga relación directa con el accionar profesional, y que, desde el punto de vista legal, se encuentre encuadrado dentro de los denominados “delitos culposos”, en los cuales no existe intencionalidad de provocar un daño sino que se produce por imprudencia, impericia, negligencia e inobservancia de los deberes a su cargo.

El Profesor Nerio Rojas, en la obra “Medicina Legal”, expone con singular claridad los elementos que hacen a la Responsabilidad Profesional, citando que “deberá demostrarse su concurrencia en forma fehaciente, ya que la ausencia de uno de ellos hace decaer toda forma de responsabilidad”.

Uno de dichos elementos es el autor, y refiere al profesional con diploma y título habilitado, que ejerce la medicina o ciencia de la salud en las condiciones estipuladas en la ley de su ejercicio profesional.

Otro elemento es el acto profesional. Esta instancia es decisiva porque debe tratarse de una acción efectuada en su carácter de profesional de la salud, cuando asiste a un paciente.

Otro es el elemento subjetivo, que consiste en la demostración de la culpa por parte del profesional. El carácter distintivo de la culpa es la falta de previsión de las consecuencias del acto, por parte de una persona con capacidad de previsión, en este caso el profesional. El caso contrario sería un accidente excusable.

Siguiendo a la autora Cilio, la culpa exige la demostración de numerosos factores. Uno de ellos es la impericia, y es cuando faltan a la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende una asistencia, un tratamiento, particularmente cuando éstos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente.

Es necesario mencionar el concepto de “error” en medicina, que puede surgir de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia.

Un error puede haber ocurrido si el profesional actúa apremiado en alguna circunstancia y busca evitar un mal mayor, circunstancia denominada “Estado de necesidad”, de la cual quedará exonerado de responsabilidad.

Otro tipo de error es el llamado de “ignorancia atrevida”, como puede acontecer, por ejemplo, en el caso de un médico generalista no calificado para intervenir en una cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente. en este caso el error cometido no se puede excusar.

La imprudencia, por otro lado, consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasionaría el daño en el paciente. Esto equivale a efectuar un acto sin las debidas precauciones.

Se trata de una conducta opuesta a lo que un especialista en medicina aconsejaría en base a su experiencia y buen sentido, ya que no pueden tomarse riesgos. Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado.

En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que uno puede moverse libremente, señalando como límite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga

el error que produce daño. El profesional se compromete a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia.

Ante una demanda es natural que el profesional se oponga a las pretensiones del paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo, mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito, si esto es lo que se alega.

El paciente es el que debe demostrar que el daño sí fue causado, que la culpa es del profesional y que existe un “nexo de causalidad” entre la culpa de éste y el daño sufrido por el paciente. Si el paciente no prueba la responsabilidad del demandado, éste será absuelto.

La negligencia, por otra parte, es cuando a pesar de tener el conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. La negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional.

Luego existe la inobservancia de los deberes a su cargo, y es cuando el profesional no cumple con las obligaciones propias del cargo que está ejerciendo en ese momento.

La responsabilidad médica es un tema de la agenda actual y una de las materias jurídicas de mayor desarrollo teórico con gran repercusión en la salud, tanto en la práctica asistencial, como en la economía de las instituciones. Tanto es así que día a día, y especialmente después de la pandemia, adquiere mayor impulso como respuesta a cambios sociales y culturales.

Dichos cambios sociales y culturales pueden ser, en principio, los avances de la medicina. En este caso, los logros de la misma, al aumentar la expectativa de vida y resolver progresivamente una mayor cantidad de situaciones críticas, instalan en el inconsciente colectivo, la idea de que la muerte o la enfermedad

deben obedecer a una falla de la medicina y, en consecuencia, tener un responsable.

Otros son los cambios en la forma de prestación asistencial y la mayor complejidad de la tarea asistencial, que modifica cualitativamente la relación médico-paciente, y despersonalizándose.

Finalmente, también se puede nombrar el cambio de paradigma desde el paternalismo médico a la autonomía del paciente. Este cambio de paradigma en la relación médico-paciente favorece el cuestionamiento del médico y estimula el reconocimiento de los derechos del paciente.

Como resultado de los anteriores cambios, la práctica médica está indisolublemente ligada al derecho; por lo que, la seguridad del paciente y el riesgo de reclamaciones por presunta mala praxis o mala práctica por parte del profesional de la salud hacia un paciente, ya sea en la consulta privada o en un servicio de salud pública, ha aumentado en los últimos tiempos.

Esto hace que la responsabilidad profesional sea actualmente un tema prioritario de primer orden en el ámbito de la medicina. En términos amplios, la responsabilidad profesional puede ser catalogada de diversas formas.

Una responsabilidad profesional es personal cuando sólo se debe responder ante la propia conciencia de un acto inmoral. Por otro lado, que una responsabilidad sea profesional significa que se asegura, ante organismos encargados de vigilar, que unas normas de conducta se cumplan, por ejemplo, ante los respectivos colegios profesionales.

Luego, la responsabilidad jurídica se trata de responder ante la sociedad, en cabeza de sus jueces, por una trasgresión a la ley. Esta responsabilidad puede a su vez ser de tipo civil o penal.

La responsabilidad médica penal tiene lugar cuando sucede un delito o infracción dentro del ejercicio sanitario. Aquí el punto principal que se plantea es la exigencia o no de responsabilidad por imprudencia.

Es así como el mismo hecho puede ser juzgado desde un punto de vista penal, para establecer si configura o no delito, y en su defecto, si merece pena, o bien desde el punto de vista civil, destinado a acoger o rechazar una petición de indemnización patrimonial.

La responsabilidad profesional puede dar lugar a responsabilidad penal cuando el hecho incriminado constituye una infracción voluntaria o imprudente, tipificada como delito o falta.

El profesional puede ser penalmente responsable de sus actos en diversas circunstancias. Una de ellas es cuando actúa como individuo, con independencia de su condición profesional, que en todo caso le puede servir como medio de realizar el delito.

En estos casos existe intencionalidad o malicia, también conocido como “dolo”, del que surge directamente la condición de delito. La responsabilidad en este caso es la de cualquier ciudadano que delinque.

Respecto de una segunda circunstancia, diremos que la ley impone al profesional una serie de obligaciones penalmente sancionables si se omiten, relativas a las condiciones para el ejercicio de la profesión, a la prescripción de medicamentos, al libramiento de un certificado falso de enfermedad, al aborto, a la obligación de denuncia, al falso testimonio de los peritos, entre otros.

En todos estos supuestos se dan delitos cualificados por la condición profesional de su autor, sin la cual aquéllos no existirían.

Con todo, la circunstancia jurídica más habitual en la responsabilidad penal es la de “imprudencia punible”. En el ámbito penal la conducta sancionable debe ser típica, o sea que debe estar configurada en el Código Penal.

En estos casos las penas recaen sobre las personas. Por ello se dice que este tipo de responsabilidad “penal” es subjetiva, debiéndose demostrar la relación directa o “nexo de causalidad” entre el accionar profesional y el daño, sin lo cual no puede hablarse de delito.

Al ser absolutamente personal, este tipo de responsabilidad es “intransferible” y cesa con la muerte del individuo. Las consecuencias del accionar culposo pueden ser el daño en el cuerpo o en la salud o la muerte o sea “lesiones u homicidio”, ambos de carácter “culposo”. Cabe destacar que una de las sanciones que se impone en caso de comprobarse, en este tipo de conducta antijurídica es la “inhabilitación”.

Volviendo a la distinción entre responsabilidad penal y civil, mencionaremos que la autora Sandra M. Wierzba, en su artículo “ La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, nos explica que “en la Argentina de las últimas décadas, sin duda los médicos son los profesionales que han recibido el mayor número de reclamos vinculados con el ejercicio de su actividad..

Las causas de tal fenómeno obedecen a una multiplicidad de factores. Entre ellos, el hecho de que asociar su labor con la vida y la salud de las personas genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa - al menos en forma absoluta- de la pericia, prudencia y diligencia profesional”

En los tiempos que vivimos se asigna la máxima jerarquía al derecho a la salud, y se halla directamente comprometido el interés público en su protección,

conforme con los Arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, y el Art. 75 inciso 22 de la misma.

Asimismo, al admitirse pacíficamente que la responsabilidad del médico compromete generalmente la del nosocomio y la del organizador de los servicios de salud, ya sea público, obra social, medicina prepaga u otro, las demandas en este ámbito cuentan con una alta probabilidad de encontrar un legitimado pasivo solvente para atender una condena eventual.

Otros factores como el déficit en la calidad de la educación profesional, la masificación en la asistencia, la proletarización de las condiciones del ejercicio, en cuanto afectan el desarrollo de las prestaciones en condiciones y tiempo adecuados, y la mayor conciencia sobre el derecho de los pacientes a ser indemnizados por los daños sufridos, inciden también en el fenómeno descripto.

Si bien en materia de responsabilidad civil, como género que incluye la responsabilidad de los profesionales de la salud, el actual Código Civil y Comercial de la Nación recoge los criterios que han venido trazándose a nivel doctrinario y jurisprudencial. El nuevo cuerpo legal presenta ciertas novedades significativas.

En el anterior código no se tomaba a la salud humana en forma directa, ya que se trataba de una época donde la medicina, la disciplina científica y la salud pública eran conceptos que apenas comenzaban a desarrollarse, y no había espacio para una reflexión sobre el tema en un texto legal de esa naturaleza. Por lo tanto, estaba centrado esencialmente en las relaciones privadas entre los hombres.

Los avances científicos y tecnológicos producidos en el siglo XX y lo que va del siglo XXI revolucionaron la atención de la salud, expresándose en prácticas como

la genética aplicada a la terapéutica, los trasplantes de órganos y la concepción de personas mediante métodos de fertilización asistida.

Con ese marco, el derecho a la salud fue explícitamente reconocido en la Constitución de 1994, y ahora aparece variadamente regulado en el actual Código unificado.

El texto legal consagra la función preventiva de la responsabilidad civil, que se suma a la idea clásica del resarcimiento, de acuerdo con el Art. 1708 del Código Civil y Comercial Nacional.

Es así que se impone un deber de prevención a todas las personas en cuanto de ellas dependa, de evitar daños injustificados y de no agravarlos, si éstos ya tuvieron lugar; de acuerdo con el Art. 1710 del Código Civil y Comercial Nacional.

A su vez, regula cierto tipo de acciones preventivas, definitivas y provisorias, que permiten a los jueces disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer y podrán materializarse mediante mandatos de innovar y de no innovar complementando las vías ya previstas por los ordenamientos procesales. Esto consta en los Arts. 1711 y 1713 del Código Civil y Comercial Nacional.

Veamos qué nos dice el articulado. El Artículo 1710. habla sobre el deber de prevención del daño, y reza que “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado.

b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa.

c) No agravar el daño, si ya se produjo”.

Por su parte, el Artículo 1711 sobre acción preventiva dice que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Luego, el Artículo 1712 sobre legitimación, explica que “están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño”.

El Artículo 1713 trata sobre la sentencia, y dice: “la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

En el Artículo 1714 de punición excesiva, en cambio, se lee: “si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

El Artículo 1715 trata las facultades del juez. Allí se lee que “en el supuesto previsto en el Artículo 1714, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

En cuanto a la función de resarcimiento, el Código nos dice en el Artículo 1716 sobre el deber de reparar, que “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Según el Artículo 1717. de antijuridicidad, “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

En Artículo 1718, sobre Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho, se indica que “está justificado el hecho que causa un daño:

- a) en ejercicio regular de un derecho;
- b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena.
- c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo”.

El Artículo 1719, sobre asunción de riesgos, reza que “la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido”.

Tal como adelantamos anteriormente, además de la responsabilidad legal, los profesionales de la salud en su ejercicio diario se encuentran también sujetos a una responsabilidad moral o ética, que se trata de un compromiso ante su propia conciencia. Es una responsabilidad moral, privativa de su conciencia

individual, que teóricamente debería ser la más rigurosa, ya que es el fundamento deontológico del crédito profesional.

La autora Alicia Beatriz Cilio explica que, a fin de determinar y precisar las responsabilidades morales, surge la denominada “moral o deontología”, que es el conjunto de normas que deben seguir los profesionales del sector salud, en el ejercicio de su profesión, en sus relaciones con la sociedad, con los enfermos, con las autoridades y con sus colegas.

Así, la ética se define como el “conjunto de reglas y principios que rigen la conducta moral y profesional de los profesionales de la salud”. La ética profesional sería como la traducción de las normas generales de la moral humana que el profesional de la salud debe aplicar en su profesión.

Es decir, que incurrirá en esta especie de responsabilidad si infringe las reglas que rigen la conducta moral o profesional. Esta responsabilidad ética, o también denominada comúnmente responsabilidad profesional, consecuencia de la inobservancia de los deberes profesionales, no siempre genera responsabilidad jurídica.

Existen diversos preceptos a los cuales el facultativo debe someterse en el ejercicio de su profesión y cuyo cumplimiento no acarrea sanción positiva.

Derechos y deberes de los pacientes

Introduciremos ahora el tema de derechos y deberes de los pacientes. Comenzaremos por hablar del consentimiento informado, que es un acto por el cual el médico describe al paciente, de la manera más clara posible, el estado de salud y el procedimiento a seguir, detallando los beneficios y riesgos que ello implique.

En otras palabras, el consentimiento informado es la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y

someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto.

El Código Civil y Comercial, en su Art. 59 se refiere a esta figura, recogiendo la esencia de la definición citada y exigiendo su implementación como paso previo a todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico –salvo disposición legal en contrario.

Además, se detiene en algunos de sus aspectos críticos, como qué y cuánto debe informarse, a cuyo respecto sigue la letra de la ley de Derechos del Paciente.

Ante la falta de aptitud de una persona para otorgar el consentimiento informado, el Código unificado admite que lo haga en su lugar el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que lo acompañe.

Si bien tal representación se prevé para casos de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del interesado, cabe interpretar que se aplicará a las distintas situaciones en las que el enfermo se vea impedido de expresar su voluntad, ya que la emergencia constituye justamente una excepción a la exigencia del consentimiento informado.

El Artículo 1.720 del Código Civil y Comercial nos dice que “sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

La Ley 26.529, que versa sobre los derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, establece al respecto en su Artículo

primero que “en el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la misma”.

En su Artículo segundo, en cambio, reza que son numerosos los derechos esenciales que existen en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate.

Un derecho esencial es la asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición.

El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente.

Otro derecho esencial es el trato digno y respetuoso. En este sentido, el paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

También existe el derecho a la intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326.

Otro derecho esencial es el de confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente.

Por otro lado, existe el derecho de autonomía de la voluntad. Según él, el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

La Información Sanitaria constituye otro derecho esencial. Se entiende por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Otro derecho es el de la interconsulta médica. En este caso, el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

Por último, podemos mencionar el derecho esencial a no recibir la información. Es de destacar que actualmente ya se admite y reconoce como derecho del paciente a rechazar o negarse a recibir toda o parte de la información que no quiera conocer, asumiendo por supuesto, las causas de dicho.

“Si bien es cierto que, en principio, el paciente no debiera estar obligado a dar explicaciones acerca de sus decisiones, también lo es que, en una buena relación médico-paciente, sustentada en el diálogo sincero y respetuoso entre ambos aliados de la relación terapéutica, el médico necesita saber el por qué su paciente no acepta su indicación, con la finalidad de asegurarse que el enfermo verdaderamente ha entendido los alcances de su decisión y ha comprendido la propuesta médica.

La experiencia indica que muchas veces el rechazo a la indicación médica está sustentado en un malentendido o una mala apreciación de la explicación brindada, como por ejemplo la dificultad en cuanto al lenguaje técnico y su simplificación; temor o miedo a lo desconocido, como a un posible mal resultado de la cirugía, los efectos de la anestesia, la incapacidad sobreviniente, etcétera.

Por ello, muy difícilmente un médico con una buena relación con su paciente no vaya a querer indagar acerca de las razones de su negativa, sin que ello implique una pretensa intromisión en la esfera de autonomía y privacidad del paciente.

En cuanto a uno de los puntos más importantes del conocimiento de los derechos que asisten a los pacientes, encuentra su correlato en la figura del consentimiento informado.

Consentimiento informado

La palabra consentimiento, según el Diccionario de la Real Academia, significa “acción o efecto de consentir”.

También se entiende por consentimiento el permitir una cosa, conceder que se haga o, asimismo, existencia de conformidad de voluntad entre dos partes.

La palabra consentimiento que viene del latín “cum sentire” y que se traduce como “con sentir”, encuentra como sinónimos las palabras licencia, autorización, aprobación o anuencia y, como antónimos, denegación, disentimiento o prohibición.

Se concibe por consentimiento el acuerdo entre dos voluntades; o sea, el consentimiento de una persona o el comportamiento de otra a través de actos que pueden tener consecuencias jurídicas y, por lo tanto, han de reunir los requisitos objetivos, subjetivos y formales para producir los efectos de dichos actos.

Al respecto, el Artículo quinto de la Ley 26.529 establece que “se entiende por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.

La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

Es de destacar que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

El Artículo séptimo establece que “el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.”

Es de destacar que se requiere el consentimiento del paciente o, en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.

Como toda norma de alcance general, suele tener particularidades o excepciones. En el caso del régimen de excepcionalidad del consentimiento informado, está dado por el Artículo noveno, que establece que “el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos.

- a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública.
- b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.”

En el Artículo 10, sobre revocabilidad, se lee que “la decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.”

El Artículo 11 sobre directivas anticipadas, por su parte, explica que “toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.”

Si bien como material complementario de este módulo se les suministra modelos de los consentimientos informados, aquí diremos que dentro de las estipulaciones que no pueden faltar, se encuentran las siguientes.

En principio, la constancia de que se ha informado al paciente, en forma clara, sobre los riesgos inherentes al procedimiento diagnóstico o terapéutico y acerca de las probabilidades de éxito.

Luego, la constancia de que se le ha dado al paciente la oportunidad de hacer preguntas y acceder a las respuestas contestadas en forma completa y satisfactoria.

Tampoco puede faltar la constancia de que se le ha enseñado al paciente que con cualquier procedimiento existe la posibilidad de una condición inesperada, y que no se pueden dar garantías en lo que concierne a los resultados de cualquier procedimiento o tratamiento.

Otra es la constancia de que el paciente comprende que en el curso de todo procedimiento diagnóstico o terapéutico pueden presentarse condiciones imprevistas que necesiten procedimientos diferentes a los previstos, autorizando a la realización de procedimientos adicionales justificados.

También es importante la constancia de que el paciente consiente o la administración de anestésicos o medicamentos que fueran necesarios; y la constancia de que consiente que, con fines de promover el conocimiento y educación médica, se proceda a la fotografía, grabación en cinta de video o televisión del procedimiento siempre que no se revele ni comprometa la identidad de paciente, así como autoriza a la admisión de observadores a la sala de procedimientos diagnósticos o terapéuticos.

También hay que asegurarse que el paciente consiente que cualquier órgano o tejido removido podrá ser examinado y retenido por el Hospital para fines médicos, científicos o educativos.

Hay dos excepciones legales que contemplan los casos en que no puede obtenerse el consentimiento informado del enfermo. La Dra. María Susana Ciruzzi, abogada y especialista en Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, las explica. Una de las excepciones es cuando no es posible obtener el consentimiento informado por tratarse de situaciones de grave

riesgo para la salud pública o situaciones de emergencia en las cuales la vida del paciente esté en juego; por ejemplo, si está en estado de inconsciencia.

Otra cuestión contemplada son las situaciones en las que se pueda acceder a la intervención inmediata de un subrogante. Éstas son dos excepciones que se relacionan con la buena práctica médica y con el principio *primum non nocere*.

Bioéticamente, resulta proporcionada toda acción destinada a proteger de manera inmediata la vida del paciente ante una emergencia que no admite dilación ni espera alguna.

Una vez estabilizado el paciente, es posible reevaluar su situación, ya sea con su intervención directa o a través de sus representantes, ponderando la proporcionalidad de las medidas instauradas y, en su caso, decidir la interrupción de ellas o la abstención de nuevos procedimientos médicos.

Por su lado, la salud pública es un bien jurídico que autoriza la restricción legal de ciertos derechos individuales, en la medida de su afectación o riesgo. Ambas excepciones son jurídicamente causas de justificación que permiten la realización del acto médico con prescindencia del consentimiento informado del paciente, sin por ello tipificar un acto ilegal o violatorio de los derechos individuales.

Historia clínica

El autor Dr. Gustavo Caramelo, nos enseña que la historia clínica es un documento obligatorio y necesario en el desarrollo de las prácticas de atención sanitaria de personas, y tiene diversas funciones que la constituyen en una herramienta fundamental de un buen desarrollo de la práctica médica.

Modernamente, se procura que no sea un mero registro burocrático, sino que constituya una suerte de “patobiografía” del paciente, que permita el seguimiento de la evolución de su salud a lo largo del tiempo.

La doctrina médica forense ha definido a la historia clínica como “el documento o instrumento escrito en el que consta en forma metódica, ordenada y detallada la narración de todos los sucesos acaecidos y comprobaciones realizadas por el médico o el equipo médico, durante la asistencia de un paciente en un establecimiento público o privado desde su ingreso hasta el momento de su egreso por alta o por muerte”.

En razón de las facultades constitucionales concurrentes que existen en el Sistema Federal argentino en materia de salud entre la nación y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la regulación básica de la historia clínica se encuentra comprendida entre los artículos 12 a 21 de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

En el primero de esos artículos define a la historia clínica como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la Salud.

Veamos qué nos dice el propio texto normativo de la ley 26.529. En el Artículo 12, llamado Definición y alcance, explica que “a los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.”

Esta noción implica que este instrumento es considerado un documento de elaboración progresiva y de carácter complejo, integrado por los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las plantillas de

enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas o abandonadas, registradas mediante asientos efectuados con un breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

En el Artículo 14, por su parte, se establece que “el paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, salvo caso de emergencia”.

El Artículo 15 se titula Asientos, y explica que “sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar: a) La fecha de inicio de su confección.

b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar.

c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad.

d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes.

e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere.

f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.”

En cuanto a la integridad de este instrumento, el Artículo 16 establece que “forman parte de la historia clínica los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve resumen del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada al mismo. La historia clínica es inviolable.

Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas.

A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, "Del depósito", y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación”.

El Artículo 19, por otro lado, indica que “se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) El paciente y su representante legal.

b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla.

c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal. A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original.

Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester”.

Es de destacar que todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 puede, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, disponer del ejercicio de la acción directa de habeas data a fin de asegurar el acceso y obtención de aquella.

A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

El Artículo 21, titulado Sanciones, explica que “sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas”.

En cuanto a la confección de la Historia clínica diremos en términos generales que debe sujetarse a los principios de integridad, unicidad, inviolabilidad y confidencialidad.

Su contenido puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma.

A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La historia clínica elaborada en soporte papel debe seguir un estricto orden cronológico, sin espacios entre los registros ni enmendaduras no salvadas con la firma del profesional interviniente.

Sin embargo, desde marzo de 2023, se instauró la historia clínica digitalizada, mediante la Ley 27.706. Tal normativa crea el Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de las Historias Clínicas de la República Argentina con la finalidad de instaurar, en forma progresiva, el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas, respetando lo establecido por el Capítulo IV de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y por la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales y sus modificatorias.

Así, indica que la información clínica contenida en el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas debe tener, bajo la responsabilidad administrativa, civil o penal, carácter confidencial. La autoridad de aplicación

establece los responsables de la administración y el resguardo de la información clínica.

La información clínica contenida en el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas, su registro, actualización o modificación y consulta se efectúan en estrictas condiciones de seguridad, integridad, autenticidad, confiabilidad, exactitud, inteligibilidad, conservación, disponibilidad, acceso y trazabilidad.

Asimismo, se deben garantizar los mecanismos informáticos para la autenticación de las personas, agentes, profesionales y auxiliares de la salud que intervengan en el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas, garantizando el libre acceso y seguimiento por parte del paciente.

El Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas debe, a su vez, contemplar la recuperación de archivos y la perdurabilidad de la información, y debe ser auditable y pasible de ser inspeccionado por las autoridades correspondientes.

La información contenida en el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas constituye documentación auténtica y, como tal, es válida y admisible como medio probatorio, haciendo plena fe a todos los efectos, siempre que se encuentre autenticada.

Es de destacar que el paciente es titular de los datos y tiene en todo momento derecho a conocer la información en la Historia Clínica Electrónica, el documento digital, obligatorio, con marca temporal, individualizada y completa, en el que constan todas las actuaciones de asistencia a la salud efectuadas por profesionales y auxiliares de la salud a cada paciente, refrendadas con la firma digital del responsable.

El almacenamiento, actualización y uso se efectúa en estrictas condiciones de seguridad, integridad, autenticidad, confiabilidad, exactitud, inteligibilidad, conservación, disponibilidad y acceso, de conformidad con la normativa aprobada por la autoridad de aplicación de la presente ley, como órgano rector competente.