



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“El deber de informar y el consentimiento informado del paciente en el acto médico como expresión de la *Lex Artis* en la responsabilidad profesional”.

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:  
ABOGADO**

AUTOR:

Br. Andy Víctor Chunga Coronado (ORCID: 0000-0002-5613-8346)

ASESOR:

Dr. Pier Abisal Adrianzén Román (ORCID: 0000-0002-2921-7049)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Civil

PIURA – PERÚ

2019

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicarle este trabajo a Dios que me ha dado la vida y fortaleza para terminar este proyecto de investigación, a mis amistades por estar ahí cuando lo necesite; en especial a mi madre por su cooperación y ayuda constante.

En ese mismo sentido, a mis hermanos (Jimmy, Frank, Sandro y Jannina) quienes a pesar de las constantes dificultades y difíciles momentos que atravesó nuestra familia estuvieron siempre estrechándome su mano para mantenerme de pie y poder concluir con mi carrera profesional.

## **AGRADECIMIENTO**

A los docentes de la facultad de derecho - Universidad Cesar Vallejo por su generosidad al brindarme la oportunidad de recurrir a su capacidad y experiencia en un marco de confianza y afecto, fundamental para la concreción de este trabajo, además de saber inculcarme no solo conocimientos sino también valores, los mismos que me servirán en mi vida personal y profesional.

¡Gracias!

Andy V.

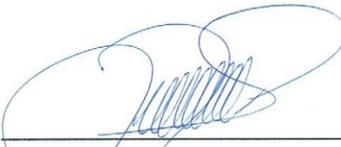
## Página del jurado

 <b>UCV</b> UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	<b>ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS</b>	Código : F07-PP-PR-02.02 Versión : 10 Fecha : 10-06-2019 Página : 1 de 1
--	---------------------------------------	---

El Jurado encargado de evaluar la tesis presentada por doña **CHUNGA CORONADO ANDY VÍCTOR**, cuyo título es: "EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN EL ACTO MÉDICO COMO EXPRESIÓN DE LA LEX ARTIS EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL".

Reunido en fecha, escucho la sustentación y la resolución de preguntas por es estudiante, otorgándole el calificativo de: **14- CATORCE**.

Piura, 05 de Diciembre del 2019

  
Mg. Omar Gabriel Velasco Palacios  
PRESIDENTE

  
Mg. Pierr Abisai Adrianzén Román  
SECRETARIO

  
Abog. Angella Inés Pingo More  
VOCAL



Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	---------------------	--------	---------------------------------

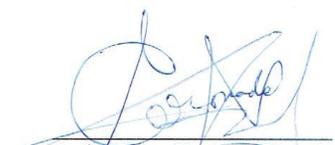
### Declaratoria de autenticidad

**Andy Víctor Chunga Coronado**, estudiante de la Escuela Académico Profesional de **DERECHO**, de la Universidad César Vallejo, sede Piura, declaro que el trabajo académico titulado: **“EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN EL ACTO MEDICO COMO EXPRESION DE LA LEX ARTIS EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL”**, presentado en folios 113 para la obtención del título profesional de **ABOGADO**, es de mi autoría.

Por lo tanto, declaro lo siguiente:

- He mencionado todas las fuentes empleadas en el presente trabajo de investigación, identificando correctamente toda la cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes de acuerdo con lo establecido por las normas de elaboración de trabajos académicos.
- No he utilizado ninguna otra fuente distinta de aquellas expresamente señaladas en este trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido previamente presentado completa ni parcialmente para la obtención de otro grado académico o título profesional.
- Soy consciente de que mi trabajo puede ser revisado electrónicamente en búsqueda de plagios.
- De encontrar uso de material intelectual ajeno sin el debido reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinan el procedimiento disciplinario.

Piura, 05 de diciembre de 2019.



Andy Víctor Chunga Coronado  
DNI N° 45589587

## ÍNDICE

	Pág.
Carátula .....	i
Dedicatoria .....	ii
Agradecimiento .....	iii
Página del jurado .....	iv
Declaratoria de autenticidad.....	v
Índice .....	vi
Resumen .....	ix
Abstract .....	x
I. INTRODUCCIÓN .....	1
1.1 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN .....	1
1.1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
1.1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	3
1.1.3 JUSTIFICACIÓN .....	3
1.1.3.1 Justificación Doctrinal .....	3
1.1.3.2 Justificación Normativa .....	5
1.1.3.3 Justificación Jurisprudencial .....	5
1.1.4 ANTECEDENTES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN .....	6
1.1.4.1 Monografías .....	6
1.1.4.2 Tesis .....	7
1.1.4.3 Artículos .....	8
1.1.4.4 Jurisprudencia .....	9
1.1.4.5 Legislación .....	9
1.1.5 OBJETIVOS .....	10
1.1.5.1. Objetivo General .....	10
1.1.5.2 Objetivos Específicos .....	10

MARCO TEÓRICO .....	11
1.1.6 El Acto .....	11
1.1.7 Responsabilidad Civil .....	12
1.1.7.1 Noción Jurídico .....	12
1.1.7.2 Elementos de la responsabilidad civil .....	14
a) La antijuridicidad .....	15
b) Daño .....	16
c) Relación de causalidad .....	17
d) Factor de atribución .....	19
1.1.8 Responsabilidad Civil Profesional .....	20
1.1.9 Responsabilidad Civil Médica .....	23
1.1.9.1 Acto médico .....	23
a) Definición .....	23
b) Naturaleza jurídica del acto médico .....	25
c) Elementos esenciales del acto médico .....	26
1.1.9.2 Noción de responsabilidad civil medica .....	28
1.1.9.3 Lex artis .....	33
a) Concepto y dimensión .....	33
b) Riesgos y tratamiento y <i>Lex Artis</i> .....	34
c) <i>Lex artis</i> y error médico .....	35
1.1.9.4 Consentimiento Informado .....	37
a) Noción jurídica .....	37
b) Clases .....	40
c) Importancia del consentimiento informado .....	41
d) Presupuestos del consentimiento informado .....	42
II. MARCO METODOLÓGICO .....	48
2.1 PROPOSICIÓN .....	48
2.2 METODOLOGÍA APLICABLE .....	48
2.2.1 Tipo de investigación PURA .....	48
2.2.2 Métodos de Investigación .....	49

2.2.3 Técnicas o instrumentos de Investigación .....	50
III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	52
3.1 DESARROLLO DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	52
Objetivo General .....	53
Objetivos Específicos .....	65
3.2 DESARROLLO DE LA PROPOSICIÓN FORMULADA Y RESPUESTA A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	76
3.3.1 APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA .....	80
a) La responsabilidad civil .....	80
b) Consentimiento Informado .....	81
3.3.2 APLICACIÓN DOCTRINAL .....	87
3.3.3 PROBLEMÁTICA GENERADA .....	88
IV. CONCLUSIONES .....	92
V. RECOMENDACIONES .....	94
VI. PROPUESTA .....	95
VII. REFERENCIAS.....	96
ANEXOS .....	98

## RESUMEN

El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un hecho incontrovertible que el consentimiento informado es ajeno a la tradición médica que lo ha desconocido a lo largo de su historia, si bien ahora constituye un presupuesto esencial en la relación médico- paciente, lo que redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial.

El consentimiento informado llega al campo médico desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina en los últimos siglos; puesto que hoy constituye una exigencia ética y un derecho de vital cumplimiento en nuestro país.

El consentimiento informado es una preocupación actual en los niveles de atención primaria en salud y promoción de la salud, debido al reconocimiento de la autonomía de la salud individual en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en nuestra Constitución Política. La autodeterminación y la autorresponsabilidad implican una toma de conciencia clara sobre los deberes y derechos personales y ajenos; lo que constituye un imperativo educativo en áreas de la comunicación humana que implica principios, valores y normas de inevitable interiorización, apropiación e incorporación, para poder aplicarse de manera adecuada en la cotidianidad de las interrelaciones en el ámbito de la prestación de servicios.

La ética de la comunicación, permite el respeto de la dignidad y los derechos de la persona, y remite a la retroalimentación como características del consentimiento informado, identificando en lo posible las diferencias entre la verdad objetiva (científica) y subjetiva (valores y creencias) de cada persona, para determinar con precisión la esencia del mensaje enviado y recibido por parte de los interlocutores, y obrar en consecuencia.

Palabras Clave: Consentimiento informado, médico, paciente, acto médico.

## ABSTRACT

Informed consent is an integral element of the budget and the *lex artis* for carrying out medical activities. It is an incontrovertible fact that informed consent is irrelevant to the medical tradition, which has known throughout its history, but now is an essential prerequisite in the doctor-patient relationship, which will result in a significant improvement in the quality care.

Informed consent has come to medicine from the right and should be considered as one of the greatest contributions that the law has made to medicine at least in recent centuries. Today is an ethical obligation and a right to life fulfillment in our country. Informed consent is an ongoing concern in the levels of primary health care and health promotion due to the recognition of individual autonomy in the Universal Declaration of Human Rights and our Constitution. Self – determination and self-responsibility involves a clear awareness on personal rights and duties of others, it is imperative that education in áreas of human communication that involves principles, values and norms of inevitable internalization, appropriation and incorporation to can be suitably applied in everyday life in the inter – relationships in the field of service delivery.

The ethics of communication, which plays with the relationship of dialogue and assertive communication, allows respect for the dignity and rights of individuals, and refers to feedback as a characteristic of truly informed consent, identifying possible differences between the objective truth (scientific) and subjective (values and beliefs) of each person to determine precisely the essence of the message sent and received by partners and act accordingly.

Keywords: Informed consent, doctor, patient, medical act.

# I.INTRODUCCIÓN

## 1.1 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la sociedad peruana tenemos a un médico que no siempre da a saber todo aquello que su paciente debe conocer, pues oculta o en el peor de los casos brinda errada información respecto al estado de salud en el que se encuentra su paciente, olvidando decir: las garantías, condiciones o riesgos que se presentaran frente a una eventual intervención, cirugía o tratamiento. Por ello, me atrevo a decir que el consentimiento no se agota en un mero y simple permiso del paciente hacia el médico para que le realice un determinado acto médico; o su constancia en un documento como un acto de carácter documental, sino que es un proceso constante y paulatino de información donde se debe gestar la confianza entre médico y el paciente, siendo el primero en mención quien da la potestad al paciente de decidir, luego que el segundo en mención reciba una información veraz, necesaria y oportuna concerniente a su salud.

El consentimiento informado es un tema relativamente nuevo razón por la cual no es adecuado a la cultura profesional del médico y/o del abogado tomándosele una mínima importancia, quedando de esta manera relegados los derechos fundamentales de la persona: la libertad, la salud, la vida, etc. olvidándose muchas veces que el consentimiento informado es el eje primordial de la relación médico- paciente, estadio en donde se le da mayor realce a la autonomía del paciente, su libertad y consecuentemente el respeto absoluto de sus derechos, cabe precisar que el consentimiento informado resulta ser vital en la ética médica contemporánea, en todo acto médico, su obtención se ha vuelto en un cimiento principal de la relación que nace entre el médico y paciente.

El consentimiento informado ha sido definido como un proceso en el que el

profesional médico brinda a su paciente, en el marco de una relación de confianza, información y explicación respecto a determinado procedimiento y tratamiento al que ofrece someter a la persona, dicha información debe ser otorgada en un lenguaje sencillo, simple y acorde al nivel cultural – educación que tiene el posible intervenido, de esa manera, damos cabida al respeto del paciente de decidir, ejerciendo su derecho de libertad. Ahora bien, el acto médico y el consentimiento informado son dos supuesto que de alguna u otra forma se relacionan, el primero se enfoca en velar por la salud física y mental de una persona que padece de algún mal y el segundo versa estrictamente en la decisión que el paciente toma en merito a la información total, veraz, y entendible proporcionada por el galeno.

La realización del acto médico se funda en bases éticas, estos se concretizan en el respeto a la libertad y autonomía de cada persona en cuanto tal, pero además tiene bases jurídicas, es por ello que el consentimiento informado es un acto con consecuencia jurídicas entorno al ámbito propio del paciente quien tiene el poder y derecho de consentir o rechazar uno o varios actos médicos.

Como el paciente y médico se encuentran frente aún acto médico es necesario tomar en cuenta el art. 140 incisos 4 del Código Civil, la cual hace referencia a la “ observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”; si bien es cierto, el paciente debe cumplir con un ritual de llenar un formulario elaborados por los médicos o por los centros médicos con el fin de prevenir, éstos últimos, ulteriores demandas por no brindar información completa a su paciente, nos damos cuenta que los médicos solo tienen como prioridad recabar el consentimiento escrito para salvaguardarse de probables demandas de responsabilidad civil, Sin embargo, es de tener claro que el consentimiento informado no solo es un mero requisito legal, sino que se cimienta es un derecho del paciente y que a su vulneración acarrea una responsabilidad civil médica. Entonces el formulario que muchas veces llena el paciente cumple un papel probatorio (*ad probationem*). Pero existen caso especiales como la donación de órganos donde se debería establecer de

manera imperativa la forma escrita (*ad solemnitatem*) considerando se elabora una norma con regulación especial para determinados casos.

Para los médicos la formalidad lo ven solo con una finalidad, la de evitar ulteriores demandas de responsabilidad, quedando desatendido el ser humano en sí mismo y el respeto a su derechos que por su naturaleza le corresponde (libertad de autodeterminarse).

Un paciente debe ser competente, estar lucido al momento de otorgar un consentimiento auténtico, puesto que debe comprender la información dada por el médico, bajo esa premisa ejerce su autonomía y su libertad de decidir, dicha decisión tiene que estar libre de vicios, y coacciones; y finalmente, debe ganarse la confianza del paciente, haciéndolo partícipe para emitir opinión y decisión creando junto al médico una relación basada en la confianza -de ambos- en donde impere el respeto y confidencialidad.

Según lo expuesto líneas arriba, se puede inferir que si llegase a faltar el consentimiento informado del paciente, será una causa probable de responsabilidad civil del profesional médico a pesar de que éste haya actuado lo más correcto y diligente posible.

## 1.1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera es concebido y cuáles son los presupuestos del denominado consentimiento informado del paciente dentro del derecho médico en la legislación peruana?

## 1.1.3 JUSTIFICACIÓN

### 1.1.3.1 Justificación Doctrinal

Cuando hablamos de consentimiento informado, hacemos referencia a dos acepciones lingüísticas que obviamente tienen significados diferentes según

la gama de información que la doctrina nos concede, pues bien, debo dejar en claro que el consentimiento alude a la acción de permitir, consentir determinado acto. En cambio el término información tiene un extenso sentido semántico, ya que se relaciona a la comunicación, para ser preciso al contenido informativo. Entonces si unimos los dos términos es decir; consentimiento informado se forma de la dación de la voluntad de dos personas, en la cual una de las dos personas hace una propuesta y la otra acepta, lo cual si lo encuadramos dentro del ámbito de la rama del derecho estaríamos hablando de un contrato entre dos personas. Sin embargo existen discrepancias que la doctrina nos permitirá dilucidar respecto del acuerdo entre el galeno y paciente es decir; si estamos ante una relación contractual, extracontractual o simplemente no hay ninguna de las dos figuras antes mencionadas.

Teniendo en cuenta que el trabajo de investigación versa principalmente sobre el campo médico, para ser específicos en el tema de la responsabilidad civil del médico, donde se va a demostrar que en gran parte de la citada y estudiada responsabilidad civil, se debe a la falta de consentimiento informado, entre médico- paciente. Es por ello que podemos definir el consentimiento informado de la siguiente manera: manifestación voluntaria, libre y racional de un paciente, el cual brinda su aceptación o no para que se practique para sí un acto médico o intervención quirúrgica, obviamente después de haber recibido la información debida y ser absuelto de las preguntas que hubiera formulado.

En nuestra sociedad, existe esta problemática específicamente en nuestros hospitales, donde muchas veces por no decir nunca, no se cumple con recabar de forma adecuada el consentimiento de un sujeto que se somete a la intervención por parte de un profesional de la medicina y esto se da porque son los mismos médicos quienes no ponen en práctica lo que establece la ley.

### 1.1.3.2 Justificación Normativa

La Ley General de Salud N° 262842 (de 1997) y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico (2000) establecen todo lo concerniente a la obligación de los médicos de impartir información debida a sus pacientes para que de ellos obtengan el consentimiento respectivo libre y voluntario. Eso señala la teoría es decir, la ley. Pero sin embargo la violación a la normatividad se debe a muchos factores, una de ella es cuando el médico no tiene el tiempo suficiente para brindarle toda la información y despejar todas las dudas que el paciente manifieste tener sobre su intervención, ya que el médico puede tener más pacientes esperando por él, otra razón podría ser que el profesional médico utilice un lenguaje muy rebuscado que es de difícil entendimiento por parte del paciente creando un clima de desconcierto e inseguridad.

### 1.1.3.3 Justificación Jurisprudencial

#### □ **EXP. N.º 7435-2006-PC/TC.**

La jurisprudencia comentada del Tribunal Supremo, da atisbos de que el consentimiento informado es un deber/ derecho que nace entre el médico y el paciente. Este expediente trata específicamente el derecho a la información respecto a los métodos anticonceptivos que las personas deben conocer para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer los mismos que se encuentran garantizados en la Constitución (en el artículo 6º). Finalmente se hace hincapié que el derecho a la información respecto a los métodos anticonceptivos es una forma de objetivizar el principio primordial de dignidad humana.

#### □ **Recurso de Casación N° 3688 -1995**

La jurisprudencia emitida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, permite dar bases del tema del consentimiento informado, así mismo ha referido que es

“un derecho humano fundamental (...), el cual ha tenido como directriz al derecho constitucional de la libertad de cada persona de decidir por sí mismo y lo relacionado a su propio cuerpo.

#### 1.1.4 ANTECEDENTES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

##### 1.1.4.1 Monografías

Esta investigación se ha dado como parte de los estudios en el área de Derecho Civil, a fin de tratar “El Deber de informar y el consentimiento informado del paciente en el Acto médico como expresión de la Lex Artis en la responsabilidad profesional”, no existiendo investigaciones específicas respecto a este tema, empero a nivel del derecho comparado existen estudios de manera general que tratan de manera poco profunda el tema materia de investigación. El autor “CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, en su libro *“La Responsabilidad Civil de los Hospitales por Negligencias Médicas y Eventos Adversos”* busca explicar la importancia del ser humano, el respeto a su dignidad y a sus derechos inherentes, el mismo que debe ser valorado no solo por las personas comunes sino también por los profesionales, en este caso por los médicos a quienes ponemos en disposición nuestra vida. También hago mención el tema de responsabilidad ya que es el efecto frente al incumplimiento del deber- obligación del profesional médico de informar para ello cito a “GARCIA FARINA, Marcos. Daño Mortal Panorama Doctrinario y Jurisprudencial” quien hace un estudio respecto al daño y la responsabilidad.

Frente a este tema muy amplio de tratar y muy poco profundo analizado hago uso de la información tanto nacional y extranjera para llegar a demostrar la relevancia en nuestra vida en sociedad del Consentimiento Informado, el cual debe ser tratado o regulado de manera especial y no solo de manera general.

Uno de los autores que también hace un aporte jurídico médico es “GALAN

CORTES, Julio Cesar en su importante creación de la obra “La Responsabilidad Médica y El Consentimiento Informado” en donde estudia la problemática frecuente en los hospitales, clínicas u otra dependencia de salud y la impotencia del ciudadano de poder hacer nada frente a una negligencia por parte de los galenos. Es por ello que tengo a bien tratar este tema viéndolo desde varios puntos de vista y haciendo una investigación basándome en la realidad de otros estados y cómo ven la regulación de este tan importante tema frente a las nuevas innovaciones a las que está sometida toda sociedad. Es por ello que recurrí a la legislación de otros países y la implicancia que está teniendo en el derecho nacional.

La Constitución Peruana hace mención al valor humanístico de toda persona y hace prevalecer el respeto a su dignidad en todo momento, premisa que ha sido omitido por muchos profesionales médicos ya que antes, no se regulaba el tema del consentimiento informado.

#### 1.1.4.2 Tesis

Durante la investigación del tema concreto tome en cuenta las tesis de: JIMENEZ DÍAS, Jenny & SALAZAR CHAVARRI, Karla (2010) quienes trabajaron el tema de “*LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LOS CONTAGIOS DE VIH POR TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA EN LAS SALAS DE OPERACIÓN DEL HOSPITAL CAYETANO HEREDIA-PIURA*” en la cual hace un trabajo de investigación respecto a la conducta negligente de los médicos y demás personal de la medicina y la poca importancia en el trato al de la persona en cuanto tal. Mayormente las personas de precarios recursos económicos solo les queda experimentar el sentimiento de resignación e impotencia frente a la mala actuación de los médicos.

Otra de las tesis que tome como referencia es la pertenecientes a: OBANDO GOMEZ, Heidi (2011) quien estudia la “*LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD: SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL*” quien trata

sobre la protección del ser humano frente a determinado acto médico realizado con impericia, imprudencia o negligencia, es así que el médico asume una responsabilidad civil, el mismo que no afecta su patrimonio pero garantiza en teoría los derechos del paciente mediante un seguro médico.

Es importante que la sociedad conozca que en la actualidad ya existe una normatividad que regula La responsabilidad del médico y el deber de informar, el mismo que se ira implementando y/o mejorando frente a las diversas situaciones que de esta naturaleza se generan en el devenir cotidiano del día a día.

#### 1.1.4.3 Artículos

Otro antecedente de carácter importante es aquel estudio de GALAN CORTES, Julio, quien en el artículo denominado “La Responsabilidad Médica y El Consentimiento Informado” analiza los conceptos de los presupuestos del consentimiento informado, así mismo analiza ampliamente la responsabilidad en el ámbito civil del médico dentro del derecho comparado. Por otro lado, tenemos a TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo quien aporta a la doctrina médico-jurídica con su artículo “*¿Otro diagnóstico de la responsabilidad medica?*” en opinión de este autor, lo descrito en el artículo 1762 del Código Civil debería ser interpretado restrictivamente a fin de determinar la responsabilidad (civil) de los médicos. Dejando claro que solo se requerirá la existencia de culpa grave o dolo en aquellas prestaciones de salud en las que el estado actual no haya establecido nada en torno a un acto médico por no haber experiencia en lo referido. Por ultimo tenemos a GARCIA HUAYAMA, Juan quien en su investigación denominada “La Responsabilidad Civil de los Médicos en el Ordenamiento Jurídico” nos profundiza en los conceptos de relación gestada entre un profesional de la medicina y su paciente, como también de la responsabilidad de estos últimos.

#### 1.1.4.4 Jurisprudencia

La presente investigación es además de doctrinario, de carácter jurisprudencial, es así que en base al pronunciamiento en una sentencia en el expediente EXP. N.º 02677-2010-PHC/TC del tribunal constitucional Peruano donde el Colegiado considera importante recordar que el artículo 15.4 literal a.3) de la Ley General de Salud N.º 26842, reconoce taxativamente que el ser humano tiene derecho a brindar voluntaria y libremente su consentimiento es mismo que debe darlo después de haber sido informado por su médico.

#### 1.1.4.5 Legislación

Se ha tenido en cuenta Ley General de Salud N.º 26842, en la que el galeno se encuentra necesariamente en la obligación de informarle a la persona a intervenir con un acto médico, todo lo concerniente a su salud para que éste tome una decisión. Haciéndose prevalecer el respeto a la dignidad del hombre y que este no sea tratado jamás como un objeto de práctica de la medicina, es así que esta normatividad establece conceptos que más adelante son mejor definidos por la Ley N.º 29424, esta ley deroga la ley anterior con la finalidad de ampliar la figura del consentimiento informado e implementando su regulación.

Es de vital importancia tener en cuenta la carta magna del año 1993, respectivamente los artículos 1º, 2º ya que es ella la madre de todas las leyes, por tanto vela y concede exclusivamente el respeto a la dignidad de la persona, es ella quien protege al hombre en toda su extensión siempre y cuando actué conforme a derecho.

## 1.1.5 OBJETIVOS

### 1.1.5.1 Objetivo General

Determinar de qué manera es concebido y cual son los presupuestos del denominado consentimiento informado en el derecho médico en la legislación peruana.

### 1.1.5.2 Objetivo Específico

- a) Analizar la responsabilidad civil médica y profesional dentro del derecho nacional y comparado.
- b) Proponer una modificatoria a la legislación profesional además de complementar el contenido legislativo de la Ley general de Salud.
- c) Proponer el denominado derecho a la información del paciente como un derecho fundamental producto de la inserción del denominado derecho médico en el sistema peruano.

## MARCO TEÓRICO

### 1.1.6 El Acto

Desde el punto de vista aristotélico, el acto, es el resultado de la realización de la acción, esto es, del uso de una fuerza a una determinada situación, cosa u objeto lo que producirá un cambio, entonces la energía que por defecto se genera (potencia) dará origen al cambio querido por el autor, ello ocurrirá necesariamente cuando se lo permita la resistencia de la cosa, situación u objeto que obviamente sufre la acción. (Aristóteles, 1964, p.14).

En ese sentido el cambio, variación o modificación, en rigor, es el proceso por el cual se pasa de un estado de potencia a otro de acto o de actualidad, lo que en específico es un actualizar aquello que potencialmente ya existe en la realidad, y se da a través del acto (la acción). Finalmente, a modo de mejor comprensión, el acto es el resultado final luego de realizada la acción, siendo este último la vía por el cual se llega al acto; por otro lado la potencia es aquello que ésta (que existe) pero que no ha sido cambiado, y que para que se dé el cambio (actualizar), se debe hacer uso de la acción, el cual va a tener como resultado un acto; consecuentemente lo que en principio es potencia, ya sería aquello que el acto estableció que sea. Ejemplo: La madera es potencialmente una mesa, es decir, mediante la actualización- modificación (para lo cual se aplica la acción) podemos hacer de ésta, una mesa. (Aristóteles, 1964, p. 16). Bajo lo descrito anteriormente puedo arribar a lo siguiente: La vida, la salud así como la enfermedad dentro de nuestro mundo vendrían a ser cambios que se dan en nuestro entorno, por cuanto son potencia para lo luego actualizarse (de salud a enfermedad por ejemplo).

En ese lineamiento, iremos entrando al tema a tratar en la presente, es decir del acto médico, el cual hace referencia esencialmente a una acción realizada por un profesional de la salud en beneficio del bienestar del ser humano, siendo ello así, el médico orienta su acción hacia un punto primordial en donde recae dicha acción, es decir hacia un objeto-persona, quien va a

requerir necesariamente su ayuda, para lograr así conservar dos valores primordiales del ser humano: la vida y la salud. Dicho ello, puedo argumentar que, el acto médico (acción del galeno) de una u otra forma va a permitir la actualización de la potencia del paciente, el mismo que se manifestará en los efectos de mejoría o curación de algún determinado padecimiento del paciente. (Aristóteles, 1964, p.16).

Cabe precisar, que en el acto médico la vinculación o relación médico - paciente es el cimiento vital para la realización del acto médico, y además entorno a ello, gira la mayor potencia de recuperación de la salud de un ser humano (paciente) la misma que se actualiza por su intermedio. (Wolpe, 1973, p. 165).

En relación con el texto anterior, es lógico pensar que para que tal resultado se produzca, el acto médico debe practicarse bajo el requerimiento de condiciones necesarias; entre ellas, por ejemplo se tiene que, el médico tenga o disponga intrínsecamente libertad de acción, así mismo de conocimiento suficiente y de tiempo necesario para su realización. (Bodenheimer, 1999, p. 145).

## 1.1.7 Responsabilidad Civil

### 1.1.7.1 Noción Jurídica

Con el devenir del tiempo el derecho se ha convertido en un instrumento indispensable dentro de la sociedad dado que permite que la convivencia entre seres humanos sea posible, siendo ello así, se han creado e instaurado sistemas de controles varios, los mismos, que se ven objetivizados mediante la dación de normas, reglamentos, prohibiciones, mandatos, etc., que deben ser acatados y/o respetados, de lo contrario originan en el sujeto el deber/obligación de responder. (López Herrera, 2010, p. 68).

Este último verbo en mención “responder” es de raíz latina, y como tal tiene

variedad de significados, ello lo ha establecido la RAE (Real Academia Española), en tal sentido ha determinado que dicho término “*respondere*” es polisémico. Pues bien, etimológicamente, el término “responder” hace alusión a “prometer a la vez”, o también a “corresponder a una promesa”. Esta palabra intrínsecamente da a entender una comunicación respecto a un desbalance, que momentos previos ha sido alterada y como consecuencia va a dar lugar a la imposición de una solución como “repuesta”, está (solución) en si va o debe restablecer el *status quo* preexistente (antes de su alteración), y que se quiere mantener, o bien una secuencia de acciones, con el fin de ser preservar el orden. (Leysser León, 2010, p. 145).

Por ejemplo: la persona que ha contratado un servicio, y no ejecuta dicha prestación, o lo ejecuta pero lo hace mal, producirá un agravio a la contraparte –pérdida económica-, situación que logra distorsionar o alterar la relación obligatoria el cual nace de un acuerdo, cuyo finalidad natural sería la total satisfacción del interés, en este caso, del acreedor, mediante el buen comportamiento desplegado por el deudor quien voluntariamente como expresión de su voluntad se ha obligado a ello. Otro ejemplo: la persona que sustrae o despoja los bienes de otra persona mediante un actuar ilícito, tiene que ser necesariamente sancionado, toda vez que atenta contra el orden y la convivencia, los mismos que han sido establecidos y garantizados por el Estado quien lo protege mediante el uso y cumplimiento de sus reglas o normas jurídicas. (Leysser León, 2010, p. 146).

En ese sentido, se puede afirmar que la responsabilidad civil es una institución por el cual una determinada persona va a obtener una indemnización, compensación o reparación por un perjuicio sufrido y que a nivel social es catalogado como inaceptable. Como podemos advertir la responsabilidad civil radica primordialmente en reparar un daño, la misma que se puede originar en el ámbito patrimonial (bienes concretos) como extra-patrimonial (bienes subjetivos), igualmente de manera secundaria se pretende igualmente prevenir una afectación o perjuicio en el futuro. A modo de precisión, es menester establecer que la función principal de

institución de la responsabilidad civil es en todo momento procurar el restablecer el bien jurídico alterado/ afectado a su estado primero –antes del daño ocasionado- y de no poderse, por lo menos tratar en la medida de lo posible aproximarse a dicho estado. En el supuesto de que una vez realizado el daño y éste no sea posible restaurarlo al estado primigenio, la institución en mención opta por otros mecanismos de solución que otorguen al titular/dueño del bien jurídico lesionado, dañado o afectado la posibilidad de compensar la pérdida sufrida con otro bien con características similares o incluso con indemnización de tipo económica. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 180).

En la actualidad, se tiene que mayormente las personas se hayan en una situación de sufrir daños, este recae en su integridad corporal o a sus propiedades o bienes, siendo la razón por la que nuestros legisladores han tenido que repasar el tema de la responsabilidad, y verlo no como un “castigo civil” el cual se aplica a la persona imprudente o negligente, sino como un mecanismo con el fin de ayudar a las víctimas, independientemente de los motivos y/o circunstancias en que se realizó o ejecuto el perjuicio. (Espinoza Espinoza, 2005, p. 132).

Finalmente, la responsabilidad civil como institución jurídica, resulta ser un mecanismo de protección de los derechos de las personas (me refiero al derecho a la propiedad, al honor, entre otros), pero también es de precisar, que cumple una función de sancionar conducta reprochables ya sea en el ámbito contractual como en el extracontractual; entonces la responsabilidad lo va a soportar quien ha producido un daño o detrimento al titular de un bien o derecho.

#### 1.1.7.2 Elementos de la responsabilidad civil

La responsabilidad Civil Importa dos modalidades, siendo estas responsabilidad civil contractual y extracontractual. A modo de comprender es necesario precisar que la primera responsabilidad referida hace alusión a

que esta nace como consecuencia del incumplimiento de un contrato (o cumplimiento tardío, parcial o defectuoso), contrariamente, la segunda a la realización de un daño ajeno a toda vinculación convencional.

En cuanto a los elementos de la responsabilidad civil son los siguientes siguiendo a (Espinoza Espinoza, 2005, p.183):

**a) La antijuridicidad**

Ha sido catalogado como una conducta que es contraria ya sea, al ordenamiento jurídico o a la ley. Cabe precisar que la antijuridicidad resulta ser un punto neurálgico en la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que van a dar origen a una responsabilidad civil (art. 1969 y 1970 del Código Civil Peruano); por el contrario el art.1971 describe en su primer inciso que no existe responsabilidad por daños que son originados por el ejercicio o desarrollo de un derecho, es decir, hace referencia implícitamente a la antijuridicidad, toda vez que cuando se desarrolla una conducta y esta es permitida por las normas legales, entonces estamos ante el ejercicio regular de un derecho, y si como consecuencia de este actuar se origina un daño no querido, la conducta ejecutada es lícita, por ende no habrá responsabilidad civil. (Ataz López, 1985, p.68).

Ahora bien, la antijuridicidad contractual típica se halla explícitamente descrita en el art. 1321 del Código Civil, es decir, que se encuentran prevista de forma abstracta en supuestos normativos; y en los art. 1969° y 1970° del mismo cuerpo normativo tenemos la antijuridicidad atípica, en donde se encuentran taxativamente descritos los supuestos normativos, pero que la producción de las mismas transgreda el ordenamiento jurídico. En ambos supuestos (típica y atípica) hace alusión únicamente a la realización del daño, sin que se logre especificar el origen del mismo o en su defecto la conducta que lo hubiera podido causar, dando a entender que puede ser cualquier conducta siempre que cause un daño y que sea ilícita, ello da origen a la obligación legal de resarcir el daño a través de una

indemnización. (Guzmán Mora, Franco Delgadillo & Saavedra Rojas, 2006, p. 101).

## **b) Daño**

Es un segundo aspecto importante dentro de la responsabilidad civil es el daño realizado -ya sea en el ámbito contractual o extracontractual- siendo definido como la lesión efectuada contra un derecho subjetivo el mismo que se encuentra protegido por un cuerpo normativo, por otro lado también ha sido catalogado el daño como una valoración económica la misma que surge de una situación desfavorable, colateralmente dicha situación impone una obligación de reparar la lesión mediante una indemnización económica. Doctrinarios jurídicos, mayormente han coincidido en que el daño es el menoscabo -afectación a un bien jurídico el cual está garantizado por el Estado, dicha afectación negativa puede incidir en la esfera personal o patrimonial de un ser humano, como resultado de contravenir las norma jurídica. (Jaramillo Jaramillo, 2002, p. 56). En esa misma línea también se precisa que el daño no puede ser visto o entendido como el menoscabo a un interés (subjetivo) el mismo que está protegido, toda vez que resulta equívoco e impreciso (sustancialmente), dicho razonamiento se fundamenta en que el daño hace hincapié en las consecuencias, es decir a los efectos que derivan del perjuicio al interés protegido. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 113).

### ➤ Clasificación del daño (Espinoza Espinoza, 2005, p.78):

La doctrina de forma igualitaria y única clasifica el daño en dos vertientes:

#### ✓ Daño Patrimonial:

Se conceptualiza como el daño que recae directamente sobre el patrimonio de un ser humano, ocasionándole un detrimento o menoscabo, entonces podemos afirmar que daño patrimonial es el que afecta de manera directa el patrimonio de un sujeto, la misma que recae en derechos de naturaleza

económica, y otros de tipo conexo. El daño patrimonial abre la puerta a dos especies que surgen en el momento mismo en que se producirán las consecuencias del daño, entonces en primer orden tenemos a) Daño Emergente; este tipo de daño representa la extracción de una utilidad preexistente o la pérdida que sobreviene del patrimonio del sujeto perjudicado o afectado provocándole disminución o empobrecimiento a su patrimonio como consecuencia del daño ocasionado en su desmedro, ejemplo: los gastos médicos realizados luego de un accidente de tránsito; y b) Lucro Cesante; hace referencia a la pérdida de una utilidad que no existe previamente y que la persona hubiese obtenido de no haber sufrido un daño, en otros términos, sería una ganancia presunta que se hubiese obtenido si el daño ocasionado no se hubiera llevado a cabo. (Llamas Pombo, 1998, p. 63).

✓ Daño Extra patrimonial:

Este tipo de daño es opuesto al primero, dado que en el daño extra patrimonial le pone mayor énfasis al daño evento y que lesiona directamente el ámbito subjetivo de la persona, quien sufre el daño, este último hace alusión a un valor espiritual, psicológico, e inmaterial; la doctrina mayoritaria cataloga el daño moral como el ansia, los sufrimientos físicos, la angustia, aflicción, siendo aquello que gira en el fuero interno de la persona quien ha sido lesionado, cabe precisar que este tipo de daños tiene el carácter de pasajero y no duradero. (Fernández Sessarego, 2011, p.101).

**c) Relación de causalidad:**

Estudia específicamente relaciones de causa-efecto, luego de realizado dicho estudio se logra obtener una explicación en la medida de lo posible y razonable. Pues bien, debe entender por causación una conexión general con respecto a una conexión particular, por ejemplo: el factor fuego y las quemaduras producidos por el primero, en este ejemplo claramente se puede apreciar el fenómeno causa (fuego)- efecto (quemaduras). De ello se puede definir que el nexo causal vendría a ser la mera conexión material entre un hecho antecedente (la causa) y un hecho consecuente (efecto dañoso), del

mismo modo la doctrina ha catalogado a la relación de causalidad como “imputabilidad objetiva” o “atribuibilidad objetiva”. (Paludi Osvaldo, 1976, p.88).

Ahora bien, la relación de causalidad (causa –efecto) ha sido comprendida como uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, afirmación que resulta ser correcta, ya que de no ser así, carecería de sentido absoluto atribuir una sanción jurídica a una persona que realizó una acción, sin que entre su conducta desplegada y el resultado lesivo ejecutada exista un nexo causal. (Paludi Osvaldo, 1976, p.91).

A modo de ejemplo: si un paciente abandona el tratamiento prescrito por un profesional de la salud, o acude a otro profesional (independientemente si labora en el sector público o privado), quiebra el nexo causal con respecto a las consecuencias negativas que pudiera devenir en la salud del paciente. Cabe hacer mención que la conducta realizada por un médico, esta desterrado toda idea de responsabilidad objetiva, conllevando al concepto primigenio de la culpa en sentido subjetivo, como consecuencia de la omisión de la debida diligencia requerida en cada hecho, no pudiendo imputársele cualquier consecuencia, por perjudicial que sea, mas a un si en los tratamiento quirúrgicos pese a que se quiere el resultado de la curación del paciente, el profesional de la salud no se le obliga a obtener en todo la curación debida, si procurar y pone en su accionar medico toda la diligencia que deriva de profesión médica. (Blas Orban, 2003, p. 122).

Entonces la existencia del nexo causal entre la negligencia médica y el resultado dañoso se configura de importancia en el instante de establecer la responsabilidad civil del médico. Por otro lado, si el acto dañoso es totalmente ajeno a la conducta realizada por el profesional de la salud, o si los daños no se podían prever, consecuentemente queda eliminado el nexo causal, por lo que no existirá responsabilidad que se pueda exigir legalmente. (Blas Orban, 2003, p. 146).

Resulta igualmente importante precisar que es posible que la ruptura del nexo causal se origine por una situación fortuita, fuerza mayor o el hecho determinante de un tercero, o incluso el actuar de la propia víctima. Las situaciones jurídicas de fuerza mayor y caso fortuito, tienen su origen en eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. El primer caso proviene de una circunstancia propia de la naturaleza (fuerza mayor) y la segunda situación (caso fortuito) de una persona quien resulta ser ajeno a la relación gestada entre el médico -paciente. Ejemplos: si durante una intervención quirúrgica se suscita un movimiento telúrico y el médico estaba haciendo uso de un bisturí en la zona del corazón logrando perforar una arteria del corazón como consecuencia del movimiento telúrico, ocasionando la muerte de su paciente, este daño le resulta inimputable, toda vez que se dio bajo la figura de caso fortuito; por otro lado, la fuerza mayor se da cuando un profesional de la salud, en plena operación se va a la luz porque personal del hospital está en huelga, no logrando terminar el acto médico urgente, por el que fallece el intervenido, este daño producido no le es atribuible dado que se rompe el nexo causal. El propio hecho de la víctima, se origina cuando el paciente se rehúsa a seguir la prescripción médica, agravando su situación, supuesto donde no existiría responsabilidad del profesional de la salud. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 95).

#### **d) Factores de Atribución:**

Han sido definidos como aquellos que establecen, finalmente la existencia o no de la responsabilidad civil, entonces, una vez que se han presentado, en un supuesto determinado, los requisitos antes descritos, como son: la antijuridicidad, el daño originado, y la relación de causalidad (causa-efecto), se establecerá con certeza la responsabilidad civil de determinada persona que origina el daño. Cabe hacer ver que en la figura jurídica de la responsabilidad contractual el factor de atribución necesariamente es la culpa, muy por el contrario en la responsabilidad extracontractual, son dos factores de atribución, siendo estos la culpa y el riesgo creado (se tiene como

base el código civil). En el ámbito contractual se tiene que el factor culpa se clasifica en tres subtipos: culpa leve, culpa grave o inexcusable y el dolo, sin embargo, en la responsabilidad extracontractual solo se tiene el factor culpa y riesgo creado, los mismo que se encuentran taxativamente prescritos independientemente en los artículos 1969° y 1970° del Código Civil. La diferencia hallada en los factores de atribución (culpa y riesgo), versa en que en el sistema subjetivo el autor de una conducta contraria a las normas (antijurídica) que ha causado una lesión, daño, menoscabo a algún bien jurídico protegido, debe responder solo si la conducta desplegada se realizó con culpa (entendiéndose dolo o culpa), empero en el sistema objetivo del riesgo – aparte de las tres condiciones necesarias-, únicamente se prueba fehacientemente la conducta que ha originado el daño es peligrosa o riesgosa, sin existir la necesidad de probar la culpa. (Cordova Taboada, 1997, p. 113).

#### 1.1.8 Responsabilidad Civil Profesional

En principio, todos tenemos el deber de no realizar o hacer daño a nuestros semejantes. Pues bien, esta regla toma matices propios cuando se trata de individuos que difieren del resto por sus especiales conocimientos sobre alguna materia del saber humano. Cuando estas personas, es decir; los profesionales realizan actos en ejercicio de sus respectivas profesiones, que puedan significar causar un daño a un tercero, podremos estar frente a un típico caso de responsabilidad profesional, siempre y cuando concurren los requisitos de la responsabilidad. (Uriburú Bravo, 2005, p.66).

Ahora bien, es necesario antes de estudiar el tema de la responsabilidad profesional precisar lo siguiente:

**Profesional:** Es el ser humano que posee conocimientos o saberes que por lo general, están respaldados objetivamente por la adquisición de un documento denominado título acreditativo, con el que se hace constar la idoneidad para que determinada persona desempeñe la función acorde a la materia estudiada. (Martínez Herrera, 1999, p. 115).

Entonces el conocimiento que el profesional maneja sobre un área del saber humano que lo hace indispensable en la satisfacción de las necesidades del profano, y es también precisamente ello el gran factor de desequilibrio existente entre ambos sujetos a la hora de contratar los servicios profesionales vale decir; entre el profesional y la persona común. En todo caso, lo importante en relación con el profesional es que éste en la ejecución de su prestación no falte a sus deberes especiales que la profesión le impone (conocimiento y actualización del conocimiento, información, seguridad y fidelidad), caso contrario incurrirá en culpa. El desenvolvimiento del profesional debe ser, pues, prudente y con conocimiento de lo que hace, producto de su adiestramiento pre y/o post profesional, lo cual genera una actitud de desconfianza en el profano que contrata sus servicios, pues se debe tener presente que la labor del profesional atiende a fines o intereses sociales lo que consagra su actividad como necesidad pública, y por ello es que se necesita del título habilitante reconocido por el estado. (Uriburú Bravo, 2005, p.69).

Resultaría de gran ayuda tener presente que en lo que respecta al concepto de diligencia se debe distinguir dos áreas bien definidas. (Uriburú Bravo, 2005, p.72).

- La competencia técnica: fundado en el marco de discrecionalidad de la actuación profesional motivado en la aplicación de sus conocimientos, y por ello excluido del pronunciamiento del juez, salvo situaciones de ignorancia, imprudencia o impericia.
- La atención: basado en la escrupulosidad de la actuación profesional, en donde el juzgador evaluara con mayor severidad la conducta dañosa.

Es interesante referir que sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el profesional y el cliente se han desarrollado una evolutiva concepción. Así, en el Derecho Romano no podía considerarse una vinculación contractual al ser inestimable en dinero la actividad del profesional al considerarse la labor intelectual fuera del comercio jurídico, situación que propicio la ebullición

de teorías anticontractualistas de la relación profesional-cliente.

Con el devenir del tiempo y el desarrollo de nuestra sociedad se tiene que el profesional, quien era muy cercana a determinada familia que lo requería, como por ejemplo el médico (y de ahí la expresión “médico de cabecera”), actualmente ha pasado a ser un prestador de servicios, consecuentemente, del mero contacto social en el que se encontraba el profesional, actualmente se le ha establecido y se encuentra inmerso en una relación contractual, por ende estará sometido a derechos y obligaciones, por lo que en caso de incumplimiento, nacerá el derecho del cliente o usuario a obtener una reparación de los daños que se le originen. (Espinoza Espinoza, 2005, p. 54).

En un grado más de evolución, se entendió a la relación profesional– cliente dentro del contrato de obra donde lo debido era el resultado, lo cual llegó a ser aceptado por Francia, aunque luego empezaron las críticas en torno a la exigibilidad propia del resultado debido por la persona del profesional - obligación de resultado-, surgiendo el criterio de que la prestación profesional no podía ser tan estricta reduciéndose más bien su exigencia a la observancia de la conducta diligente en el cumplimiento de la obligación (obligación de medios). (Uriburú Bravo, 2005, p.76).

Es de precisar que cuando determinado profesional con su accionar genera un daño que afecta directa o indirectamente el bien (patrimonial o extra-patrimonial) de una persona, asume la responsabilidad civil, es decir la obligación de compensar patrimonialmente (o económicamente) los perjuicios producto de su accionar como profesional en el desempeño de su profesión. (Leysser León, 2010, p.87).

Sea cuestionado mucho la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del profesional, toda vez que tratadistas generalmente pensaban que se trataba de una responsabilidad contractual, y para otro sector era extracontractual, entonces su dilucidación giraba en torno así era una responsabilidad subjetiva u objetiva, o si implicaba una obligación de medios o de resultados.

Desde tiempos pretéritos ha existido la diferencia entre la responsabilidad contractual, la cual consiste en la obligación de resarcimiento que nace entre las personas (partes) obligadas por un contrato, y la responsabilidad extracontractual, que igualmente versa en la obligación de resarcir al dañado, ello en merito a una obligación nacida extracontractualmente. (Blas Orban, 2003, p. 148).

Ahora bien, de todo lo expuesto anteriormente se puede definir que la figura jurídica de responsabilidad profesional es la obligación de resarcir para satisfacer las consecuencias del accionar voluntarios e involuntarios dañosos (dentro de ciertos límites) cometidos por el profesional en realización de su profesión. Varios doctrinarios han manifestado que el alcance principal de la responsabilidad civil se agota en resarcir el daño ocasionado por mala praxis del profesional.

## 1.1.9 Responsabilidad Civil Médica

### 1.1.9.1 Acto médico

#### a) Definición

El acto médico destaca principalmente por velar por la salud (física y mental) de una persona que padece de una enfermedad, y procurando en todo momento la mejor calidad de vida de un determinado paciente, en lo posible. Ello se sustenta objetivamente en la realización de actos médicos comunes: como la dación de recetas médicas, entre otros documentos (certificados e informes) que se vinculan de manera directa con la atención de una persona en el ámbito médico, así también se tiene la realización de intervenciones quirúrgicas, la practica continua de experimentos con drogas, o cualquier agente destinado para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades varias. Una de las principales características que destacan del acto médico es que, éste es ejecutado exclusivamente por un profesional de

la salud conocido comúnmente como médico o galeno quien observa estrictamente los protocolos y reglas instauradas por la medicina. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 112).

Se tiene la siguiente clasificación de los actos médicos. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 123):

➤ **Acto Médico Eficaz:** se denomina a aquel acto que ha cumplido con la finalidad requerida, esto es, de recuperar o mejorar en lo posible la salud del paciente; a modo de ejemplificar: En una operación quirúrgica se consigue extirpar exitosamente un tumor o se consigue realizar un tratamiento de manera exitosa de un mal crónico como puede ser el cáncer. Dentro de esta clasificación encontramos hasta tres grados de riesgo, los mismo que se pueden originar durante la ejecución de un acto médico:

✓ Grado Mínimo: Específicamente hace referencia a procedimientos médicos no invasivos, que no producen dolor; puede ser por ejemplo la realización de un examen físico o la toma de muestra (s).

✓ Grado Bajo: Son procedimientos invasivos con la diferencia de ser inocuos (no hacen daño) y poco dolorosos, así tenemos por ejemplo: la extracción de un muestra con el uso de una aguja, profilaxis dental, curación de una herida superficial, etc.

✓ Grado Elevado: Se trata de procedimientos invasivos, y que son dolorosos, así también resultan ser potencialmente serios, ejemplo: las intervenciones quirúrgicas (operación) ya se con fines de diagnóstico o terapéutico.

➤ **Acto Médico Dañino:** Es aquel acto médico que se ha realizado no observando los protocolos y reglas propias de la medicina, y como consecuencia ha generado afectación a la salud (física y mental) de la persona. Ejemplo: Un paciente que luego de someterse a un cirugía

estética fallece en el proceso por aplicación incorrecta de una ausencia indebida.

- **Acto Médico Ilegal:** Es aquel que tiene como finalidad primordial realizar hecho de connotación delictiva, o también puede ser usado como excusa para transgredir derechos fundamentales del ser humano, tales como: la educación, la propiedad, la libertad, etc. Ejemplo: retener a una persona en un nosocomio, alegando que requiere más días permanencia con la finalidad de cobrar por más días; sugerir operaciones innecesarias al hospitalizado con la clara intención de cobrarle por dicho servicio médico que, como ya se dijo, resulta innecesario, etc.

Finalmente podemos concluir que, acto médico es todo acto o intervención que, en relación con el paciente, efectúa el profesional de la salud (médico) en el ejercicio pleno de su profesión. Comprende, por consiguiente, la totalidad de los tratamientos, procedimientos o intervenciones por él efectuadas en relación con un determinado paciente sometido a su cuidado y atención profesional. Son, en síntesis, los actos propios de la profesión médica. Se trata de la parte operativa o aplicada a la ciencia médica y de sus técnicas. (Fernández Sessarego, 2011, p. 138).

#### b) Naturaleza jurídica del acto médico

El acto médico es un procedimiento técnico-profesional que tiene como fin la promoción de la salud y también de prevención de enfermedades. El inicio se ciñe a la relación contractual y extracontractual nacida entre médico y paciente. En supuesto primero nace como el resultado de un contrato, es decir de la relación del paciente quien ante un problema de salud voluntariamente acude a un determinado médico, para que éste, diagnostique e intente curarlo en aplicación de sus conocimientos y técnicas médicas; y en el segundo supuesto, el acto médico deviene como consecuencia de un poder jurídico general, es decir, de una “relación

obligatoria heterónoma”, ello en razón de que si una persona es trasladada a un centro de salud convaleciente (desmayado, agonizando, etc.) el médico debe actuar inmediatamente a fin de restaurar la salud de la persona de ser posible y procurar su recuperación, ante lo descrito nos encontramos ante un paciente que por obvias razones no emite su voluntad o en todo caso aún contra su voluntad se producen supuestos legalmente tipificados, siendo ellos así, basta el nacimiento en la realidad social del supuesto de hecho previsto por el ordenamiento jurídico para que de manera inmediata se considere nacida una obligación. (Cordova Taboada, 1997, p.116).

Es de precisar que no observancia de los protocolos o reglas de la profesión médica conllevan afectaciones al derecho a la vida, la salud (física y psicológico), y la omisión de otorgar asistencia médica de manera oportuna es una de las causas más comunes responsabilidad médica. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 86).

#### c) Elementos esenciales del acto médico.

Deben concurrir simultáneamente los siguientes elementos. (Fernández Sessarego, 2011, p. 208):

- **Sujeto de la Acción:** Es la persona preparada y capacitado para la realización del ejercicio profesional me la medicina. En el estado peruano la práctica médica se encuentra taxativamente normado en la Ley General de Salud, específicamente en el art. 22° en donde detalla que para la realización de cualquier actividad profesional orientada a la medicina, es obligatorio contar con el título profesional, y en caso de especialización el profesional debe estar licenciado. De lo descrito se infiere que nos encontramos ante actos médicos de carácter general y especial, la referida autorización legal dada al profesional médico para realizar el acto médico, debe estar orientado al acto de tratar, diagnosticar, mejorar o recuperar la salud de la persona, ya sea de manera individual o grupal.
- **Posibilidad del Acto:** La realización del acto médico previamente debe

tener bases científicas, de no ser así ineludiblemente perdería su carácter asistencial. Como es común el médico ejecuta actos que han sido prescritos con anterioridad por otros profesionales de la salud y que a la vez han sido admitidos con carácter científico en la continua práctica de la profesión; sin embargo el conocimiento en el ámbito médico se puede ir nutriendo con el devenir del tiempo con aportaciones y aplicados en la praxis profesional cuando hayan superado el cumplimiento de normas y principios propios de la investigación científica.

- **Temporalidad e Inmediatez del Acto:** Hace referencia en específico que la actividad del médico se encuentra limitada en el tiempo, esto es, que ante la realización de un acto médico destinado a la recuperación, prevención o tratamiento, también tiene una conclusión dicho acto médico, ya que de no ser así estaríamos ante una relación indefinida.
- **Acto Rehabilitador:** La realización del acto médico debe tener como corolario principal el de rehabilitador, mejorar, recuperar la salud resquebrada de la persona.

El acto médico comienza con el saludo de dos personas de la misma categoría existencial, iniciando primordialmente un diálogo de médico y paciente. (Prevot, 2008, p. 33).

De lo expuesto podemos conceptualizar que los actos médicos son todos aquellos actos que cumplen con los elementos del acto médico, teniendo como eje principal la denominada "*lex artis ad hoc*" el cual es un criterio valorativo de la correcta realización del acto médico por el profesional de la salud, y que califica dicho acto si es acorde o no con la técnica propia de la medicina. Es menester preguntarnos ¿Las acciones realizadas por el bombero, el policía, un ciudadano de a pie, etc. destinados a salvar la vida de una persona determinada, quien se encuentra en una situación de riesgo; pueden ser catalogados como actos médicos? La respuesta es no, ya que falta el primer elemento del acto médico, esto es la autorización legal (título profesional). (Martínez Calcerrada, 1999, p. 131).

### 1.1.9.2 Noción de responsabilidad civil médica

En tiempo pretéritos los profesionales de la salud eran vistos como semidioses, ya que realizaban actos misteriosos destinados a curar determinada enfermedad, y además pensaban que el mal padecido era ajeno al mundo terrenal, proveniente de un castigo de los dioses y que únicamente la “magia” del galeno podía reestablecer, curar o salvar de algún mal que padecían, en ese razonamiento cuando la “magia” no lograba el efecto curativo se creía que la enfermedad era fortísimo por lo que era necesario que el medico luchara férreamente en conseguir el bienestar querido, consecuentemente su accionar estaba libre de toda responsabilidad. (Torreblanca Gonzales, 2010, p. 77).

Con los avances científicos se ha establecido que los males de la salud del ser humano son tan terrenales como las mismas personas que intentan y logran (en algunos casos la recuperación del paciente, es decir los médicos. Entonces primero tenemos dentro del escalón de la medicina la etapa mágica, para continuar con la etapa de la “medicina personal” en donde se tenía al médico como una persona de confianza y que se encargada buscar solución o mejoras a las enfermedades de una determinada familia, es por ello, que en aquellas épocas al profesional de la salud era visto como miembro de la familia, razón por la cual, cuando el tratamiento propuesto no tenía resultados positivos en la salud del paciente, se tenía preconcebido que no era por culpa o responsabilidad del médico sino de la medina, ya que el mencionado ha puesto todo de su parte y agotado todo lo humanamente posible para lograr reestablecer la salud de su paciente, y sin embargo por razones ajenas a su persona no lo ha logrado. (Torreblanca Gonzales, 2010, p. 107).

Dentro del campo medico actual, el profesional de la salud ya no tiene uno o dos enfermos que requieren de su servicios, sino a toda una pluralidad de paciente, siendo la razón por la que ha esta nueva etapa ha sido catalogado como “la macromedicina”, etapa en la que el personal médico ha obtenido

especialización en la materia elegida y por consiguiente ha logrado salvar muchas vidas; empero se han agregado a la medicina conceptos que eran ajenos a ella, como “la rentabilidad” “la disminución de costos”, “el aumento de clientes”, etc. haciendo de la medicina un negocio más, y también ha cambiado la condición del ser humano quien era paciente a la de cliente, consecuentemente ya no se da un trato personalizado, sino un trato masificado. (Vazquez Ferreyra, 1993, p. 111).

El tema de la responsabilidad civil médica se ha convertido ineludiblemente en un supuesto de importancia en la responsabilidad civil en general, y en ese sentido y de manera específica lo es en la responsabilidad profesional; pues bien, la responsabilidad civil médica con el devenir del tiempo se ha vuelto un tema de vital relevancia debido a que engloba bienes jurídicos protegidos que en algún momento de nuestras vidas pueden verse afectados, entre estos bienes jurídicos tenemos la vida del hombre. (Vazquez Ferreyra, 1993, p. 121).

En estos tiempo, somos testigos de la abundantes demandas por responsabilidad civil contra los médicos, el personal médico e incluso contra los centros hospitalarios, situación que no se veía en años atrás (1950-1990). (García Huayama, 2012, p. 145).

La medicina antes era catalogado como una ciencia-arte, razón por la cual se creía que los actos médicos eran no previstos, y ello fundamentaba la eximente de responsabilidad del galeno y por ende escapaba al juzgamiento por parte de los jueces, puesto que la concepción que se tenía era que en la medicina nada es preciso y por eso podían surgir muchas situaciones no previstas por el galeno y que debía darle solución, siendo muy difícil que las faltas o algún error no querido sea juzgado por los tribunales. Del mismo modo se tenía la idea de que la sola existencia del título oficial de medico brindaba por si solo que el profesional de la salud contaba con aptitud, pericia e idoneidad en el desarrollo o actuar del médico, lo que implicaba consecuentemente ausencia de culpa. (García Huayama, 2012, p. 147).

Ahora bien, la responsabilidad médica ha sido definida como una obligación del profesional de la salud de reparar, corregir, enmendar y satisfacer las consecuencias negativas de sus actos, errores voluntarios o involuntarios, que directa o indirectamente hayan afectado a la salud del paciente. (Blas Orban, 2003, p. 33).

La responsabilidad civil nace como consecuencia de los daños ocasionados por profesional médicos, siendo este una institución de reciente data que cobra mayor fuerza, dado que van apareciendo medicamentos más eficaces, tecnología avanzada y educación especializada en el área de la medicina, evidenciándose una evolución que va desde la irresponsabilidad de los daños médicos (antes los médicos no eran responsables de sus actos) hasta la responsabilidad ya se por negligencia o culpa del médico la misma que incluso se ha extendido hasta la responsabilidad objetiva de los mismos hospitales o centros médicos. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 131).

En los últimos años los servicios médicos por lo general son estatales, lo cual ha dado inicio a que las principales demandas de daños médicos surjan a nivel de dichos hospitales, en ese sentido los daños ocasionados a pacientes vinculados a cirugías estéticas se desprenden de las clínicas o centros médicos privados. Pues bien, es notorio que en la actualidad se han desarrollado instrumentos varios que hacen posible la indemnización de daños ocasionados por profesional de la salud, ello por la estandarización de los actos del galeno, dándose el reconocimiento de obligaciones medicas de resultado y otras de medios, aunado a ello tenemos el avance de la medicina forense el mismo que es muy útil para colegir con certeza las causas de fallecimiento de una persona por daños médicos, sin embargo dichos avances de ninguna manera se han visto reflejados en una debida regulación a nivel de normatividad respecto a la responsabilidad civil médica. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 132).

En ese orden de ideas podemos colegir que la responsabilidad de los

profesionales de la salud nace como consecuencia del incumplimiento de sus deberes durante la ejecución de su profesión, razón por la cual origina un daño al paciente. A modo de ejemplo: el galeno incumple con las normas de bioseguridad al volver a darle uso a determinado material descartable sin realizar la esterilización correspondiente.

Elementos de la responsabilidad médica. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 132):

- La obligación preexistente del profesional de la salud.
- La falta médica.
- Daño producido.
- imputabilidad.

Formas de culpa médica. (Blas Orban, 2003, p. 128):

- La figura jurídica de impericia o falta total o parcial de pericia es definido como la falta o ausencia absoluta o parcial de saberes, conocimiento, experiencia a habilidad mínimos o básico, que no debería tener el profesional médico ya que bajo sus cuidados el paciente confía en que posee los conocimientos suficiente para arribar a mejorarle su salud e incluso la vida misma del paciente, entonces para el ejercicio de su actividad debe de tener la sapiencia, practica necesaria y conocimiento actualizado para la realización de tan importante actividad dentro del ámbito social, es decir de la ejecución de actos médicos.

Para la realización de la actividad o práctica médica es preciso que el facultativo posea lo conocimientos técnicos correspondientes, que le permitirán ajustarse a las normas de comportamiento o *lex artis*. Esta obligación descansa en la propia naturaleza de la profesión médica y en la normativa del Código Civil, que, obliga al médico, a

la realización del fiel cumplimiento de los protocolos médicos, a su ética profesional, y además a las consecuencias que según su naturaleza sean acordes a la buena fe, al uso del profesional médico y la ley.

- Imprudencia, es aquel acto médico que se lleva a cabo, sin observar las precauciones que requiere determinado caso, es decir; que es el acto médico practicado por quien está facultado lo efectúa sin tomar las precauciones necesarias y debidas, y si lo hace, estas precauciones resultan ser contrarios al sentido común. Pongo el ejemplo de aquel galeno que estando en condiciones de ejecutar una técnica medica ya probada y experimentada opta por usar otra técnica que no ha sido probada.
  
- Negligencia, es desatención, descuido u omisión del médico respecto a un deber de su profesión (deber medico), es el médico que en la realización de un acto olvida, o deja de hacer o hace lo que no debe. por ejemplo cuando un médico olvida de sacar los instrumentos utilizados (pinzas, gasas, u otro) en una operación quirúrgica, del mismo modo es catalogado como negligencia médica el accionar médico, cuando esta se desarrolla sin observar siquiera las reglas propias de la medicina de manera flagrante.

A modo de conclusión: la responsabilidad civil médica viene a ser aquella que se va a generar producto de la realización de un acto médico obviamente por un profesional de la medicina que incumple el protocolo y las reglas de la medicina, y en muchas ocasiones se han visto casos en los que el médico abusando de sus facultades cometen actos ilícitos (tráfico de órganos) y daños no solo a los pacientes sino también vulnera los derechos fundamentales del mismo.

### 1.1.9.3 Lex Artis

#### a) Concepto y dimensión

Aquel profesional, en específico el de la medicina, adquiere y tiene una abundante estructura teórica que con el devenir de su práctica continua va integrando y asimilando, para finalmente perfeccionar sus conocimientos en bienestar y mejor de la salud de su paciente. Esta estructura teórica debe objetivizarse en resultados a través del dominio de técnicas (especiales). Y quien hace uso de la aplicación de determinadas técnicas lo hace dejando huella de su sello personal, que en resumidas cuentas sería una característica individual. Finalmente se puede inferir razonablemente que existen tres aspectos que integran el buen desarrollo del ejercicio médico siendo estos: ciencia, técnica y arte. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 159):

El termino *Lex Artis*, el cual tiene como significado ‘ley del arte’ o también definido como una “regla de la técnica de actuación de la profesión”, comúnmente ésta (regla) ha sido usada para referirse concretamente a determinada evaluación respecto a si el acto médico practicado se ajusta a las normas de excelencia existentes en el momento de su realización. Bajo esa premisa, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, tomando en todo momento las características propias y especiales de quien lo lleva a cabo, lo complejo que puede llegar a ser el acto médico, la disponibilidad y existencia de elementos varios, el sentido económico de ese instante y las características propias de cada enfermedad y finalmente cada persona en sí misma. (Guzmán Mora, Morales de Barrios, Franco Delgadillo, Mendoza Vega, & Gonzales Herrera, 1995, p. 178).

Es de precisar que en la medicina por lo general se dan actos de variada complejidad, puesto que, no es lo mismo un acto médico respecto a un diagnóstico que otro quirúrgico, tampoco lo es practicar o aplicar un analgésico que realizar una transfusión sanguínea. Por ello, resulta de vital relevancia que para la evaluación de un acto médico, deben siempre entrar a

valoración la mayor parte de variables, las mismas que se encuentran inmiscuidas o tiene mucho que ver en la consecución final de un resultado, estas variables pueden ser: la complejidad o no del acto en sí, el estado de gravedad o no del enfermo en quien se realizara el acto médico, la existencia y disponibilidad de instrumentos técnicos, así como el recurso humanos, y principalmente el nivel alto de preparación del profesional médico. (Vazquez Ferreira, 2010, p. 165).

Finalmente se puede colegir que la *Lex Artis* tiene como base principal el cúmulo o conjunto variado de conocimientos de la profesión en el instante en el cual se valorara o evalúa la actuación médica y consecuentemente lo que con el acto médico se obtiene. A modo de resumen, la *lex artis* guía a través de un conjunto variado normas pueden ser técnicas o procedimentales las mismas que a criterio del galeno pueden aplicarse en situaciones que resulten iguales o similares, y como reitero, la evaluación necesariamente lo realizan quien conocen la profesión de manera profunda y nutrida, en este caso hacemos alusión exclusiva a los médicos.

#### b) Riesgos del Tratamiento y *Lex Artis*.

Es de conocimiento que la ciencia médica y la medicina, son en esencia una labor de tipo humanista y que se objetiviza en el servicio brindado; cabe hacer mención que la medicina tiene como objetivos primordiales: reestablecer y mejorar la calidad de vida, en el caso del enfermo rehabilitarlo o detener en lo posible la muerte, por ello resulta menester mostrar el abanico de posibilidades y/o alternativas de los convalecientes puesto que es esencial para la toma de decisiones, en ese sentido también es importante buscar y hallar el momento adecuado para que se proceda a la intervención del paciente. (Vazquez Ferreira, 2010, p. 165). Cabe dejar claro, que para dicha intervención el consentimiento del enfermo es determinante, quien de manera previa ha recibido toda la información que involucra a su salud, del mismo modo el profesional de la salud, asume junto al paciente un riesgo calculado, y en muchas veces un riesgo previsto, esto es, el medico en

aplicación de su capacidad profesional tendrá una aproximación científica del resultado del acto médico a realizar. Para un cálculo aproximado del riesgo terapéutico del paciente, el profesional evalúa de manera sigilosa y minuciosa al paciente, teniendo como base primero el aspecto físico y emocional, así también las condiciones circundantes del medio, el efecto basado en estadística probado de todo aquel analgésico y/o medicamento a utilizarse, entre otros. (Guzmán Mora, Morales de Barrios, Franco Delgadillo, Mendoza Vega, & Gonzales Herrera, 1995, p. 180).

Cabe señalar que el consentimiento emanado del paciente no absuelve al profesional médico, por sí solo, de responsabilidad por lesiones u otro daño (s) generado (s) a la salud del enfermo, ahora bien, en el supuesto de haberse previsto el riesgo, los efectos secundarios propio del tratamiento a realizarse, entre otras circunstancias, las mismas que tuvieran base en estudios ya realizados y sumados a la experiencia del profesional de la salud, y todo (lo descrito) se le puso de conocimiento al paciente quien a sabiendas de los pro y los contra de la intervención, presta su consentimiento, entonces excluye la culpa por negligencia del médico. (Vazquez Ferreyra, 2010, p. 77).

c) *Lex artis* y error médico.

El error es un concepto errado o equivocado, y conduce a una acción desacertada, que va a tener como resultado final consecuencias perjudiciales. ((Vazquez Ferreyra, 1993, p. 42).

El error médico se puede definir como la aplicación incorrecta de un tratamiento como consecuencia de una prueba diagnóstica total o parcialmente equivocado. En el mismo sentido puede evaluarse en dos puntos, el que surge de una simple ignorancia (en donde se deben evaluar las condiciones y circunstancias que condujeron a su realización); siendo una de ellas es llamado ‘estado de necesidad’, que generalmente el medico se ve obligado a intervenir a un convaleciente que se encuentra en un estado de inminente fallecimiento. Es totalmente absurdo decir que el medico posee

el don de la infalibilidad, de ser aceptado así todas las muertes probables, serian pagadas por los médicos. Ante un eventual resultado dañoso a una persona por la realización de una práctica médica, lo que se juzga no es el resultado inadecuado, sino si dicho resultado se gestó por un acto negligente, puesto que no siguió en el momento las reglas del arte médico. Dentro del ámbito jurídico el error viene a ser una falsa representación de la realidad la cual se da por la ocurrencia de varias circunstancias. Por otro lado, actuar con idoneidad es tener aptitud y suficiencia para realizar determinada función, sin que ello signifique que habrá infalibilidad. (Vazquez Ferreyra, 1993, p. 113).

Es necesario formular la siguiente interrogante, en el supuesto de que un médico intenta diagnosticar determinada enfermedad que posea su paciente: ¿En todos los casos debe acertar en el diagnóstico, bajo sanción de responsabilidad en caso de equivocación? la respuesta es no, dado que existen factores varios como: signos y síntomas, respuestas muchas dadas por el paciente, resultados de los exámenes de laboratorio, entre otros, que son apenas el inicio para pronosticar una enfermedad probable y su posterior tratamiento, y el profesional médico en merito a ello tomara acciones a realizar; y durante ese proceso la probabilidad de un error estará latente, debido al cambio de factores internos y externos del paciente respecto a su salud. (Vazquez Ferreyra, 1993, p. 117).

¿Puede errar el profesional de la salud al realizar diagnóstico o al establecer un tratamiento? Con toda certeza la respuesta es sí. ¿Debe ser responsable el médico por cada uno de los errores que cometa en su quehacer profesional? La respuesta es no. Siendo ello así el profesional médico solo responderá del error culpable, esto es, del originado como consecuencia de una imperita, negligencia o imprudencia dentro de su actuación profesional.

#### 1.1.9.4 Consentimiento Informado

##### **a) Noción jurídica**

Para la comparación dogmática del consentimiento informado no se puede desligar el concepto de información de la noción de consentimiento. La figura es compleja y abarca, los dos extremos conceptuales antes referidos, ya que sin información no existe consentimiento válido y, sin este no cabe intervención alguna del médico, la cual, de realizarse en su ausencia, será ilícita, con la excepción de las expresas salvedades establecidas tanto en las leyes actualmente vigentes reguladoras de dicha figura jurídica como en la jurisprudencia comparada, según los casos. (Fernández Sessarego, 2011, p. 177).

La actitud del profesional galeno que efectúa un tratamiento o intervención quirúrgica, sin brindar una adecuada y suficiente información previa al paciente y sin obtener su asentimiento, genera su responsabilidad civil y penal, aparte de aquellas sanciones administrativas o gremiales de carácter ético a que haya lugar, según los casos. (Carhuatocto Sandoval, 2010, 201)

Según la ley española 41 en su en el art. 3º del Capítulo I, de fecha 14 de nov. de 2002 norma la autonomía del paciente, así como también sus derechos y obligaciones en el ámbito de información y documentación clínica, definiendo al consentimiento informado como la expresión libre, consciente y voluntaria del paciente, en el pleno uso de sus facultades (físicas y psíquicas), de consentir un acto médico, claro está, después de recibir la información adecuada, la misma que según la normatividad en mención se hará por escrito y en los establecidos por la ley.

El inc. 3 del art 2º de la ley que se comenta detalla: “Luego de recibir información adecuada por parte del profesional médico, el paciente o usuario posee el derecho a decidir libremente entre la variedad de opciones clínicas que el médico le indica y que están disponibles”, el artículo en comento se

complementa con el artículo .4º de la misma ley en donde prescribe: “Todo paciente tiene el derecho de saber toda información disponible sobre los actos médicos que se realizarán sobre su cuerpo, salvo aquellos supuesto exceptuados que se tipifican en la ley”. La ley española es taxativa en cuanto al consentimiento en donde se detalla que es requisito fundamental el asentimiento del paciente el cual es voluntario, libre, y consiente, a ello se arriba luego de que el médico haya informado aquello que concierne la salud del paciente.

La libertad del ser hombre, aflora en el mundo exterior, ya que es una decisión subjetiva, la misma que emerge desde el fuero íntimo del ser humano, que es invariable frente a cualquier acto proveniente del medio ambiente tal como la tortura, presión violencia o coerción que afecte su estructura psicosomática. Esta decisión, que se forma en el interior de la persona como un proyecto a realizar, es inmodificable salvo propia decisión del sujeto de quien emana. Se podrá violentar la voluntad de la persona para que esta actúe de manera diferente a su íntima decisión, al dictado a su libertad, pero está en su fuero interno, no variará. La persona seguirá manteniendo su libre decisión aunque, por hechos exteriores como los mencionados, la obliguen a actuar de una manera distinta. (Fernández Sessarego, 2011, p. 165).

La voluntad, instalada en el ámbito de su estructura psicosomática de la persona, conjuntamente con todas sus demás energías y potencialidades, contribuye decididamente a la realización fáctica de su libre decisión de ejecutar un cierto proyecto de vida que, como está dicho, se concibe en la subjetividad del universo personal. La voluntad al lado de las otras potencialidades de que está dotado el ser humano, permite que esta decisión se convierta en acto, conducta o comportamiento destinados al comportamiento de aquella. (Vázquez Ferreyra, 1993, p.127).

La libertad, en que somos y consistimos, aparece en el mundo externo por la voluntad del ser humano a la cual le acompañan sus potencialidades y

energías, para así dar cumplimiento a su proyecto de vida. (Vazquez Ferreyra, 1993, p.130).

Así que tratándose del consentimiento informado, se requiere que la decisión del usuario o paciente para la ejecución de un tratamiento debe ser también voluntaria. Es decir; que la voluntad debe guardar fidelidad con la decisión libre, que la traduzca o refleje a plenitud. De no ser así, el acto estará viciado por acción de algún factor externo como podría ser, por ejemplo: que el médico inescrupuloso ejerza coerción para hacer que no exista coincidencia entre lo que el paciente ha decidido libremente y su voluntad, al inducirlo a aceptar un determinado tratamiento. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 182).

La decisión libre y voluntaria de la persona, según la ley española, tiene que ser además consciente. Esta al instante de prestar su consentimiento, debe encontrarse en el pleno goce y uso de sus facultades psíquicas, ya sea ellas intelectuales, volitivas o emocionales para mantenerse atenta a fin de comprender la información que se le proporciona. (Fernández Sessarego, 2011, p. 88).

La definición de la ley española, antes referida, enuncia también que la información del galeno tiene que ser adecuada, considerando -desde mi óptica- que se pone de manifiesto que no existe una fórmula única y rígida referida a los alcances y extensiones que ha de tener la información médica. El que esta sea adecuada significa, de una parte, que ha de ser suficiente, lo más completa posible, comprensible y veraz con la finalidad de que el paciente pueda manifestar su libre y consiente voluntad, teniendo conocimiento de todos los datos disponibles que resulten fundamentales y necesarios para poder otorgar un asentimiento debidamente sustentado (Fernández Sessarego, 2011, p. 91).

## **b) Clases**

El consentimiento del paciente puede prestarse asumiendo varias formas, es decir, que puede ser expreso o tácito, y si fuere expreso, puede ser verbal o adoptar la forma escrita. Bueno, la forma que se utilice estará sin duda, en relación con las características propias de la intervención, lo relevante a tener presente radica en que el asentimiento del paciente no esté viciado. El consentimiento del paciente es por lo general verbal, ello tratándose de los actos médicos rutinarios o cotidianos. Con mayor razón si existe confianza de parte del paciente en cuanto a la actuación del médico. Es por ello, que en ciertos casos, a criterio del médico y en salvaguardia de su responsabilidad, el asentimiento del paciente para llevar a cabo un acto debe ser proporcionado por escrito. Ello se ve justificado, cuando como consecuencia de un tratamiento médico o quirúrgico podrían derivarse graves riesgos para la salud tanto física como psicológicamente en el paciente o cuando implique disponer de una parte de su cuerpo para efectos de un trasplante. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 178).

En esta situación, y en otras que impliquen graves riesgos para el paciente, resulta conveniente como eventual medio de prueba en caso de controversia obtener dicha autorización escrita, la misma que habría de lograrse luego de suministrar al paciente una información ajustada a la realidad dentro del nivel al cansado por la ciencia médica.(Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 182).

La persona autorizada para brindar la información concerniente a la salud del paciente debe comenzar su proceso con escuchar, recibiendo opiniones, creando condiciones de expresión libre o confianza, procurándolo inhibir, no crear frustraciones y, simultáneamente, aumentar la motivación o colaboración. Es probable que, en un momento del adiestramiento, comunicarse resulte poco satisfactorio, y que el balance entre decir lo que el médico quiere y decir lo que necesita saber el paciente para su decisión lo lleve a no tener más que decir. (García Huayama, 2012, p. 56).

En efecto, el consentimiento se vuelve una garantía dentro de la expresión de la libertad del propio paciente para decidir y consecuentemente elegir. El profesional de la salud debe entender el valor legal del consentimiento para así respetar la importancia y trascendencia que tiene en el ámbito jurídico, tal como en el fuero penal lo conoce en los artículos que sancionan el aborto criminal, con penas diferentes según se haya contado o no con el consentimiento previo de la mujer embarazada. (Fernández Sessarego, 2011, p.117).

### **c) Importancia del consentimiento informado**

Dentro del respeto en su máxima expresión de la vida humana y consiguientemente de la salud, el hecho de informar adecuadamente al ser humano y de requerir previamente su consentimiento para ejecutar el tratamiento sanitario, en tanto aspecto saliente de su libertad personal, se rige en un elemento importancia en la buena práctica médica, cuya omisión genera ineludiblemente responsabilidad cuando se objetiviza los riesgos previstos y que el paciente desconocía por cuando no fue informado. De tal modo, si el médico brinda información al paciente con la finalidad de que tenga pleno conocimiento de los pro y contras del tratamiento a seguir, es para que pueda decir si acepta o no el tratamiento, terapia o práctica propuesta por el facultativo- no se está cumpliendo con un mero formalismo, sino que se le está garantizando su derecho a la libertad, se está respetando su dignidad y, por sobre todas las cosas, se le está reconociendo su autonomía –derecho a la autodeterminación- para elegir lo que considere más adecuado a sus intereses, preferencias y convicciones. (Prevot, 2008, p. 97).

El profesional de la salud no realizar algún acto médico en el cuerpo de su paciente sin obtener y conocer de forma expresa el consentimiento del enfermo, además dicho consentimiento debe estar plasmado indubitadamente en la historia clínica como un documento indispensable, si se prescinde de él se estaría ante un acto médico ilícito. (Carhuatocto

Sandoval, 2010, p. 103).

Están exceptuados del requisito de expresión de voluntad afirmativa para tratamientos o internaciones, de acuerdo con la misma norma, los siguientes casos. (Prevot, 2008, p. 99):

- Paciente en estado de inconsciencia.
- Paciente en estado de alienación psicológica.
- Lesionados por accidentes de manera grave.
- Lesionados graves por intento de suicidio.
- Lesionados graves por delitos.
- Operaciones mutilantes en pacientes en estado de inconsciencia.
- Operaciones mutilantes y que la gravedad de la situación del paciente no permita dilaciones.

En los casos de que el paciente se encuentre en una situación de incapacidad se hace necesaria la conformidad de su representante legal. (Espinoza Espinoza, 2005, p. 59).

#### **d) Presupuestos del consentimiento informado.**

- Titular

El bien jurídico que se pone en manos del profesional de la salud es la vida, y dada la relevancia de este bien jurídico, es lógico pensar y concluir que es el paciente quien posee el derecho, así mismo es el único autorizado a consentir determinada actuación o intervención, en su cuerpo respecto, de un acto médico, en ese razonamiento será él a quien se le debe brindar la información. En el supuesto de paciente menores de edad o incapaces, obligatoriamente se solicitara el asentimiento a los representantes legales, quienes deben decidir en aras de favorecer y mejorar la salud de la persona a quien representan, y los casos en los que el progenitor u otro representante no permita una intervención quirúrgico necesario - por ejemplo creencias

religiosas u otras- ,la persona del juez de manera alguna suplirá dicha autorización, toda vez que su actuación se inclinara en beneficio de la salud y mejoría del menor de edad, superando el abuso de derecho que los progenitores o representante poseen legalmente respecto del menor de edad o representado.

En los supuesto que una persona se encuentre en estado de inconciencia y además su vida corre peligro –por circunstancias varias-, y resulte difícil y e imposible hallar con urgencia a sus familiares o en todo caso representantes legales, el profesional de la salud siempre medico puede de forma licita y ello amparado en la figura jurídica de “estado de necesidad”, el cual es permitido por el ordenamiento jurídico del estado peruano.

#### ➤ Tiempo

Como se dejó establecido el consentimiento del paciente debe obtener previo a la realización del acto médico, así mismo es de precisar que este supuesto legar (consentimiento) tiene que subsistir durante todo el tratamiento el tratamiento que demande el convaleciente, es por ello que el factor tiempo resulta de vital importancia, porque durante este acto natural y cronológico se da origen al consentimiento, y se lleva el proceso de mejoría del paciente; cabe reiterar que el supuesto legal del consentimiento va hacer modulado durante el proceso terapéutico, ello en el hecho de que el paciente padezca de una enfermedad crónicas como el cáncer (etapa final) por ejemplo, en donde se requieren de tratamientos varios en las fases distinta de esta enfermedad, de esa manera se está salvaguardando el derecho a la libertad del paciente a decir respecto a su salud. Finalmente es de precisar que el consentimiento de un paciente no es indeterminado sino que es temporal y también se puede revocar sin que esté sujeta a formalidad alguna.

#### ➤ Forma

En nuestra sociedad peruana, no se requiere requisito especial o formal para que el consentimiento de un determinado paciente resulte válido, salvo casos

excepcionales –se detallaran luego-. Empero, cabe advertir que existe la necesidad de plasmar en o por escrito el consentimiento del paciente, con el no solo de garantizar la libertad del ser humano intervenido sino también de salvaguardarse al personal médico de inminentes reclamos que por este elemento legal pudieran originarse en su contra, máxime si jurisprudencialmente en el estado peruano se ha evidenciado que mayoritariamente nuestros legisladores obliga al médico probar con documento idóneo haber recabado y obtenido el consentimiento informado del paciente previo a la realización de un acto médico. Ejemplo de ello tenemos que, en un hospital de Lima, en donde no se hayo mala praxis en el actuar de los médicos intervinientes en una operación quirúrgica a un paciente, sino más bien se le hizo responsable al nosocomio por no contar con un sistema que garantice la obtención del consentimiento informado de los paciente antes de la realización de un acto médico previa a cualquier intervención quirúrgica. Actualmente se ha evidenciado una psicosis en el actuar medico por documentar el supuesto legal del consentimiento del paciente, es así que ciertas instituciones médicas (mayormente clínicas) optan por la creación y uso de protocolos específicos de información y consentimiento, en la sola creencia que les protegerán de futuras demandas (daños y perjuicios), en su contra. (Galán Cortes, 1997, p.21).

Hay que tener presente, que la documentación en donde constan engorrosos formularios y que se ponen a la vista al paciente con el fin de ser firmados por este cuando ingresa a un hospital, resultan ser inútiles sino tienen como fin principal la obtención de un verdadero consentimiento informado.

Cabe establecer que el tema del consentimiento informado resulta ser un proceso el mismo que surge y se da entre el profesional médico y el paciente, posteriormente esta acción de informar para obtener el consentimiento del paciente deberá plasmarse en un soporte idóneo concreto siendo comúnmente un documento. El médico debe ir precisando a su paciente las alternativas mejores respecto a un tratamiento a realizarle, en ese sentido comunicarle de las ventajas y desventajas; este proceso no lo

hará en momentos cuando la persona a intervenir se encuentra en condiciones no adecuadas físicamente para comprender el acto médico, por lo que es recomendable que la obtención del acto médico debe ser antes de su realización. Los médicos en el Perú, así como doctrinarios peruanos concuerdan que el instrumento por excelencia para dejar constancia de la debida o no obtención del consentimiento informado es la historia clínica también denominado ficha medica del paciente.

Los juzgados o cortes al momento de valoración de los medios de prueba le dan mayor relevancia los apunte realizadas por el médico en la historia clínica, más aun si están se dan de manera progresiva y detallada, lo que nos lleva a pensar lógicamente que dichas anotaciones se dan comúnmente acorde con la salud o cambios que experimenta el paciente; dichos apunte no deben ser extensos dado que el profesional médico debe aprovechar el tiempo necesario en velar por la salud del paciente y no en realizar extensos escritos en la historia clínica, recomendando siempre que estos apuntes sean precisos y concisos. (Highton, 1991, p.82).

Soy de la idea de que el consentimiento informado documentado obtenido luego de informársele previamente al paciente antes de la realización de un acto médico sobre su cuerpo, de ninguna manera reemplaza a la información hablada o expresada mediante la palabra, que es sin duda alguna la más importante para el paciente, ya que como he precisado pues solo en el documento se plasmara aquello que resulta relevante y preciso del acto médico sin llegar hacer de éste un medio engorroso, voluminoso, pues la práctica no lo permite por la gran demanda de pacientes que existe en el Perú.

No debemos olvidar, que en el campo del derecho, el haber obtenido y plasmado en un documento el consentimiento informado en una historia clínica, no exime al médico de una posible responsabilidad que pudiese devenir por pésima praxis médica realizada sobre el cuerpo de un paciente.

## ➤ Objeto

Como punto neurálgico es sabido que el objeto del consentimiento informado es en sí el tratamiento prescrito por el médico (puede ser operación, cirugía u otro)- el mismo que tiene que estar ajustado a la *lex artis ad hoc* el cual abarca todos los riesgos que le son propios, descartando el resultado dado que este puede y es aleatorio, ello en merito a la incidencia de múltiples factores internos y externos, y que son ajenos a la conducta desplegada del profesional médico interviniente y que influye mucho en el resultado querido (bienestar del paciente). Por el contrario, si el intervenido desconoce –antes del acto médico- los riesgos probables y/o complicaciones del acto médico a realizar sobre su cuerpo, no será el paciente quien asumirá la responsabilidad ante un resultado lesivo, si no el propio médico, quien trasgrede la obligación de proporcionar la información necesaria y oportuna a su paciente, por consiguiente asumirá los riesgos de la acción médica a realizar. Es menester indicar que la obtención del consentimiento informado no liberan de responsabilidad necesariamente, dado que también se puede dar el caso de los consentimiento ilegales, donde si bien es cierto se informa al paciente los pro y contra de un acto médico, dicho acto se encuentra prohibido en determinado país, como es caso de los abortos, el cambio de sexo, la esterilización, etc. (Vazquez Ferreyra, 1993, p.108).

Respetar la voluntad informando previamente es vencer la incomprensión y, entendemos que la falta de consentimiento que se advierte en las normas de la ley del desarrollo o ejecución de la práctica médica, agrega una causa más al cuestionamiento del daño reclamado y, aún en el caso de éxito, llegará el día en que se verá en la falta de consentimiento un motivo para reclamar daño moral. Creemos que el escaso avance sobre las actitudes de información del médico al paciente se debe a la enseñanza individual propia del sistema curricular teórico de la educación médica. La información que se le brinda al paciente en todo momento debe regirse por que sea veraz,

amplia y adecuada a la capacidad y comprensión de éste, deberá considerarse las ventajas y desventajas y no hacer una conferencia magistral.

Existen casos excepcionales donde es necesario –por el bien de la salud emocional- ocultar el resultado del diagnóstico de un paciente, por ejemplo si éste se le diagnostica cáncer en etapa terminal, el solo conocimiento produciría angustia y depresión que dificultan el tratamiento y llevan, en casos mal valorados, al suicidio. Por ello consideramos que, en los casos de duda, se impone la consulta psiquiátrica para evaluar el estado psíquico y el pronóstico de la reacción a la información, y recién después, el médico o jefe del equipo terapéutico, será quien evaluará la situación. (Fernández Sessarego, 2011, p. 109).

Cuando se redactó el Código Sanitario en su Proyecto de 1975, se estableció la fórmula que consideramos adecuada en relación al consentimiento y su información previa: 1) En el artículo 316 del Proyecto: "Las personas que tuvieran bajo su mando los equipos médicos a los que alude el artículo 302 — referencia a los equipos para trasplantes—, tienen la obligación de informar de forma clara, suficiente y acorde al nivel cultural del paciente, esta información versara respecto a los riesgos de cualquier intervención quirúrgica, las posteriores secuelas, la evolución probable, etc., cuidando de no inducir ni urgir al dador ni al receptor a decisiones que no correspondan a su libre voluntad, luego de ser adecuadamente ilustrado al respecto. (Achaval, 1993, p.69).

## II. MARCO METODOLÓGICO

### 1.1 PROPOSICIÓN

Dentro del derecho médico el consentimiento informado es parte del contenido esencial del derecho fundamental de información del paciente el cual si es trasgredido origina una responsabilidad civil médica estando esto regulado en la legislación peruana la cual no determina a partir de la Ley general de la salud cuales son los presupuestos que sustentan el consentimiento informado del paciente.

### 1.2 METODOLOGÍA APLICABLE

#### 1.2.1 Tipo de Investigación PURA

Se conceptualiza como aquella que tiene como finalidad construir los conocimientos teóricos; es decir va a crear leyes, teorías y modelos abstractos, y como punto principal es que no se ocupa de su aplicación práctica. Es una parte eminentemente teórica de todas las ciencias.

Teniendo como referencia lo antes mencionado diremos que este tipo de investigación solo trata de temas de derecho y que no pertenezca a ninguna otra disciplina, siendo ello así será considerado como investigación jurídica pura.

Teniendo en cuenta que el tema materia de investigación es totalmente teórica, el tipo de investigación a aplicar es el “puro” o llamado también “básico”.

Para el desarrollo e investigación de tesis, se centra básicamente en la búsqueda de libros, jurisprudencia, revistas, códigos, etc. incluso se utilizara material bibliográfico virtual. Para lograr saber cómo es tratado el tema del “consentimiento informado” en otros países y las diferentes posiciones en las q se funda, para de esa manera saber y poder sustentar el trabajo el

cual es materia de investigación, no descuidando que la existencia de la investigación pura se basa en estímulos de carácter intelectual ya que es aquí donde se va escudriñar con mucha minuciosidad el tema de investigación.

En mérito a la metodología utilizada en la investigación y que es aplicada al campo del Derecho, voy hacer uso de los métodos de investigación descritas a continuación y que van a sustentar el estudio, entonces tenemos los métodos: exegetico, dogmático y sistémico.

### 1.2.2 Métodos de Investigación

#### ➤ MÉTODO EXEGÉTICO

Este método alude esencialmente al estudio lineal de las normas, es decir tal y como ellas se encuentran tipificadas en el texto normativo. El método se origina de la seguridad existente en un ordenamiento único, cerrado y que no posee lagunas, ya que este método respeta el texto escrito y aquella voluntad que el legislador plasmó. Resultando importante para el comentario de la normatividad, pero es cierto que dicho método no es el único a emplearse cuando se realiza una tesis, por ello recurriré a la utilización de otros métodos que serán descritos posteriormente. La exégesis, en tanto exposición sucinta de las leyes, fue la herramienta metodológica metódica predilecta de los conocedores del derecho peruanos de la segunda mitad del siglo XIX.

Tendré en cuenta en primer lugar este método por que respeta los textos legales, y de esa manera buscare investigar el real significado y lo que comprende el concepto de “Consentimiento Informado”, la cual merece ser indagada en su totalidad con la finalidad de conocer sus verdaderos alcances y parámetros.

### ➤ MÉTODO DOGMÁTICO

Se llama también conceptualismo e institucionalismo por que tiene como base la concentración de su estudio solo en figuras jurídicas o instituciones dejando figuras distintas a estos a otras disciplinas.

Este método de aplicación meramente jurídica es la base para la ciencia del Derecho, que funda su investigación en los principios generales y de y de los tan mencionados dogmas jurídicos, mediante ellos se ayuda el intérprete jurídico para hacer posible la explicación de las normas jurídica-sociales para aplicarlo a un caso concreto, ello en base a que la dogmática jurídica gira en torno al ámbito del pensamiento meramente formal.

### ➤ MÉTODO SISTÉMICO

El método referido determina qué quiere decir una norma, dotándole de principios y especificando conceptos que se encuentran con mayor dilucidación en otras normas, sin embargo no se hallan expresados claramente en la norma que se quiere o pretende interpretar. Dicho método jurídico resulta ser un procedimiento utilizado para unir normas entre sí, con el fin de lograr la obtención de una respuesta coherente y concatenada que el mero texto por sí solo no puede ofrecer. Por medio de este método podemos ayudarnos concatenadamente del uso de otras normas sin ir más allá o salirse del tenor literario, pues se respetó lo que el legislador en algún momento dejó plasmado.

## 1.2.3 Técnicas e Instrumentos de Investigación

### ➤ TÉCNICA DE FICHADO

Como todo trabajo para su desarrollo se necesita la realización de una investigación y para ello creo necesario de la utilización de la recopilación y selección de información, la misma que me permitirá realizar un buen

escudriñamiento del tema materia de tesis. La recopilación de información obtenida de varias fuentes de información ya sean estos libros, revistas etc. Deben de hacerse mediante un criterio de selección y síntesis.

En proceso de investigación del “Consentimiento Informado”, la técnica de fichado es un instrumento principal y de uso necesario, puesto que me va a permitir fomentar de manera sistemática una recolección de información lo cual la obtención de materia variado y disperso estimulando los procesos de abstracción y síntesis del trabajo.

#### ➤ TÉCNICA JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia, como una fuente del derecho indirecto es conceptualizada como aquella recopilación de resoluciones emitidas por los tribunales, en los cuales se interpreta la ley frente a casos concretos, dicha interpretación es realizada por los operadores del derecho entonces con dicha técnica de la jurisprudencia se permite llenar las lagunas del derecho en un sistema jurídico determinado pues contribuye mucho la experiencia de un juez y demás que realizan la actividad de interpretación .

Instrumentos:

#### ➤ FICHAS Y JURISPRUDENCIA.

### III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 DESARROLLO DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El consentimiento informado en la práctica médica y especialmente en hombre tiene un significado esencial porque el intervenido o paciente tiene todo el legítimo derecho de informársele de todo aquello que comprometa a su salud, de recibir información porque así lo ordena nuestra constitución garantizadora de la dignidad del hombre pues éste ha sido consagrado como el fin supremo de la sociedad. Ahora bien, el consentimiento informado ha sido tratado en escritos médicos varios, normas, en la doctrina, etc. el proceso del consentimiento informado dentro del campo y atención médica en nuestra sociedad peruana es hasta ahora realizado de manera inadecuada, y ello se debe a muchas circunstancias los mismos que son catalogados de la siguiente manera: a) factores subjetivos, en los que se encuentra el grado de comprensión y cultura del paciente, lo académico, profesión ejercida, su situación familiar, etc. y b) los factores objetivos en donde se sitúa aquella necesidad que alguna vez se tiene de practicar un tratamiento médico, la complejidad de determinada enfermedad, etc.

Es por ello que se debe tener claro y bien definido el consentimiento informado para que no haya duda en cuanto a su aplicación en los actos médicos, en ese sentido, resulta inexorablemente establecer los presupuestos del consentimiento informado los mismos que conllevan a establecer de manera inequívoca su concepto.

En nuestra sociedad peruana actual el consentimiento informado no es utilizado por el médico correctamente, es decir como un derecho que le asiste a cada persona de manera irrestricta, sino como un mecanismo de evadir una posible responsabilidad médica, por ello es necesario determinar de qué manera es concebido el denominado consentimiento informado, y en esa línea establecer cuáles son los presupuestos del denominado consentimiento informado en el derecho médico en la legislación peruana.

## ➤ OBJETIVO GENERAL

En nuestra legislación según la Ley No 29414 emitido el año 2009 el cual modifica la Ley 26842 (Ley General De Salud de 1997) en el literal f) del inciso 15.2 del artículo 15 concibe al “consentimiento informado” como aquella información dada al paciente utilizando un lenguaje entendible de manera completa, oportuna y continua respecto a su enfermedad, así también dicha información debe contener no solo el diagnóstico, pronóstico y alternativas en cuanto al tratamiento a realizar; sino también todo tipo de probables riesgos, precauciones a tomar, etc. Los pacientes entonces tienen derecho a recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento antes y durante el proceso médico.

Como expresa (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 183), el referido consentimiento se debe producir, inexorablemente, luego de que el médico o los médicos tratantes o el recinto hospitalario, según el caso, le informen al paciente de una manera suficiente, adecuada, veraz y comprensible sobre todo lo concerniente a la enfermedad que padece y sobre el tratamiento que se le propone para recuperar su salud o, al menos, aliviar su mal. La información debe cubrir, al menos todo lo relacionado con el diagnóstico, el pronóstico, los diversos aspectos del tratamiento o procedimiento médico y, sobre todas sus alternativas, los riesgos y consecuencias posibles o probables que podrían derivarse del acto médico.

De ello se desprende la importancia que conlleva el ineludible obligación o deber del profesional de la salud de poner de conocimiento a su paciente aquello concerniente a su salud, información que debe ser adecuada, suficiente, veraz y comprensible a fin de que el determinado paciente pueda prestar su libre, voluntario y consciente consentimiento para que se le practique sobre su cuerpo determinado acto médico pues así lo exige la dignidad innata del ser humano.

El estado peruano en 1997 mediante la Ley General de Salud, configuro

legalmente la existencia del “consentimiento informado” de manera general, por ello en la actualidad ha habido un tiempo más que suficiente para todos los médicos del Perú hayan tomado conocimiento de no pueden intervenir a ninguna persona sin antes haber obtenido su consentimiento el mismo que no debe de estar viciado, *contrario sensu* el médico tiene como imperativo la obligación de brindar información a su paciente de manera veraz, oportuna, en términos comprensibles, completa y continuada todo aquello relacionado a su bienestar-salud.

La figura jurídica del consentimiento informado, si bien es cierto se encuentra plasmado en una norma, ésta es regulada de manera insuficiente toda vez que no prescribe nada respecto a la completitud de la información, a la limitación de la información como tampoco se pronuncia de las excepciones que presenta el consentimiento informado en la práctica médica. Siendo importante porque así lo amerita nuestra realidad para evitar cometer arbitrariedades contra los buenos profesionales de la salud quienes en su intento por actuar bien frente a un determinado acto médico, se encuentran restringidos porque existe una ley que lejos de ayudar a contribuir a la salud del paciente induce al médico a perjudicarlo, tal es el caso de aquel sujeto que aparentemente gozando de una buena salud, desconoce que padece una enfermedad terminal por tanto informarle de dicho mal por parte del médico dañaría cruelmente su salud psicosomática, siendo relevante en este caso particular limitar la información a la que el médico se ve obligado a brindar según la vigente Ley N° 29414 en su art. 15.2 literal f, que prescribe: “ entregar en términos comprensibles información **completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad...**”

En base a lo mencionado puedo definir al consentimiento como la manifestación de voluntad de dos o más personas para aceptar determinado acto siendo las partes quienes expresen su conformidad con el contenido del acto, en cuanto al término información; lo defino como el conjunto de datos que sirve para formar una idea concreta que tiene como base determinado hecho o ente, la misma que va a permitir resolver situaciones y

consecuentemente adoptar decisiones. Teniendo en cuenta lo dicho líneas arriba como también a la doctrina española y la Ley 41 de España, el consentimiento informado es: la aceptación voluntaria, libre y consciente del paciente, la misma que lo exterioriza en el pleno uso de sus facultades luego de haber recibido la información adecuada. Considero que esta definición es el más adecuado porque reúne en si el significado propio del consentimiento informado al poner énfasis en la conformidad o el asentimiento unilateral que presta el paciente, después de haber sido adecuadamente informado para permitir que se practique un acto médico, que va a afectar a su salud. A modo de finalizar **el consentimiento informado es en puridad la justificación misma de la legitimidad del acto médico, el cual en todo momento se basa en el derecho que le atañe al puesto que ejerce su autonomía y autodeterminación.**

Ahora tomando como referencia el artículo de “La responsabilidad médica y el consentimiento informado” el mismo que tiene como autor al ilustre Julio César Galán Cortés en la cual describe al consentimiento informado y los presupuestos que posee, siendo estos:

- El titular: El autor en mención de manera categórica (y no se equivoca) afirma que en principio el titular del consentimiento es el paciente, dado que sobre el recaerá ineludiblemente el acto médico, el cual tiene como fin recuperar o mejorar su salud. Dicho consentimiento debe ser obtenido siempre y cuando el titular esté en condiciones óptimas de comprender la información dada por el médico.

Cabe precisar que existen supuestos en los cuales por circunstancias diversas el consentimiento informado como derecho limitado es relegado por el derecho a la vida, pues deber del médico realizar actos urgentes e inaplazables para preservar en todo momento y bajo cualquier circunstancia adversa la vida de su paciente. Pues bien, si un paciente por razones varias (mayormente de índole religioso) se negara expresamente a una transfusión sanguínea la cual es indispensable para

salvarle la vida, el medico puede realizar el acto médico y ampararse legalmente en el estado de necesidad. Otro supuesto frecuente en el campo de la medicina es cuando el paciente se encuentra en un estado de incapacidad para comprender y decidir un acto médico, empero es de vital urgencia realizar (intervención quirúrgica) y el representa legal se niega a ello, el medico interviniente puede actuar realizando el acto médico determinado para salvar la vida de su paciente, alegando una obligación legal, en ese mismo razonamiento y fundamento, el medico está facultado a actuar sobre el cuerpo del paciente sin la obtención de su consentimiento cuando se requiera de urgencia la realización de un acto quirúrgico y esta se encuentra por ejemplo en un estado de inconciencia.

- Tiempo: En mérito a lo descrito precedentemente el consentimiento de una persona dentro del marco del campo de la medicina, es decir, ante la necesidad de requerir un acto médico en pro de su bienestar debe obtenerse antes de ejecutarse dicho acto, claro está, luego de una adecuada, oportuna y veraz información brindada por el médico, advirtiendo en todo momento este ultimo los pro y contra que acarrearía determinado acto de intervención médica en el paciente, resaltando que durante el tratamiento terapéutico a realizarse debe subsistir el consentimiento del intervenido quirúrgicamente, de esa manera se respeta y garantiza la libertad del ser humano a auto-determinarse.
  
- Forma: Es importante dejar establecido que el consentimiento obtenido del paciente será verbal, ello como regla general, empero ante supuestos varios donde el ser humano no pudiese expresar verbalmente su decisión como es el caso de los mudos, sordos, ciego mudos, etc. y existiera otras modalidades de exteriorizar su querer interno, es también valido, ya que el derecho y el Estado en aras de respetar y garantizar los derechos fundamentales siempre va a permitir toda modalidad que implique de forma indubitable dejar sentado el

respeto a la libertad de decisión de toda persona en especial de un paciente, siempre y cuando ello no signifique violentar otros derechos o incluso su propia vida. Las modalidades mediante la cual se puede obtener el consentimiento informado de un paciente puede ser, en aplicación de los cambios tecnológicos, la escritura virtual, escrita, o movimientos que acrediten el comprender la información antes de ejecutar el acto médico recomendado u otro.

Es necesario hacer alusión al Código Civil en específico al art. 140, el mismo que regula el acto jurídico y sus requisitos de validez, centrándonos específicamente en el Inc.4 el cual prescribe: “observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” por tanto encontrándonos en la relación médico paciente, frente un acto médico, es necesario saber qué tan válido es o no desde la óptica de la formalidad aquél acto practicado por el profesional de la salud. En principio sabemos que existe libertad de forma donde la persona es quien decide si opta por la forma oral, escrita u otra, sin embargo considero que en actos tan importantes como aquellos que comprometan directamente la integridad física, y de forma general la vida; es de vital importancia que la legislación peruana cree una **ley especial** en el cual se regulen de manera taxativa los presupuesto del consentimiento, ello a fin de dilucidar cuando estamos ante un verdadero consentimiento informado en la práctica médica, y entorno a ello dejar establecido en que supuestos necesariamente es obligatorio la forma escrita, pues constituye una manera de garantizar los derechos fundamentales y constitucionales de la persona como es la libertad de decidir de todo ser humano. Porque mirando nuestra realidad (en el Perú) no todo acto médico necesariamente requiere de estar plasmado en un documento sino solo aquellos que implican un riesgo de importancia y que debe ser conocido por el paciente, como por ejemplo: diagnóstico, tratamiento, procedimiento, etc.

Habiendo una ley especial que regule determinados casos, los mismos donde se puede advertir un evidente riesgo el bienestar físico, emocional o psicológico de las personas, el profesional de la salud se ve obligado a cumplir la formalidad prescrita en dicha ley especial, ya que si omite dicho precepto legal acarrearía responsabilidad la cual debe de asumir, pero más allá de responder por la omisión a la norma, lo que **se busca es efectivizar en el campo médico lo que la carta magna peruana garantiza que es en sí la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad ya que es el fin supremo de la sociedad y el Estado por tanto debe prevalecer el trato digno al paciente.**

En el estado Argentino los profesionales médicos tienen en deber obligación de dejar constancia vía documento el consentimiento de todo paciente, y es ello que ha motivado la creación de protocolos muy específicos de información y consentimiento en la creencia única de que los eximirán de responsabilidad ante un eventual demanda por cualquier resultado adverso a la salud del paciente. Sin embargo la existencia de engorrosos formularios que deben firmar los pacientes no responde a los fines propios que pretende instaurar el consentimiento informado. El objetivo del consentimiento informado no es atemorizar al profesional de la salud, ni tampoco que sea un acto engorroso para el paciente que quisiera someterse a determinado acto médico, sino más bien de informar de manera oportuna, completa, veraz y en términos sencillo el o los actos médicos que el médico debe practicar sobre el cuerpo del paciente y como consecuencia de ello, el paciente es quien decide someterse o no que se practique dicho acto médico recomendado por el profesional de la salud. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 138).

Ha quedado dilucidado que el consentimiento informado va surgiendo a modo de proceso, paulatinamente entre el médico y paciente o viceversa, entonces una vez que el medico luego de brindar información necesaria y completa, el cual involucra los pro y contras del acto médico

a realizar, y permitiéndole al paciente ejercer su libertad de decidir, una vez obtenido el consentimiento informado, puede instrumentalizarlo en algún soporte objetivo que necesariamente no lo constituye una historia clínica escueta o sencilla sino que debe ser complementada en cuanto información precisa, concisa y de relevancia.

El instrumento en el cual se puede hacer constar el consentimiento informado según operadores jurídicos (abogados, magistrados, jueces) así como los mismo médicos es la historia clínica o a decir de otros la ficha médica del paciente, pues en estos documentos es donde se plasma toda la información y cualquier otro dato sobre la evolución clínica de la salud de un paciente durante el proceso de tratamiento que es sometido el paciente para lograr sanar la enfermedad que lo aqueja o al menos aliviar su mal. Estas anotaciones no deben ser tan voluminosas para evitar que le ocupen mucho tiempo al profesional ya que en estos últimos años es notorio la gran demanda de pacientes quienes obviamente requieren ser atendido por profesional de la salud es por ello aconsejable que en la historia clínica de cada paciente **se recogen datos de relevancia de la conversación y/o información del paciente con el médico y viceversa**, dicha información consignada en la historia clínica es más creíble que cualquier otro medio de prueba recabada en determinado caso en donde se llegase a producir una infracción a la normatividad o un daño al intervenido a manos del médico.

Es menester dejar sentado que en el campo del derecho, recabar y obtener el consentimiento informado el mismo que queda instrumentalizado en la historia clínica del paciente, de ninguna manera libera de responsabilidad al médico ante una mala praxis médica ejecutada. Un claro ejemplo tenemos el caso del señor Jorge Villanueva ocurrido en el año 2010 quien acudió a un centro hospitalario en aras de salvaguardar su salud tanto física como mental tal es así que los médicos le informaron todo aquello que implica o

concierno a su salud, siendo importante amputarle la pierna derecha pues se encontraba infectada debido a una gangrena producido por un afección incurable producto de la enfermedad que padecía, diabetes. En principio se había obtenido el consentimiento informado siendo este valido pues cumplió con su objetivo de informar al paciente debidamente todo aquello que compromete su salud especificándole los riesgos, consecuencia, tratamiento, etc. Sin embargo al momento de ejecutar el acto médico se amputo la pierna izquierda incurriendo los médicos en mala praxis y por ende acreedor de responsabilidad civil médica. El consentimiento se obtuvo reitero válidamente pero para amputar la pierna derecha y no la izquierda acto que hicieron negligentemente los médicos que lo trataban.

➤ Objeto

Se tiene como objeto del consentimiento informado aquello que haga alusión y se objetivase en el tratamiento médico (o quirúrgico) siempre y cuando se ajuste a la *lex artis*, en este tratamiento también están incluidos los riesgos propios que conllevan la realización del proceso establecido, y como se ha descrito precedentemente nunca podrá existir un resultado con la certeza suficiente de la evolución de la persona, ya que este resultado puede variar por factores internos y/o externos de la persona tratada, en esa línea cabe precisar que los profesionales médicos les está prohibido asegurar un resultado, ello por lo ya mencionado. Si en un caso determinado respecto a una enfermedad, el medico sabe sobre la existencia de varios tratamientos, esta situación debe informarlo al paciente, asimismo debe exponer cada alternativa de solución conteniendo los pro y los contras que acarrearía dicho procedimiento a aplicar.

Enunciaremos los datos que debe contener el consentimiento informado para su obtención. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 143):

- Información personal del paciente (nombre -apellido, edad, grado de instrucción) así como información del médico tratante quien dará la información a su paciente.
- Información suficiente, debida y veraz respecto a la enfermedad, tratamiento, secuelas, y todo lo que involucre.
- Precisar los riesgos probables y no probables.
- Incomodidades que se puedan prever.
- Variedad de procedimiento que existen para curar determinado mal.
- Precisar aquello beneficios esperados así como las consecuencias adversas si no se lleva a cabo determinada intervención
- Informarle al enfermo/paciente la factibilidad que posee de variar su decisión cuando quiera.
- Emisión del consentimiento del paciente y conformidad con la información brindada.

Otro punto a tratar ligado a la presente es el límite del consentimiento informado, pues es de conocimiento que ningún derecho es absoluto, por lo tanto pasaremos analizar hasta qué punto el médico debe estar obligado a cumplir con el derecho del consentimiento informado, ello en a fin de igualmente respetar el derecho a la salud.

#### ➤ Límites del consentimiento informado

Si bien es cierto, la institución del consentimiento informado exige en todo momento que sea completa la información que se le proporciona al paciente, la pregunta es: **¿Qué tan completa debe ser la información?** La interrogante surge en virtud de que se han dado casos en los que el brindar una información completa es lesiva para el bienestar o salud del intervenido, enseñanza de ello, es cuando un paciente ignora tener cáncer, y al ser revelada dicha enfermedad, entra

en un cuadro depresivo que lo conduce a la muerte, entonces frente a esta situación es preferible ponerle de su conocimiento lo que la doctrina le denomina “verdad soportable” en la medida de salvaguardar la salud del paciente, de esta manera vemos reflejado un límite impuesto al consentimiento informado, **sin embargo esto también constituye un vacío legal dentro de la legislación peruana, pues no se regula esta situación jurídica, encontrándose el médico en la incertidumbre de qué es lo más conveniente, si darle al paciente una información completa (cumple con los preceptos legales haciendo prevalecer el derecho del consentimiento informado) o si se limita al brindar la información,** y en el supuesto que lo haga infringe la normatividad vigente, haciéndose **acreedor de las responsabilidades** que el caso amerite por lo tanto, se debe implementar la Ley N° 29414, el cual detalla los derechos de cada una de las persona usuarias de los servicios de salud, **y colocar explícitamente en qué casos se puede limitar la completitud de la información brindada al paciente para evitar poner en riesgo la salud del mismo,** y así también salvaguardar los derechos del médico que en su intento por cumplir con su profesión se encuentra en el dilema de qué hacer frente a esta situación que al no regularse, hacer cualquiera de las dos siempre va acarrear responsabilidad, puesto que si se brinda información completa a un paciente que ignora una enfermedad terminal, va causar un detrimento a la salud psicológica del paciente, y por lo tanto debe ser responsable de ello y si por el contrario no brinda información completa, está contraviniendo la normatividad vigente de la Ley **No 29414** que en su art. 15 inc.2 literal f a prescribe lo siguiente: “a saber de manera completa, oportuna y veraz, cada una de las particularidades del servicio, así también los costos que conlleva el cuidado del galeno, entre otros términos y condiciones del servicio”, **de ello se infiera la creación de un precepto normativo que regule dicha situación jurídica a fin de evitar estas confusiones que perjudican tanto al paciente como al profesional de la salud.**

A pesar de lo dicho en países latinoamericanos como Argentina, España, entre otros países, legítimamente se esconde al paciente información respecto a la gravedad de un mal incurable que padezca (en esta situación vemos como el consentimiento informado está legalmente limitado por causas mismas del bienestar de la salud del paciente. (Bustamante Alcina, 2001, p. 133). Es lógico pensar que el profesional de la salud pueda legalmente omitir parte o la totalidad de la cuando el paciente no está en condiciones físicas ni mentales de saber la gravedad con relación a un determinado mal que sufriese. (Bueres, 1992, p. 55).

El médico en casos excepcionales esta exonerado de cumplir con la obligación de informar al paciente ante un emergencia, luego de superada dicha situación, el galeno deberá brindar la información debida y necesaria tanto a los familiares como al paciente respecto de algún acto médico realizado. En el Perú la situación de eximir a médico de la exigencia de informar se encuentra legislado en la Ley N° 29414 (la cual detalla los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud) pero resulta deficiente y escueta por cuanto no prevé que una vez regularizado la salud del paciente que entro en estado emergencia, se le deba informar, derecho que no debe ser ignorado a pesar de que fue sometido a un acto médico sin su consentimiento ya que no se encontraba en las condiciones para ejercer su derecho del consentimiento informado. Esta situación de actuar en la persona sin *ex ante* recabado el consentimiento informado es considerado como una excepción a la regla, toda vez que existen casos muy particulares como: aquel sujeto que es trasladado a un hospital en estado de inconciencia y con heridas graves que urge ser intervenido por un profesional de la salud a fin de salvarle la vida, el médico debe actuar inmediatamente amparándose en la *lex artis* es decir, el profesional de la salud debe actuar correcta y adecuadamente en relación con el paciente y su cuidado, se trata en ese sentido del

conjunto de reglas que se refiere a la diligencia que debe tener el médico, a su pericia y a la debida aplicación de conocimientos y técnicas actualizadas durante el tratamiento a que se somete al paciente. Por tanto mientras la doctrina lo considera como un **privilegio terapéutico** en el Perú debe ser visto como una conducta propia en ejercicio de la *lex artis*.

Por otra parte, cabe precisar que no toda información debe ponerse de conocimiento al paciente, toda vez que ante un la existencia de una enfermedad incurable, la solo información puede degradar inmediatamente la salud psicosomática, razón por la cual, a criterio del médico –quien en todo momento velara por la salud de su paciente– evaluara en qué momento informará, es así que buscara el momento o momentos en qué gradualmente se le vaya informando al paciente para evitar cualquier afectación a su salud y en especial a su salud psicosomática. Cuando la persona a intervenir no está en óptimas condiciones para recibir una información que podría afectar su bienestar, o su salud es recomendable que dicha información sea recibida por sus familiares quienes están legitimados para obtener toda información respecto a la salud del paciente, ello no significa violar su intimidad sino más bien constituye una excepción a este derecho fundamental.

La *lex artis* de ninguna manera puede ser usada sistemáticamente y tampoco debe ser invocada en determinados caso como justificación particular, pues la actuación médica debe ejecutarse actuar acorde con la *lex artis*. Entendiéndose que la *lex artis* es la correcta y adecuada actuación del profesional de la medicina para con el paciente, es decir, hacer siempre las cosas bien, esto quiere decir que en todo acto médico el galeno debe actuar bien y correctamente, pues así lo impone la *lex artis*, independientemente de los resultados que conlleve su buen actuar.

En este sentido es necesario también establecer con mucho cuidado los criterios para aplicar la *lex artis*, toda vez que, ante cualquier “emergencia” se pretenda amparar en esta figura, recordando que en nuestro ordenamiento jurídico vigente está prohibido el **abuso del derecho** pues así consta el Código Civil en su Art. II (título preliminar), el cual detalla: “La Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (...)”.

Y finalmente, la *lex artis* es conceptualizada como un criterio de valoración para la realización del correcto acto médico a manos del médico, para la cual debe estar en constante actualización, estudio y práctica; por otro lado tiene siempre en cuenta las características propias de su autor, de la carrera profesional, y lo complejo que resulta el acto médico y la trascendencia relevante para el paciente. Si la realización de un acto médico de un paciente luego de haber sido debidamente informado tiene un resultado negativo a pesar de toda diligencia que puso el profesional de la salud y además de ello ha realizado determinado acto médico acorde a la ciencia de la época, dicho resultado lesivo que se haya producido no es contrario a las leyes, por ello, la persona intervenida tiene que asumirlo, el médico en todo momento procura el bienestar y mejorar la salud de su paciente, en ese sentido **no tiene facultades de originar daño en el cuerpo del paciente, por tanto, debe velar siempre por mejorar la salud de acuerdo a sus amplios conocimientos como galeno.**

#### ➤ OBJETIVOS ESPECÍFICOS

##### **a) Analizar la responsabilidad civil médica y profesional dentro del derecho nacional y comparado.**

Resulta conveniente deslindar la institución de la responsabilidad y la figura de consentimiento a fin de entender a cabalidad la investigación realizada.

La responsabilidad, es definida como el deber que recae sobre un sujeto a

quien se le atribuye las consecuencias de un hecho propio que ha originado un daño o perjuicio; por lo que debe responder por ello, ya sea reparando el daño o indemnizando al perjudicado. También existe responsabilidad cuando nace un vínculo ante un tercero, quien ha sido perjudicado con un circunstancia dañosa, es así que en merito a la responsabilidad un determinado sujeto queda atado a compensar a la víctima por el daño realizado.

En cuanto al consentimiento, esta figura jurídica se caracteriza principalmente en permitir, consentir, o estar de acuerdo con determinado acto para su realización, para ello es necesario que el consentimiento, el mismo que se traduce en la expresión de la manifestación de la voluntad se forme de manera libre, consiente y voluntariamente para ser exteriorizado válidamente. Es por ello que en el campo médico es primordial que el médico le informe a su paciente de manera adecuada todo aquello que involucra su salud para poder ese último brindar un consentimiento libre de vicios los mismos que pueden ser, invalidar el consentimiento del paciente. Estos vicios (dolo, error, intimidación, violencia) **por ejemplo se pueden presentar cuando el profesional de la salud dolosamente brinda errada información al paciente** para que este se someta a un tratamiento recomendado por el mismo con el solo objetivo de experimentar un nuevo método científico.

Ahora bien, he decidido efectuar un breve y rápido análisis la responsabilidad médica en el Perú, y Argentina.

Sabemos que la responsabilidad de los médicos en el Perú se basa principalmente en brindar información a la sociedad por la realización de los actos médicos en la práctica profesional, cuyos resultados dañosos hayan sido producto de la infracción de los deberes del profesión, o por el no cumplimiento de los cuidados pertinentes y necesarios en el cuidado de un paciente. Hoy en día, el paciente que considera que no ha recibido una atención adecuada por parte del médico o de un hospital/clínica, sabe que

tiene el legítimo derecho de pedir una reparación, indemnización por el daño causado o incluso exigiendo una sanción ante los tribunales, en la actualidad el médico al igual que cualquier profesional está obligado a dar respuesta por sus errores, es decir que no existe ya impunidad para la sociedad desde óptica de la responsabilidad en el ámbito civil.

Un cambio importante en el tema de la responsabilidad civil médica es el desarrollo de las diversas teorías que se vienen dando en el tiempo, que tienden a facilitar la carga de la prueba respecto a la culpa del médico, la misma que es difícil demostrar. Teorías desarrolladas en EE.UU, España, Francia, etc. (así se tiene: La prueba de presunciones, prueba prima facie del derecho norteamericano, etc. En el Perú, probar la culpa médica, no resulta ser una prueba diabólica, toda vez que el médico tiene mejor posibilidades de demostrar la no culpa en su actuar frente a un acto médico, para lograr eximirse de la responsabilidad civil médica. A diferencia del paciente que le era muy difícil probar la culpa de un médico porque no se encontraba en la mejor posición para hacerlo. (Carhuatocto Sandoval, 2010, p. 109).

Ahora bien, la creciente interposición de acciones legales de responsabilidad civil en contra de los galenos en los últimos 10 años me ha permitido pensar en: ¿qué efectos positivos y negativos ha traído el accionar del paciente en interponer demandas por responsabilidad civil? En cuanto a los efectos negativos me atrevo a decir que frente al temor de los médicos a ser demandados los lleva en muchos casos a practicar una medicina “a la defensiva”, que tiene como resultado someter a los pacientes a todos los análisis y pruebas innecesarias antes de decidirse en avanzar en un simple diagnóstico, o lo que puede ser peor al rechazo de paciente cuando éstos se encuentren en alto riesgo. (Lizardo Taboada, 2001, p. 86). Otro aspecto negativo es el de aumentar los costos de la medicina arbitrariamente como también el de las operaciones o intervenciones médicas, trayendo como consecuencia la figura de la discriminación ya que solo tendrían acceso a este servicio las personas con solvencia económica y quedando desatendidos las personas de precarios recursos económicos. En cuanto a los efectos

positivos puedo decir que un buen médico toma conciencia de su responsabilidad y ello lo lleva a realizar algunos cambios en el la práctica de continua de su profesión para mejorar el servicio en bienestar del paciente y así evitar futuros inconvenientes como son las demandas, así por ejemplo en EE.UU y Argentina se ve un aumento considerable por garantizar el derechos de cada ser humano/ paciente, ello se traduce en la prevalencia que se le da a la figura tratada en la presente “consentimiento informado”.

El derecho comparado nos informa que en otros países como en EE.UU y Chile ya se están haciendo modificaciones en su normatividad, legislando el tema de la documentación de los actos médicos, con historias clínicas prolijamente confeccionadas de acuerdo a las particularidades de cada acto médico que se practique sobre el cuerpo de la persona intervenida, también al mejoramiento de servicios hospitalarios estructurados de tal forma que se eviten inconvenientes o falla que en otros tiempos eran considerados imprevisibles. Todo lo mencionado demuestra que en la actualidad la responsabilidad civil medica tiene una importancia hasta algunos años desconocida. (Taboada Córdova, 2007, p.48).

Como se puede apreciar nuestro Estado peruano posee problemas al momento de establecer la responsabilidad civil médica, ello en merito a que no se ha establecido de modo certero cuales son los presupuestos del consentimiento informado, información que es vital al momento de determinar si existe o no responsabilidad de un médico luego de realizado un acto médico que acarrea perjuicio o daño al paciente.

Se tiene que en la doctrina y la legislación nacional aún no se encuentra nada escrito sobre los presupuestos que debe tener el consentimiento informado, y dada la importancia que reviste tener esta figura en el campo jurídico y en la vida en sociedad, porque como es claro constituye un derecho de la persona humana que compromete derechos importantísimos como son el de la vida, la integridad, la intimidad, etc. debería regularse en nuestro cuerpo normativo tan relevante institución. Recurriendo a la doctrina comparada

para ser específico en la legislación española quien ya lo ha introducido en su normatividad y que evidencia resultados positivos, considero influye en nuestra legislación peruana es por ello que tomando como base dicha legislación española los presupuestos del consentimiento informado deben ser introducidos en nuestra legislación nacional y son los siguientes:

- a) Titular.- El titular del consentimiento es el paciente, dado que sobre el recaerá ineludiblemente el acto médico, el cual tiene como fin recuperar o mejorar su salud.
- b) Tiempo.-. El consentimiento Informado de una persona debe obtenerse antes del acto médico y debe subsistir durante el tratamiento hasta la mejoría del paciente, ello indica que el proceso de información para la obtención del consentimiento no es indefinido sino que tiene tiempo establecido.
- c) Forma.-. El consentimiento obtenido del paciente será verbal como regla general, la misma que debe ser instrumentalizada en un documento, siendo este la historia clínica, la misma que es usado por el galeno, y en donde deja constancia de cada acto médico e información que brinda a su paciente, redacción y elaboración que se hace simultáneamente durante el proceso de tratamiento o sometimiento de un paciente a determinado acto médico.
- d) Objeto.- aquello que haga alusión y se objetivase en el tratamiento médico (o quirúrgico) siempre y cuando se ajuste a la *lex artis*, en este tratamiento también están incluidos los riesgos propios que conllevan la realización del proceso establecido.

**b) Proponer una modificatoria a la legislación profesional además de complementar el contenido legislativo de la Ley general de Salud.**

Teniendo como base la Ley No 29414 la misma que establece los derechos de los paciente y/o usuarias de los servicios médico- salud, específicamente el Art. 15.2, inciso f) que señala lo siguiente: “A recibir en términos

*comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. Tiene derecho de recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento al ser dado de alta”*, aplicando de manera comparada la doctrina Española, podemos ver que en el artículo mencionado **existe un vacío en cuanto este no determina o delimita taxativamente la completitud de la información que se le puede brindar paciente**. Si bien es cierto el médico impone como obligación el de prestar correctamente sus conocimientos y técnicas propias de su profesión como también la obligación de informar al paciente sobre todo lo concerniente al proceso o tratamiento a que será sometido, así también respetar sus decisiones, el médico frente a este artículo se verá confundido, envuelto en un dilema donde la solución no es nada fácil. Si el médico llegara a decidir entre informar a su paciente de manera completa y entre informar al mismo pero limitándole cierto grado de información, ambos supuestos acarrearían efectos negativos para el profesional de la salud. Para entenderlo mejor me remito a un ejemplo: Si un paciente aparentemente en un buen estado de salud llega a un centro hospitalario y se hace un chequeo general en cuanto a su salud, y como resultado de ello se le pronostica que se encuentra con una enfermedad incurable como es el cáncer y más aún en fase terminal, el médico tiene que decir qué resulta mejor, si informarle completamente de la enfermedad que posee su paciente a sabiendas que ocasionara un daño no querido, ya que el paciente puede entrar en estado de depresión lo que ocasionará un daño a la salud psicosomática produciendo con ello un desgaste en la salud física, que puede terminar con la muerte del paciente en tan poco tiempo, ahora bien, si opta por limitar información y solamente da a saber aquello que es necesario y así sucesivamente de manera prolongada cuidara la salud y el estado psicosomático de la persona pero ello obviamente significa la contravención a la norma antes mencionada, es por todo ello que propongo una modificatoria **en donde se le dé cabida a una excepción o salvedad taxativa a la norma antes citada, referente al tema**

de **“información completa”** con el fin de eliminar este dilema que crea confusión en el profesional de la salud, limitándole su actuar o en todo caso actuar con temor por los posibles inconvenientes que se podrían presentar como son las ya numerables demandas de responsabilidad médica. Esta excepción que planteo también constituye un límite a la institución del consentimiento informado, pues resulta necesario por las razones antes expuestas. Siempre hay situaciones que escapan a determinados supuestos jurídicos por ser casos especiales, no comunes pero que resultan importantes, más aún cuando comprometen la vida de la persona humana. Por otra parte el médico ya no tendrá que verse envuelto en la indecisión de cómo actuar en la situación planteada es decir; sí cumplir con los preceptos normativos o infringir dicha normativa a sabiendas de la responsabilidad que conlleva el omitir información.

En la actualidad existe un gran número de quejas contra médicos y esto se debe a las deficiencias que surgen en la relación gestada entre el médico y el paciente por no existir un lazo de confianza en la comunicación entre ambos. Puede ser que se deba a que los médicos no son preparados o educados para escuchar y oír las quejas del paciente e incluso suelen perder la paciencia en la comunicación cuando el paciente tarda en comprender la información. Por otro lado tenemos a médicos que a través de sus auxiliares como son los (as) enfermeros (as) llevan la información al paciente cuando esto no debe ser así, nadie mejor que el médico para absolver las interrogantes ya que tienen mejor dominio del tema de salud en cuanto enfermedades sufridas por la población y además porque la responsabilidad recaería directamente sobre ellos.

Por tanto resulta importante, la comunicación en toda relación afectiva entre los seres humanos pues constituye un pilar fundamental para estrechar lazos de confianza y confidencialidad, y es en base a ello que surge el respeto y el buen trato al ser humano, el mismo que es complementado con los deberes propios del profesional de la salud y el ordenamiento normativo nacional que busca en la sociedad la protección del respeto y la dignidad del hombre.

El legislador debe crear y adecuar la normatividad de acuerdo a nuestra realidad para su eficiente aplicación y tratar de evitar lo vacíos legales. Ahora bien, como explique líneas arriba es menester que en la Ley No 29414 se especifique qué tan completa puede ser la información dada por el médico hacia el paciente, como también a quiénes debe dirigir la información en caso el paciente ejerza su derecho a no ser informado, y regularse este último que también resulta nuevo y novedoso en la legislación peruana pero que no es ni resulta extraño a nuestra realidad. Así mitigaremos las transgresiones a los derechos del paciente como también brindaremos un clima de seguridad y confianza para que el profesional de la salud actuara sin miedos ni incertidumbre al momento de practicar y/o ejecutar un acto médico sobre el cuerpo de su paciente.

En el Perú se sigue implementando la forma y manera más rápida y segura de garantizar el respeto irrestricto a la dignidad del ser humano, es por eso que se ha creado el Seguro Integral de Salud (SIS) y que su objetivo es asegurar el ejercicio pleno en cada uno de los pacientes su derecho a la buena salud. Pero insisto que existe un divorcio entre la teoría y lo práctica, cuando deberían estos dos caminar de la mano por un mismo fin que es la salud del ser humano, es por ello que nuestro gobierno peruano debe catalogar a la salud como un derecho humano con rango fundamental- constitucional e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. Al no objetivizar lo plasmado en un documento, el mismo que es vulnerado o burlado por quienes son designados por el Estado para ejercer la profesión de la medicina valiéndose muchas veces de la ignorancia de un sector de la población al no tener conocimiento que la salud es un derecho, el mismo que debe ser respetado por todas las personas sin excepción alguna. Que la sociedad debe entender que recurrir a un centro hospitalario o a un médico no significa ir a pedir un favor o más aún caer en suplicas innecesarios, denigrando la dignidad del hombre.

Ahora bien, hemos mencionado reiteradas veces el derecho a la salud, el cual

es conceptualizado como el “estar bien”, o “estar en estado de bienestar”, razón por la cual el gobierno debe facilitar el acceso a la salud, no solamente con programas una vez cada año como se da tristemente en el Perú, sino además implementando la normatividad para salvaguardar los derechos de toda personas, pero que esto continúe hasta ver objetivizado la norma en la realidad social, creando organismos o instituciones que se encarguen de fiscalizar los centros hospitalarios como también el actuar del médico para evitar a toda costa que los preceptos creados por el Estado caigan en el concepto de ley muerta o dormida. La fiscalización es también primordial pues le da dinamismo y motiva en toda institución a actuar correctamente de acuerdo a la normatividad, porque de hacer lo contrario obviamente será pasible de sanción, así lograremos que el profesional de la salud este todo el tiempo respetando los derechos inherentes al ser humano, sin diferenciar a nadie por su condición, raza o sexo.

En el Perú existe como ente fiscalizador “La Comisión de Salud del Congreso de la Republica” pero este es totalmente deficiente ya que sus visitas a los centros hospitalarios de la ciudad de Piura son anuales, cuando no debería ser así. La vigilancia de los centros hospitalarios y por ende a los profesionales de la salud debe ser constante para que las personas vean y sientan garantizados de forma óptima sus derechos, es por ello que la creación de más entes fiscalizadores es de vital importancia para que puedan abastecer a toda una población que a medida de los años viene en crecimiento.

El estado Peruano ha creado un Seguro Integral de Salud (SIS), pero este no basta para salvaguardar los intereses del paciente, el fin no es dar dinero (ya que es la forma de indemnizar el daño ocasionado) el fin en sí mismo es que el ser humano debe ser tratado como tal, como un hombre dotado de dignidad y respeto con capacidad de decidir y autorregular sus propios intereses (principio de autonomía ), que nadie puede decidir por él (salvo excepciones, descritas anteriormente como los caos de emergencia),sino él mismo. Con ello pretendo decir que el SIS no es suficiente para ver

garantizado nuestro derecho a la salud, sino más bien, es necesario cambiar el sistema de salud en todos sus aspectos empezar desde el personal de limpieza (pues es primordial tener bien limpias todas las áreas del centro hospitalario) hasta el más prestigioso médico, el mismo que debe ser capacitado siempre con el fin de actualizar sus conocimientos, e imponer un mejor sistema de fiscalización, el mismo que caminara de la mano con la normatividad vigente.

También es claro que muchas de las veces los estudiantes de medicina están presentes en actos médicos, pues son los mismos médicos quienes nunca solicitaron a los intervenidos -pacientes su autorización violando el derecho a su intimidad y a la libertad de decisión, y esto se debe, si bien es cierto existe normas que regulan el derecho de la intimidad, de la libertad, no existe un ente que fiscalice el cumplimiento de dicha normatividad y obviamente no se garantizan de manera concreta los derechos mencionados. La mayoría de usuarios/pacientes desconocen por que el profesional de la salud nunca informo de sus derechos, pero aun nunca solicitan el consentimiento del intervenido para que un practicante de la salud esté presente en dicho acto médico.

Es por ello que frente a las múltiples vulneraciones a la ley puesto que mayormente es letra muerta es necesario proponer el denominado derecho a la información del paciente como parte del contenido esencial del derecho fundamental de información producto de la inserción del denominado derecho médico en el sistema peruano.

**c) Proponer el denominado derecho a la información del paciente como un derecho fundamental producto de la inserción del denominado derecho médico en el sistema peruano.**

La amplitud, propuestas y soluciones en cuanto al consentimiento informado no permite que pueda estimarse como exhaustivo el material que la doctrina junto a la jurisprudencia nos brinda, ya que la realidad cambia con el

transcurrir de la épocas surgiendo nuevas situaciones que deben ser reguladas por un derecho más dinámico y mejor conceptualizados, en este trabajo de investigación debo precisar que **el consentimiento informado forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de información y por ende de todo ser humano considerado en su calidad de paciente y de sujeto de derecho.** Es pues la facultad innata que posee la persona humana de ser la única que decide por sí misma, respecto a la realización o no de un acto médico que comprometa su salud y su integridad psicosomática del mismo modo puede incluso el paciente ser libre para interrumpir o revocar en cualquier momento la decisión primigenia a la que se había sometido y el médico tiene la obligación de respetar dicha decisión. **A todo persona le corresponde el derecho de ser suficientemente informado respecto el estado de su salud y de todos aquellos aspectos relacionados con el tratamiento que el médico propone para la mejoría de su salud.** La debida información que se brinda al paciente es el fundamento y condición imprescindible y previa que permite al mismo de manera libre consciente y reflexiva aceptar o rechazar la propuesta del acto médico a practicar. Teniendo en cuenta las excepciones prevista en el marco teórico.

El consentimiento informado hace que la intervención del médico sea lícita, si el acto médico realizado por el facultativo no se sustenta en la figura emblema del consentimiento informado del ser humano **debe considerado como un acto médico ilícito que va a generar responsabilidad, en tanto y en cuanto lesiva de los derechos fundamentales, hay que precisar que el obtener el consentimiento informado no significa dejar libertad absoluta para que el médico haga lo que le plazca.**

**El consentimiento informado forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de información del paciente,** y como vengo mencionando en la investigación, en caso de ser transgredido origina la responsabilidad civil médica. Cabe precisar que la Ley No 26842, y la Ley

No 29414 no establecen los presupuestos que sustentan el consentimiento informado.

Tomando como referencia nuestra carta magna, en su Art 2 Inc. 4 y 5 que consagra el derecho a informar y ser informado, es que el consentimiento informado forma parte del contenido esencial del derecho de información el mismo que debe ser respetado y valorado en toda su extensión con las limitaciones establecidas por la ley y por ende al formar parte del contenido esencial, éste debe ser desarrollado legislativamente así por ejemplo como se da en la normatividad comparada, ejemplo: La Ley 41 de España.

## 1.2 DESARROLLO DE LA PROPOSICIÓN FORMULADA Y RESPUESTA A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Ante la gran problemática planteada, se podría decir que se ha quedado demostrado que el consentimiento informado al no estar regulado eficazmente en el Perú no garantiza el cumplimiento de los derechos inherentes del ser humano, en este caso del paciente durante la práctica médica. Ello en razón a que no están tipificado en nuestra legislación los límites en la información que el facultativo proporcione al enfermo.

Es frente a esos riesgos por el que debe implementarse nuestra legislación nacional la cual padece de su existencia; no estableciéndose una ley especial para actuar en cada caso particular sobre todo en casos de emergencia, como son por ejemplo: el pacientes lesionado gravemente que requieren ser intervenidos de inmediato, etc.

Poniendo al médico en una situación dilemática en donde solo actuara de acuerdo a su deber como médico y desconociendo los parámetros legales de defensa por tanto desconociendo las consecuencia de su actuar en el campo jurídico. La norma tiene un fin preventivo, para evitar caer o hacer determinada conducta infractora del orden social. Mientras no se regule por ejemplo **el límite a la completitud de la información a brindar a un**

**paciente**, se seguirá ocasionando daño el cual repercutirá tanto en el médico como al paciente. Ante la insuficiencia normativa el profesional de la salud no sabe si decirle toda la información a su paciente respecto al mal que padece causándole un daño a la salud psicosomática que es para lo que no fue instruido (más solo su deber y obligación es salvar vidas) o si lo reserva mientras busca el momento adecuado para decirlo, contraviniendo así el derecho del ser humano quien debe ser informado, y por tanto acreedor de una responsabilidad civil.

La consecuencia que acarrea la normatividad, esto es la Ley No 29414 deficiente, es que se vulnera el respeto y dignidad del ser humano pues el personal médico no posee límites en la práctica de su profesión médica estando latente en un futuro la posibilidad de ser demandado y con consecuencias indemnizatorias ante la deficiente normatividad nacional como es también la Ley General de Salud No 26842 que no hace más que regular conductas de manera general, obviando casos especiales en los que se necesita urgentemente ser regulados, como es **la creación de un ente fiscalizador en los centros hospitalarios, prescribir taxativamente las excepciones del derecho del consentimiento informado y límites a la completitud del derecho a la completa información que tiene el paciente respecto a determinada enfermedad.**

Aspecto importante en la conformación del consentimiento informado es que se incida en el sistema educacional en las universidades, puesto que no están provistas para brindar una la correcta enseñanza respecto al tema de la ética médica, el valor existencial del hombre y el respeto hacia otro de su misma especie, ni tampoco están instruidos en cómo deben comunicarse y entablar con su paciente un clima de confianza, buscar el mejor momento o el adecuado para poder decirle a su paciente respecto a la enfermedad que padece y que desconoce, evitando causarle un daño a su salud emocional. Comúnmente le negaba el derecho al paciente de decidir por sí mismo o de opinar, simplemente se quedaba callado por que el médico odiaba ser refutado por un hombre que carecía de conocimientos médicos. Deberían

inculcarse el respeto a las personas, lo que conlleva a la valorización del ser humano en cuanto tal y procurar su protección en todos los ámbitos, especialmente su salud o bienestar, siendo necesario el recabar un verdadero consentimiento informado el mismo que no se agota con la simple obtención sino que intrínsecamente es la institución que lleva a la participación del paciente en la toma de decisiones para autorregular sus propios intereses y decidir por sí mismo aquello que concierne a un bien tanpreciado como es la vida.

Con relación a la problemática planteada, los sistemas creados por el Estado para garantizar la salud de la persona humana son totalmente deficientes y seguirán en ese ritmo de inspiración porque no hay un ente que fiscalice oportunamente a los sistemas de atención a la salud. Lamentablemente dichos sistemas van a continuar fallando puesto que aún no se erradica la desigualdad en la sociedad, y los conflictos políticos.

El consentimiento informado por tratarse de una relación entre seres humanos disimiles de diversos niveles culturales, con singulares características psicológicas, trae como consecuencia que las peculiaridades personales de los médicos y de los pacientes graviten, en cada caso y en cierta medida, en cuanto a su interpretación y alcance. Resulta así que existirán enfermos poco o nada preocupados por sus intereses existenciales, así como encontraremos otros muy conscientes y alertas de la protección de sus derechos.

Si bien es cierto el objetivo de Ley No 29414 del dos mil nueve que efectúa ciertas modificaciones la ley 26842 (Ley General de Salud de 1997) es otorgar como un derecho (ya existente y no positivizado) de los ciudadanos a recibir una información veraz, oportuna, continuada, entendibles, para que decidan ellos y puedan tomar un decisión en base la nutrida información dada por el médico, ello se traduce en un consentimiento informado para que no sean víctimas del actuar ulterior de los médicos, auxiliares y técnico de la salud tal es así que todos aquellos profesionales de la salud que

desempeñen cualquier actividad relacionada con la atención al ser humano deben obtener su consentimiento previo a una información detallada por parte de este último.

Ahora bien, en cuanto a la formalidad que debe existir en el consentimiento informado, se debe tener en cuenta que cuando la exteriorización de la voluntad de una persona no es clara ni expresa, es decir; cuando ella no consta en un documento escrito, **por ejemplo por insuficiencia en la historia clínica** crea cierto grado de imposibilidad de demostrar si se transgredió o no hola el derecho de la persona intervenida con un acto de ser debidamente informado, entonces la dilucidación de dicha confrontación es muy difícil de lograr por lo que se debe recurrir a pruebas imperfectas, en el caso de que las hubiere, como lo es la declaración de testigos, la presencia de indicios, entre otras que podrían existir según las diversas situaciones que puedan presentarse.

La historia clínica tiene como función entre otros dejar constancia de los actos médicos y el proceso de evolución de un determinado paciente, convirtiéndose en un medio probatorio ante un eventual actuar médico negligente de un galeno. En el supuesto que no existiese prueba documental o ésta es elaborado de manera deficiente o mal redactado nace un problema de cómo probar determinado hecho en torno a la realización de un acto médico, recurriéndose como última opción a la prueba testimonial la misma que no es confiable ni convincente. Si en el Perú hubiesen historias clínicas bien redactadas no existiesen excesivas demandas de responsabilidad civil en el ámbito médico, *contrario sensu* el número de procesos legales respecto a responsabilidad civil médica en el Estado peruano aumentan desmedidamente y más aún porque el paciente no fue informado debidamente antes de someterse a un acto médico, lo que indica que no se está respetando y más aún no se cumple con garantizarle al su derecho de ser informado previo a un acto médico. Con ello concluyo, que si bien es cierto; la historia clínica resulta de vital importancia puesto que aporta a “garantizar” el derecho del consentimiento informado del paciente, esto no

siempre es así, porque si el documento no es redactado debidamente o es insuficiente en su elaboración-contenido ciertamente vulnera el derecho del consentimiento informado, más aún puede darse el caso que la historia clínica esté perfectamente redactado sin embargo al momento de ejecución del acto médico, éste realiza una acción no informado al paciente y que podría acarrear consecuencias negativas, la misma que puede ser motivo para una responsabilidad civil médica, tal y como sucedió en el caso del señor Jorge Villanueva a quien se le amputo su pierna izquierda por un error médico. Recordando este emblemático caso que se originó en el Perú, el señor Jorge Villanueva presto su consentimiento luego de haber sido debidamente informado, con el fin de que se ampute el miembro inferior derecho (pierna) ya que presentaba infección como consecuencia de la diabetes que padecía sin embargo al momento de la ejecución de la operación, por error médico se le termina amputando la pierna izquierda.

### 3.3.1 APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

#### a) La Responsabilidad Civil

Es una institución jurídica que basa su estudio en la conducta de una persona la misma que ocasiona un daño atribuyéndole como sanción de su accionar el compensar, resarcir o indemnización al agraviado (persona a quien recae el daño), conducta que en la sociedad es catalogado como reprochable.

Esta institución se basa fundamentalmente en la reparación de un daño ocasionado tanto en la esfera patrimonial como extramatrimonial de una persona quien debe ser resarcido por el daño sufrido, inmediatamente la responsabilidad civil tiene varias funciones, entre las principales tenemos el de procurar el restablecimiento del bien jurídicamente tutelado y que ha sido afectado, al estado primero o lo más próximo a dicho estado. Pero hay situaciones que demuestran que no es posible en muchos caso el restablecimiento del bien al estado primigenio ya sea porque la naturaleza del bien no lo permite, tornándose en imposible aquello, razón por la cual se debe recurrir medios alternativos como es por ejemplo: la posibilidad de

compensar al sujeto –víctima que ha padecido un detrimento a su bien patrimonial como extra patrimonial, con otro bien de características similares y de no poderse puede ser incluso reparar el daño mediante una indemnización de contenido pecuniario. Otra función que tiene la responsabilidad civil consiste en prevenir a la persona de cometer una lesión a otro sujeto como también la de sancionar producto del daño ocasionado. En el campo de la medicina la responsabilidad civil alcanza a los profesionales de la salud, quienes hasta antes del siglo XXI eran catalogados como intocables, dejando a su libre arbitrio la actuación de su profesión sobre el cuerpo humano del paciente, quedando relegados derechos fundamentales de todo ser humano como la libertad, la vida y la intimidad, salvo casos excepcionales de buenos médicos quienes si cumplían con su labor y su juramento de velar por la salud del paciente. Ahora bien, es importante vigilar al médico en su conducta de actuación, toda vez que se está convirtiendo usual en el Perú la incoación de demandas por responsabilidad civil del médico de un profesional de la medicina comúnmente tiene su base en que el médico no informó adecuadamente a su paciente todo aquello relacionado a su salud, es más se atreve a omitir información con el solo fin de obtener beneficios lucrativos, lo cual no debe darse porque el ser humano está dotado de dignidad y respeto y debe ser tratado como persona y no como un mero objeto de obtención dinerario y experimentación.

#### b) Consentimiento Informado

El tema del consentimiento del paciente desde todos los albores debe ser libre luego de haber obtenido una necesaria y adecuada información se ha constituido y se preconiza ya en otras legislaciones como en España, Argentina, Chile, etc., y también en nuestro país, como el derecho del paciente más importante. Y es que esta institución se vuelve cada día el eje principal en donde descansa la totalidad de la realización de casos, que tiene como principal punto el tema de la responsabilidad de un galeno. El consentimiento como ya se ha explicado líneas arriba consiste en el

asentimiento, la aceptación, permiso que da un paciente en el uso pleno y total de sus facultades (físicas y psíquicas) para la realización de un determinado acto, el mismo que vinculado al término información, conceptualizado este último como el conjunto de datos que forman un contenido de donde surge una idea, noticia o hecho que es puesta al conocimiento del sujeto, dan como resultado la institución jurídica del consentimiento informado, el cual se define como: **La manifestación consiente, voluntaria y por consiguiente libre sujeto (paciente) expresado y/o exteriorizado en el uso total de sus facultades (físicas y psicosomáticos) después de haber recibido determinada información, oportuna, veraz, completa, suficiente y comprensible por parte del profesional de la salud para con el sujeto intervenido quirúrgicamente.** Toda la información que le sea proporcionada al sujeto intervenido debe ser adecuada, es decir, que según las circunstancias en la que se encuentra y la enfermedad que padezca, el médico no se excederá en brindar la dicha información a su paciente ni tampoco se limitará de manera exagerada sino más bien brindará información en la medida de lo posible y de lo soportable para el paciente. Será oportuna cuando se le informe al paciente en el momento conveniente sobre su estado de salud, es decir; no tardía ni precipitadamente, puede ser por ejemplo: el paciente antes de someterse a una operación quirúrgica debe informársele todo el tratamiento a seguir como también los riesgos que acarrea el ser sometido a determinado acto médico y todo aquello que vincule a la salud del paciente; será veraz cuando el contenido de lo vertido (información) por el médico este acorde con la realidad y las circunstancias que del acto o de la ciencia deriven, sin que tenga la información un contenido de falsedad, o mentira que induzcan a error el paciente al tomar una decisión que compromete el bien jurídico vida y por tanto viciar el acto, teniendo como consecuencia el quebrantamiento de la obligación del médico y las reglas que la buena conducta impone como expresión de la *lex artis* y como consecuencia la imposición de una responsabilidad civil médica. Es completa cuando el médico ofrece todos aquellos matices que inmiscuyen la salud del paciente y que éste desea y debe conocer, como es el diagnóstico, pronóstico, recomendaciones, riesgos

y posibles alternativas de solución frente a una eventual intervención quirúrgica. Es menester no confundir el derecho a la información de manera general y el derecho del consentimiento informado, si bien es cierto se encuentran relacionados, estos tienen ciertas diferencias. Por ejemplo: El médico puede brindar una amplia información al paciente, pero no siempre es importante para la obtención del consentimiento, es por ello que el derecho al consentimiento informado debe versar sobre el brindar información necesaria, veraz y oportuna. Por otro lado, respecto a los resultados adversos luego de realizado un acto quirúrgico, esto no depende únicamente del médico sino también del propio paciente quien está obligado al cumplimiento de lo prescrito por el galeno. La información es suficiente cuando el médico brinda información necesaria para que el paciente tome una decisión concreta, puesto que es superfluo que el paciente tome conocimiento de las razones científicas o técnicas de una intervención quirúrgica. La información es comprensible cuando el facultativo sin necesidad de utilizar el tecnicismo o un vocabulario rebuscado hace llegar al intervenido (enfermo de la salud) la información correspondiente a su salud en términos sencillos y de lenguaje coloquial fácil de ser captado y comprendido por el paciente y es en base a ese entendimiento, que el usuario en uso pleno de sus facultades toma una decisión libre y voluntaria haciendo uso de su derecho a la libertad y la autonomía para autorregular sus propios intereses según mejor le convenga.

Al examinar la Ley 29414 del 2009 del inciso 15.2 del artículo 15 brota la evidencia de que lo que se ha tratado de aplicar es un límite y una responsabilidad de tipo civil a aquel profesional de la salud que actúe con imprudencia, impericia o negligencia sobre el cuerpo de un ser humano olvidando en la práctica su ética profesional y aquellos sentimientos hacia un ser de su misma especie.

La jurisprudencia nacional como es el la resolución No 149 del 25 de julio del año 2003 nos demuestra que existe aún en sectores de nuestro país la actuación negligente e imprudente de los profesionales de la salud,

se tornan tan insensibles y demuestran un trato inhumano con el paciente. Aún se siguen viendo y dando casos donde el paciente no sabe específicamente que actos médicos se practicaran sobre su cuerpo, como también hay pacientes que les importa muy poco lo que se haga con ellos en el quirófano.

Caso concreto ocurrido en el hospital peruano Hospital IV Alberto Sabogal Sologuren: El 04 de enero del 2010 la persona de Jorge Villanueva Morales, de 86 años de edad, ingreso al hospital en mención pues padecía diabetes, por lo que en su pie-talon derecho se le había formado úlceras y estando igualmente infectado, luego de los análisis debidos y la información descrita, no se tiene en la historia clínica que el paciente presentara alguna infección, herida o lesión en el pie izquierdo. El 22 de enero del 2010, el médico le sugiere a su paciente la imputación de su pierna derecha toda vez que persiste la infección y el dolor por la ulcera formada. El día en mención, familiares del paciente acepta la urgencia médica (amputación de pierna derecha). Con fecha 23 de enero del 2010, se le practica al paciente Jorge Villanueva la amputación de su pierna izquierda, error inexplicable por parte de ESSALUD. El 24 de enero del 2010 se vuelve a programar una intervención quirúrgica para amputar el pie izquierdo (correcto) el cual tenía la ulcera e infección y que debió ser cercenado primigeniamente, finalmente al paciente se le amputo ambas piernas, pese a que presto su consentimiento informado solo para la amputación de su pie derecho .

Este caso el consentimiento informado es obtenido válidamente, pues el señor Jorge Villanueva Morales presto su consentimiento luego de haber recibido una completa, veraz, oportuna y clara información del acto médico a practicarse en su cuerpo, sin embargo el medico arbitrariamente ejecuta un acto médico opuesto a aquella información brindada previamente a su paciente, siendo notoria la infracción no solo a la normatividad sino al derecho del paciente al consentimiento informado pues en ningún momento se le puso de conocimiento de la amputación de la pierna izquierda más solo de la derecha, por tanto se configura la responsabilidad civil medica al haber

actuado como es evidente y notorio de manera negligente y omitiendo los deberes y obligación que la *lex artis* impone a todo profesional de la salud.

Entonces del presente caso puedo inferir que siendo la intervención quirúrgica un acto médico delicado y riesgoso, el consentimiento debe en estos casos quedar plasmado en un documento tal y como lo exige la Ley No 29414 en su art.15 inc. 4, que por lo general lleva el nombre de hoja clínica, instrumento en el que se plasman todos los actos médicos que se realizan al paciente. Ahora bien; en el presente caso se demuestra que no siempre lo que está recogido en documento clínico es aquello que se hace o ejecuta, ya que el dominio del acto médico está en manos del profesional de la salud que como se evidencia del caso planteado puede deslindarse arbitrariamente de lo que en un primer momento hizo siguiendo la normatividad y lo que el deber de la profesión impone hacer para que finalmente, termine realizando malapraxis médica.

Resulta relevante tener en cuenta que en el presente caso confluyen dos instituciones jurídicas relevantes como son la figura de la responsabilidad y el consentimiento informado.

La responsabilidad, como ya se ha tratado párrafos anteriores es aquella entidad jurídica que se centra en que, cuando una persona realiza un daño, perjuicio o menoscabo a un bien jurídico a otro, el agresor está obligado a reparar o indemnizar al agraviado. De esto se infiere que la existencia de una responsabilidad civil supone un daño cuya víctima requiere de una indemnización, es por este hecho que surge una obligación entre la víctima y el obligado a resarcir el daño ocasionado. Mientras que el consentimiento informado es la institución jurídica que lleva intrínsecamente un derecho importantísimo de todo paciente, el derecho a recibir información oportuna, veraz, y necesaria expresado en términos sencillos todo aquello que implica su salud, para tomar una decisión consiente libre y voluntaria. La misma que puede ser en prestar o no su consentimiento ante un acto médico, también

constituye para el profesional de la salud una obligación y deber obtenerlo previo a cualquier acto médico. De no hacerlo acarrearía una infracción a la norma y por tanto una sanción, lo que se materializa en una responsabilidad civil médica, el cual tendrá que soportarlo al no haber actuado acorde con *lex artis* o a la buena conducta que impone la profesión médica.

Debe darse en nuestro sistema peruano la intensificación de las auditorías clínicas hospitalarias a fin de que exista un control y constante fiscalización de todo servicio orientado a la salud de una persona, si ello fuera así, la calidad del servicio médico aumentaría en favor del paciente y además existiría un ahorro económico dado que de manera anticipada se prevendrían enfermedades y serían tratados a tiempo.

La no existencia de una fiscalización eficiente por personal altamente capacitado a todo servicio médico a nivel nacional, tendrá como consecuencia el aumento de mortalidad como ya se viene dando en la triste realidad nacional, pues aumenta desmedidamente las infecciones nosocomiales, se da incluso el reingreso del paciente muchas veces por la misma enfermedad del que se le dio de alta, entre otros, teniendo como resultado un centro hospitalario lleno de un calor inhóspito para el paciente quien se verá por la necesidad obligado a entrar a un lugar donde saldrá mucho peor que cuando ingreso.

Entonces, creo que la creación de un organismo fiscalizador que tenga como función supervisar constantemente los servicios médicos de todo el país, realizando auditorías médicas para evaluar la atención que el médico o personal médico en su conjunto le brinda al paciente, ya que la salud de un paciente no depende únicamente del galeno sino de todo el personal de la salud que labora en pro del bienestar de toda persona, obtenido resultado óptimos y ahorrando presupuesto para la aplicación de técnicas, estrategias o implementación de servicios varios para todo paciente que requiera siempre de un hospital u otro establecimiento de salud. En ese sentido la supervisión constante de un determinado fiscalizador en el servicio médico

debe tener como campo de estudio el análisis de indicadores de calidad, estos pueden ser: quejas interpuestas por los pacientes, cumplimiento de todos los procedimientos a nivel del área médica, etc.

Finalmente, en el Perú la aplicación de la figura jurídica de la responsabilidad civil a los actos de negligencia/ impericias en el ámbito médico, debería ser la última acción que se realice la búsqueda de un servicio de calidad en el sistema de salud, empero, ante la inexistencia de órganos de fiscalización eficaces para reducir y erradicar la mala práctica médica y eventos adversos, es de hacer ver que la existencia de órganos de control son herramientas útiles para hacer reaccionar positivamente a nuestro sistema de salud, enrumbándolo hacia el brindar un servicio médico de calidad.

### 3.3.2 APLICACIÓN DOCTRINAL

Cabe señalar que por parte de la doctrina nos ayuda a perfeccionar los conceptos de responsabilidad civil, pues ella nos enseña que toda persona que origine un menoscabo, lesión o daño se le atañe la obligación de responder por el evento dañoso. Aplicado este concepto a la responsabilidad civil del médico, vendría hacer la inexorable obligación del profesional médico para con el paciente de indemnizar y satisfacer las consecuencia dañosas del acto médico realizado al paciente, el mismo que se dio como consecuencias de omisiones y errores voluntarios ejecutados en la práctica de su profesión, o la realización de un acto médico con la vulneración al derecho del consentimiento informado, es así que el médico ya no queda exento de responsabilidad al infringir la normatividad o reglas que le impone su profesión, además de ello le impone la obligación de brindar información completa y oportuna, en términos entendibles a su paciente antes de practicarle cualquier acto médico. En el Perú aún se siguen implementando la normatividad en cuanto a cierto déficit que presenta el garantizar el derecho del consentimiento informado, y ciertos vacíos que aún se presentan en relación a la forma de prestar u obtener el consentimiento informado.

El consentimiento informado, en la evolución doctrinaria tiene dos grandes momentos:

1. Se caracteriza, en un primer momento por la primacía del principio de beneficencia, ello en la relación gestada entre el médico y el paciente.
2. En el segundo momento toma protagonismo la persona toda vez que un sujeto de derechos fundamentales, por lo tanto el consentimiento informado toma autonomía y es catalogado como un derecho fundamental, por cuanto el hombre en tanto tal es libre de tomar decisiones en temas relacionaos a su salud.

### 3.3.3 PROBLEMÁTICA GENERADA

De lo investigado se deduce como solución a lo planteado en la formulación del problema lo siguiente:

La figura jurídica del consentimiento informado toma un sentido preponderante en el derecho de las personas y particularmente dentro de la relación gestada entre el médico y su paciente, razón por lo que, en la actualidad resulta de vital importancia su tratamiento y su regulación. En la década pasada la figura jurídica de la responsabilidad civil de un profesional médico va en aumento desmedido y una de las causas es principalmente la falta del consentimiento informado.

Como se ha explicado líneas arriba, al profesional de la salud se le impone la obligación de brindar información necesaria, oportuna y veraz a toda persona que intervendrá quirúrgicamente, la información versará en lo concerniente a su salud, éste acto previo al consentimiento (informar) se brinda en términos comprensibles y sencillos a fin de ser entendido por el paciente.

Este sujeto de derecho obviamente debe estar en condiciones de comprender, es decir; ser un agente capaz, consciente, en el total uso de sus facultades mentales, psíquicas y físicas para poder exteriorizar y brindar su consentimiento, es así como está perfeccionado la obtención de su consentimiento informado.

La figura de la responsabilidad en el ámbito civil del médico sale a relucir cuando éste omite la imposición de obligación de informar ya sea por dolo, negligencia o impericia a su paciente del acto que se le practicará sobre el cuerpo de éste, sin embargo este no es el único hecho, sino que nos podemos encontrar en la realidad social un abanico de supuestos donde resulta transgredido el derecho del consentimiento informado de un determinado paciente, ello por parte del galeno, debiendo aplicársele la figura de la responsabilidad civil médica, por ejemplo: tenemos a un médico que informa deficientemente a su paciente respecto a un acto médico que se le practicará, o cuando brinda errada información de la enfermedad que posee el paciente, o cuando el médico no permite ser cuestionado por su paciente, no absolviéndole las dudas que éste tiene respecto a su salud, etc. estos son solo algunos casos que violan el derecho irrestricto de la persona a ser debidamente informado, para consecuentemente tener un consentimiento válido.

Pero como toda regla admite excepciones, hay casos donde no debe exigírsele al profesional de la salud garantizar el derecho fundamental del consentimiento informado del paciente, tal es el caso por ejemplo: del paciente que llega a un centro de salud en estado grave y requiere ser atendido con urgencia pues está en peligro su vida. En casos como este el médico de conformidad con la *lex artis* puede ejecutar en el cuerpo del convaleciente un acto médico necesario (para salvarle la vida) sin haber recabado su consentimiento, ello no significa que no le va informar, si bien es cierto previo al acto médico no se le informo al paciente ya que era necesario ser atendido con urgencia y además no se encontraba en condiciones mentales para comprender el acto médico, el profesional de la

salud debe informarle después de haber realizado la intervención médica. Esto no quiere decir que se ha transgredido el derecho a todo paciente de ser informado para prestar su consentimiento, sino que las circunstancias mismas no permiten en primer orden informar y consecuentemente obtener un consentimiento válido del convaleciente, pudiendo el médico actuar sobre el paciente porque el derecho a la vida resulta y es importante.

Ahora bien, casos como el explicado anteriormente deben regularse de manera específica en una normativa garantizando no solamente el derecho del consentimiento informado sino también la actuación lícita del profesional de la salud.

Otro punto importante que debe ser normativizado explícitamente es en cuanto a la completitud en la información que debe brindar el profesional de la salud a su paciente en determinados casos, si bien el art.15. 2 literal f, señala que el paciente debe “recibir una completa, veraz, oportuna y continuada información respecto a su enfermedad...”, éste no establece los límites que debe tener el médico sobre la cantidad de información que debería proporcionar al paciente, pues no se ha pensado que una forma de cuidar la salud del paciente es también omitiendo brindar información, no solo debe pensarse en bienestar de la salud física de la persona sino además de la salud psicosomático, entonces, es por ello que al médico debe autorizársele mediante norma la legitimidad de omitir información, que pueden ocasionar daño a la salud mental, regulándose casos específicos donde proceda este tipo de hechos. Por tanto resulta importante la creación de normas que regulen casos específicos de limitación de información el mismo que no significa transgredir el derecho de la persona – paciente al consentimiento informado, sino que el Estado en cumplimiento de la Constitución y de la sociedad lo que debe buscar es garantizar y proteger la salud del ser humano en cuanto que tiene dignidad y por ende protección legal por ser sujeto de derecho.

La historia clínica cumple un papel importante en la formación del

consentimiento informado, pues en ella se plasma detalladamente cada acto médico que se practican en el cuerpo de un paciente y aquellos que surjan en el momento de la ejecución de tal acto. Hay que tener en cuenta que la historia clínica no es determinante para establecer si hay o no responsabilidad civil médica, pues cabe el caso de que un paciente puede estar debidamente informado y producto de ello presta su consentimiento para que se practique un acto médico, sin embargo al momento de la ejecución, se efectúa dicho acto médico, pero de manera distinta al consentido por el paciente es decir; un acto médico diferente al informado al paciente.

El consentimiento informado es concebido como un derecho y forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de informar, las razones debemos encontrarlas en el derecho natural que tiene el ser humano en este caso el paciente por cuanto es un ser con dignidad y libre, capaz de tomar decisiones por sí mismo, más aun si se trata de someterse a la realización de una acto médico, en ese sentido también está en la capacidad de rehusar un determinado tratamiento médico o incluso una intervención quirúrgica.

#### IV. CONCLUSIONES

- El médico tiene la obligación de informar, es decir; comunicar en términos comprensibles, entendibles y sin tecnicismos a su paciente todo aquello que concierna a su salud antes de practicar el acto médico, pues el ser humano dotado de dignidad tiene libertad para decidir respecto a sí mismo.
- El consentimiento informado del paciente es un presupuesto de la *lex artis*, y también la integra por cuanto es un derecho fundamental del ser humano por ende del paciente. El consentimiento del paciente es un elemento básico, sin el cual cabe reiterarlo, no es posible si quiera dar inicio a cualquier acto de tratamiento y/o operación médica.
- Ante esto, el consentimiento informado es (forma) parte del contenido esencial del derecho fundamental de información del paciente el cual si es transgredido, va a generar otra forma de determinar una responsabilidad en el área civil del profesional del médico, generando la solución para aquellas personas que se sienten impotentes al ver como un médico transgrede sus derechos sin previa información a la que estaba obligado.
- El médico deberá informar al paciente en términos simples y sencillos (acorde al nivel cultural de casa paciente) ello a efecto de obtener un consentimiento válido, debiendo instrumentalizarlo en la historia clínica, documento que se torna importante para el cumplimiento y respeto del derecho de cada paciente a ser debidamente informado antes de que decida someterse a acto médico.
- Los instrumentos legales existentes tanto a nivel de código civil como la legislación médica son insuficientes para fundamentar la mayoría de las demandas de responsabilidad civil del profesional médico ya que no se hace mención de las excepciones que se pueden presentar, como es el caso de emergencias, en donde no resulta viable obtener por parte del paciente el consentimiento informado previo al acto médico.

- En nuestro sistema normativo nacional no se regulan supuestos específicos de emergencias (excepciones: cuando el paciente se encuentra en un estado de inconsciencia, operaciones mutilantes donde la gravedad del caso no admitiera dilaciones), que son una excepción al derecho fundamental del consentimiento informado, como tampoco de responsabilidad médica objetiva, más solo subjetiva razón por la cual el médico debe probar de manera objetiva que su actuación fue acorde con la *lex artis*.
- En el sistema peruano aún no se regula lo que se entiende realmente como información completa, siendo indispensable su regulación para efectos de que el médico no se encuentre en un dilema respecto a su actuar en el entorno del acto médico ya que sí informa completamente, sin querer producirá un daño a la salud psicosomática de su paciente y, dejar de informar completamente trasgrediría la legislación, acarreado en ambos supuestos responsabilidad civil médica.

## V. RECOMENDACIONES

- Se recomienda que desde la perspectiva universitaria se inculquen en los alumnos de medicina y en general los valores humanísticos de la sociedad, para que el ser humano sea visto con respeto y como un ente de valor existencial, demostrando el amor al prójimo. En las universidades que contengan en su maya curricular cursos de derechos humanos, ejemplo de ello tenemos a la Universidad Cesar Vallejo-Piura, donde en la Escuela de Medicina y Enfermería se llevan cursos de “Constitución y Derechos Humanos”.
- Incentivar mediante afiches el conocimiento del derecho fundamental del consentimiento informado en los centros hospitalarios tanto públicos como privados.
- Es recomendable que jueces y fiscales se capaciten en aspectos relativos a la responsabilidad civil medica con el fin de argumentar jurídicamente los casos que se le presenten-

## VI. PROPUESTA

- La creación de un artículo en la Ley N° 29414 donde se recojan los actos médicos que requieran una formalidad determinada como son todas aquellas intervenciones quirúrgicas que constituyan o no un riesgo a la salud del paciente y que deben constar necesariamente por escrito. Así como aquellas que no la requieran, así pues los actos médicos comunes y ordinarios que no revisten gravedad por ejemplo; una consulta médica donde solo basta para ello la forma verbal; logrando así evitar confusiones en el médico en cuanto no saber cuándo realizar un acto con formalidad o sin ella. y también que se establezca el concepto del consentimiento informado con las respectivas excepciones que se presentan en cada caso particular y así la sociedad civil ve mejor garantizados sus derechos fundamentales como la vida, la salud y la intimidad.
- Debe darse a nivel congresal una iniciativa legislativa con respecto al paciente en estado de incapacidad de hecho toda vez que no está en condiciones óptimas de expresar libremente su voluntad, y así obtener el consentimiento informado del representante legal u otro, asimismo ante la ausencia del representante legal prescindir legalmente del consentimiento del de este cuando el paciente requiera de una intervención inmediata a fin de evitar un mal grave.

## VII. REFERENCIAS

- 1) ACHAVAL, A. (1983). *Responsabilidad Civil del Médico: Libertad, Verdad y Amor en una profesion*. Buenos Aires- Argentina: ABELEDO -PERROT.
- 2) ARISTÓTELES. (1964). *Obras Completas*. Madrid-España: Ediciones Aguilar.
- 3) ATAZ LOPEZ, J. (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid España: MONTECORVO.
- 4) BLAS ORBAN, C. (2003). *Responsabilidad Profesional del Médico*. Sevilla-España: J.M BOSCH.
- 5) Bodenheimer, T. (1999). *The American Health Care System. Physicians and the Changing Medical Marketplace. The New England Journal of Medicine*. EE.UU.
- 6) BUERES, A. J. (1992). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos - Aires Argentina : HANMURABI.
- 7) BUSTAMANTE ALCINA, J. (2001). *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires -Argentina : ABELEDO PERROT.
- 8) CARHUATOCTO SANDOVAL, H. (2010). *La Responsabilidad Civil de los Hospitales por Negligencias Medicas y Eventos Adversos*. Lima - Perú: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- 9) CORDOVA TABOADA, L. (1997). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. . Lima-Perú: GRIJLEY.
- 10) ESPINOZA ESPINOZA, J. (2005). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima-Perú.: GACETA JURIDICA S.A.
- 11) FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2011). *La Responsabilidad Civil del Médico y el Consentimiento Informado*. Lima -Perú: MOTIVENSA.
- 12) GALAN CORTÉS, J. (1997). *El Consentimiento Informado del Usuario de los Servicios Sanitarios* . Madrid- España : COLEX.
- 13) GARCIA HUAYAMA, J. (2012). *La Responsabilidad Civil de los Médicos en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. Lima- Perú: GACETA JURIDICA.
- 14) GUZMÁN MORA, F., FRANCO DELGADILLO, E., & SAAVEDRA ROJAS, E. (2006). *Derecho Médico Colombiano, Elementos Basicos, Responsabilidad, Etica Medica Disciplinaria*. Bogota - Colombia: DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES-UNIVERSIDAD LIBRE.

- 15) GUZMAN MORA, F., MORALES DE BARRIOS, C., FRANCO DELGADILLO, E., MENDOZA VEGA, J., & GONZALES HERRERA, N. (1995). *El Acto Medico en la Responsabilidad Medica* . Bogota-Colombia: ROSARISTAS.
- 16) HIGHTON, E. y. (1991). *La relación médico-paciente; el consentimiento informado*. . Buenos Aires- Argentina: AD HOC.
- 17) JARAMILLO JARAMILLO, C. (2002). *Responsabilidad Civil Médica*. Bogota - Colombia: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.
- 18) LEYSSER LEON, H. (2010). *Responsabilidad Civil, Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima -Peú: NORMAS LEGALES S.A.C.
- 19) LLAMÁS POMBO, E. (1988). *La Responsabilidad Civil del Médico*. Madrid-España: TRIVIUM.
- 20) LOPEZ HERRERA, E. (2010). *Teoria General de la Responsabilidad Civil* . Buenos Aires -Argentina: ASTREA .
- 21) MARTINEZ CALCERRADA, L. (1999). *La Responsabilidad Civil*. Madrid - España: COLEX.
- 22) NARTINEZ HERRERA, E. (1999). *La Responsabilidad Civil*. Madrid: COLEX.
- 23) PALUDI OSVALDO, C. (1976). *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil por Hecho Propio*. Buenos Aires- Argentina: ASTREA.
- 24) PREVOT, J. M. (2008). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires - Argentina: ABELEDO PERROT.
- 25) TABOADA CORDOVA, L. (2007). *Responsabilidad Civil de los Hospitales y Clinicas por la Negligencia Medica Sanitaria* . Lima-Perú: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA .
- 26) TORREBLANCA GONZALES, L. (2010). *¿ Otro diagnostico de la responsabilidad médica?* . Lima- Perú: Gaceta Jurídica.
- 27) URIBURÚ BRAVO, J. (2005). *Responsabilidad Civil del Juez*. . Lima- Perú: RODHAS S.A.C.
- 28) VAZQUEZ FERREIRA, R. y. (2010). *Derecho Medico y Mala Praxis*. . Buenos Aires - Argentina : JURIS. ROSARIO .
- 29) VAZQUEZ FERREYRA, R. (1993). *Prueba de la culpa Medica*. . Buenos Aires- Argentina.: HANMURABI.
- 30) Wolpe, J. (1973). *The Practice of Behavior Therapy*. New York. : Pergamon Press. Inc.

## **ANEXOS**



 <b>UCV</b> UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	<b>ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS</b>	Código : F06-PP-PR-02.02 Versión : 10 Fecha : 10-06-2019 Página : 1 de 1
--	--	---

Yo, **Pierr Abisai Adrián Román**, docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo Piura, revisor de la tesis titulada:

**“EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN EL ACTO MÉDICO COMO EXPRESIÓN DE LA LEX ARTIS EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL”**, del alumno **CHUNGA CORONADO ANDY VÍCTOR**, constato que la investigación tiene un índice de similitud de 8% verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Piura, 05 de Diciembre 2019

  
 .....  
 Mg. Pierr Abisai Adrián Román  
 DNI 44839542



Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	---------------------	--------	---------------------------------



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI)  
"César Acuña Peralta"

## FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS

### 1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: **CHUNGA CORONADO ANDY VÍCTOR**  
D.N.I. : 45589587  
Domicilio : AAHH. VICENTE CHUNGA ALDANA MZ. N LT. 15 SECHURA  
Teléfono : Fijo: Móvil: 973231839  
E-mail : oblea\_3108@outlook.es

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:

Tesis de Pregrado

Facultad : DERECHO  
Escuela : DERECHO  
Carrera : DERECHO  
Titulo : ABOGADO

Tesis de Post Grado

Maestría

Doctorado

Grado : .....

Mención : .....

### 3. DATOS DE LA TESIS

Autor Apellidos y Nombres:

**CHUNGA CORONADO ANDY VÍCTOR**

Título Trabajo de suficiencia profesional:

**"EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL  
PACIENTE EN EL ACTO MÉDICO COMO EXPRESIÓN DE LA LEX ARTIS  
EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL"**

Año de publicación : 2019

### 4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

A través del presente documento,

Si autorizo a publicar en texto completo mi tesis.

No autorizo a publicar en texto completo mi tesis.



Firma :

Fecha : 05 de Diciembre del 2019







UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE LA ESCUELA DE DERECHO

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

**CHUNGA CORONADO ANDY VÍCTOR**

INFORME TITULADO:

**“EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN EL ACTO MÉDICO COMO EXPRESIÓN DE LA LEX-ARTIS EN LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL”.**

PARA OBTENER EL GRADO O TÍTULO DE:

**ABOGADO**

SUSTENTADO EN FECHA: 05 de Diciembre 2019

NOTA O MENCIÓN: **14- CATORCE**

Mg. Pierr Abisai Adrianzén Román  
DNI 44839542

