

**CONSENTIMIENTO INFORMADO.
PROPUESTA DE UN POSIBLE MÉTODO
PARA SU ALCANCE**

GODOFREDO HÉCTOR PÉREZ DUDIUK¹

“No hemos de preocuparnos de vivir largos años, sino de vivirlos satisfactoriamente; porque vivir largo tiempo depende del destino, vivir satisfactoriamente de tu alma. La vida es larga si es plena; y se hace plena cuando el alma ha recuperado la posesión de su bien propio y ha transferido a sí el dominio de sí misma”.

SÉNECA, CARTAS A LUCILIO

I. Relación del consentimiento con el bien jurídico

Sin dudas que este punto constituye un asunto de interés fundamental en la vida de una persona, sobre todo desde el plano del ejercicio de la libertad, donde el consentimiento es una manifestación de este derecho natural e inherente al ser humano. Pero también adquiere su ejercicio una singularidad en la relación particular entre el galeno y el paciente, en particular desde el ángulo y la visión de éste último por la dimensión trascendental que el consentimiento implica al momento de auto-determinar sobre su propio bien.

Dentro de este contexto que se presenta no menos problemático, la disponibilidad de un bien fundamental de la persona humana, como puede ser su propia vida y la comprensión específica que se pueda ejercer desde una perspectiva bioética, también y necesariamente nos coloca en el contexto de intervención de ramas del ordenamiento jurídico que regulan el alcance y contenido de bienes jurídicos.

¹ Jefe de Trabajos Prácticos en la Cátedra “A” de Derecho penal, Parte Especial y Director de la Carrera de Martillero Público y Corredor de Comercio, Extensión Áulica Resistencia, provincia del Chaco, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E.

Precisamente es en este punto en donde una de las ciencias que se vinculan en la protección de los derechos y bienes jurídicos de la persona humana, cobrando autoridad para su intervención, es la ciencia del derecho penal. Así nuestro ordenamiento punitivo en sus diversos tipos penales establece la protección bajo la estructura de un delito con la amenaza de la pena y dentro de la concepción preventista del *ius puniendi*, o como lo denomina Zaffaroni al sostener que el derecho penal persigue la seguridad jurídica para evitar la comisión de futuros delitos y esta se realiza por la coerción penal a través de la prevención especial o particular, que busca la “*toma de conciencia*” en el propio criminalizado, no perdiendo de vista en una concepción mayormente comprensiva, que el derecho penal tutela los bienes de la comunidad y la aplicación de la pena intenta restablecer la confianza social buscando pacificar el conflicto surgido por la comisión del ilícito, en donde el “*sentimiento de seguridad jurídica*” es el límite de la pena, y esta a su vez debe guardar relación o proporción con el grado de afectación del bien jurídico y el de culpabilidad del autor.²

Se produce la tensión entre los bienes jurídicos que constituyen valores para la comunidad y el individuo y la posible disposición de los mismos por su titular, esta circunstancia en algunas ocasiones no es ajena al derecho penal que es llamado a intervenir, entonces surge el dilema, cuando puede ser considerada la conducta un acto disvalioso con categoría de delito, y cuando esta conducta cobra su virtual ejercicio de un aspecto de la libertad en la disposición del bien jurídico como pueden ser la vida, su integridad psico-física o su salud como meros ejemplos.

II. Bien Jurídico penal, contenido y alcance en un plano bioético

En la ciencia penal el bien jurídico cumple con una función crítica que permite la discusión, tanto en la creación de los mismos y en el plano de su legitimidad, siempre recurriendo para ello a los principios del derecho penal y los postulados constitucionales, como también se desarrolla una función interpretativa o dogmática que implica determinar los elementos del tipo, la culpabilidad, el alcance de la pena, etc., y una función organizativa o sistemática que conlleva la clasificación de estos.

² Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar Sexta Edición, 1998 pág. 63 y siguientes.

De acuerdo a la clasificación de bien jurídico protegido, se admite en la teoría dualista bienes de alcance individual y bienes supraindividuales o colectivos, produciéndose en estos últimos en algunos casos el desarrollo del fenómeno de anticipación en la protección de bienes jurídicos bajo las figuras de peligro que protegen a los mismos sin verificar la lesión del bien tutelado desde un plano material o sustancial, admitiendo una categorización según la doctrina mayoritaria en delitos de peligro concreto y delitos de peligro en abstracto, solamente con un adelantamiento sobre las conductas y sus resultados que debe necesariamente pasar por el control de los principios que rigen la ciencia del *ius puniendi*, por ejemplo el de último recurso, el de proporcionalidad, de lesividad, etc., debiendo ajustarse a las garantías y principios constitucionales para su validez.

Los delitos de peligro concreto requieren un resultado según lo entiende parte de la doctrina³, el mismo consiste en que la conducta del autor ha puesto en un peligro inminente de lesión al bien jurídico, circunstancia que debe ser materia de prueba en el caso concreto para tipificar la conducta. En este sentido dice Jescheck que el mismo constituye “*un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo resulta obvia*”.⁴

En los delitos de peligro abstracto, el tipo describe una conducta que implica por sí misma un peligro para el bien jurídico protegido según lo registra la experiencia común y los datos estadísticos, actuando esto como un motivo o fundamento del legislador para la incriminación de las conductas, siendo que puede suceder y no es necesario para la consumación del tipo, que exista un peligro efectivamente corrido por el bien en el caso particular. Es decir, el tipo se satisface con el comportamiento que implica *per se* un peligro al objeto tutelado, sin que ello implique el deber de probar el peligro corrido por el bien jurídico en el caso concreto.

³ Mata y Martín, Ricardo M. “Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro”, Comares, Granada, 1997, pág. 53.

⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, 4ª ed., Comares, Granada, pág. 238.

Esto sucede con la protección de algunos bienes jurídicos por lo general de orden macrosocial como pueden ser el medio ambiente, la seguridad pública, delitos económicos, la administración de justicia, etc., que se tutelan a través de delitos de peligro abstracto, lo que es cuestionado por parte de la doctrina en orden a la constitucionalidad de esta categoría y estructura de los mismos.

Alguna doctrina se opone en forma vehemente y manifiesta con la aplicación del Derecho Penal en este tipo de delitos, los que amplían el campo de su intervención en desmedro de la propia filosofía y naturaleza de un Derecho Penal asentado sobre las bases de la libertad y garantías constitucionales, rompiendo en alguna medida con las reglas de la causalidad y el principio de lesividad. Por ello Hassemer preconiza la creación de un derecho que se halle en una posición intermedia entre el Derecho Penal común y el Derecho Administrativo Sancionatorio, el Civil y el Público, con garantías disminuidas y con una menor gravedad de sanciones que contempla el Derecho Penal común.⁵

Se demuestra la importancia que tiene el bien jurídico en su clasificación y alcance, tanto metodológica y sistemática como en sus funciones propias en la ciencia del derecho penal, sobre todo en bienes jurídicos de alcance individual los que requieren la producción del resultado disvalioso para la consumación y perfección del tipo. Así por ejemplo, nuestro Código Penal tutela la vida humana como bien jurídico de carácter microsocial, a la que protege desde su concepción y luego de su nacimiento independientemente de su viabilidad, es decir de las posibilidades de continuar con el desarrollo de la vida, como también remarca la protección de su salud e integridad psicofísica de la persona, respondiendo en ello a las concepciones imperantes de la época y tránsito de la sociedad en que fuera creado. Como lo explica acertadamente Buompadre, la vida humana se compone no solamente con elementos “...*biofisiológicos –configurativos de una realidad indiscutible–, sino también de elementos normativos-valorativos, que permitan una inserción del hombre en la cúspide del sistema...*”, congruente con una dimensión respetuosa de la dignidad y derechos humanos.⁶

⁵ Hassemer, Winfrid, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, Nuevo Foro Penal, N° 51, 1991, pág. 28.

⁶ Buompadre Jorge Eduardo, “Tratado de Derecho Penal – Parte Especial”, Tomo 1, Editorial Astrea 2009, pág. 41 y siguientes.

La definición de bien jurídico es abundante en doctrina y depende de la concepción filosófica y estructura política, social, cultural, histórica, etc., de una época y lugar determinado, es decir, el bien jurídico y la conformación de su contenido dependerá ciertamente de estas circunstancias para determinar su alcance y valor ontológico.

Este cometido recurre en nuestro derecho, como obra cultural del hombre, a una interpretación armónica y de sentido que se extrae de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales, colocando también la atención sobre la valoración que la misma sociedad produce, lo cual implica hacer hincapié en su carácter mudable y dinámico y a la misma vez en reconocer la existencia del bien jurídico.

En nuestro ordenamiento tal como lo pone de relieve Zaffaroni, se deben analizar los bienes jurídicos a la luz de los preceptos constitucionales artículo 19 y 18 C.N., remarcando el principio de lesividad, es decir, el derecho penal debe intervenir para justificar adecuada y valorativamente su actuación, solo cuando existe la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno de carácter individual o colectivo⁷, de esta manera se consagra otro de los principios cardinales del derecho penal como es el de ultima ratio.

En este punto se desarrolla el conflicto entre la disponibilidad de un bien jurídico de carácter individual como puede ser la vida, sobre el cual también la sociedad tiene un interés en su preservación.

Dentro de esta colisión de intereses que se manifiestan en una estructura de significatividades, necesariamente se formula el interrogante, cual debe prevalecer y al mismo tiempo garantizar el ideal de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos y libertades de sus individuos que lo integran. Adelante el pensamiento, la solución no es sencilla ni existe univocidad en el método que se pueda erigir como la verdad absoluta, si comprendemos esto ya entendemos bastante.

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, "Derecho Penal Parte General", Ediar, Buenos Aires, noviembre del 2000, páginas 126 y siguientes.-

Para conceptualizar que se entiende por bien jurídico mencionaré una de las muchas definiciones que utiliza la variada doctrina en la materia penal, así como lo formula Roxin, este sostiene como bien jurídico a las “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.⁸

Se remarca haciendo hincapié en esta definición, en la cual el autor citado pone su énfasis en la libertad del desarrollo individual – con cierto contenido utilitarista – como potencial ejercicio dirigido hacia finalidades valoradas subjetiva y objetivamente, donde el elemento objetivo es creado por estructuras de pensamiento que brindan una representación objetiva del mundo circundante o *Vorstellungen* como lo menciona la lengua alemana.

La perspectiva bioética se relaciona también en la comprensión del bien jurídico tanto intrínseca como formalmente, ya que los principios enunciados por esta ciencia como puede ser la autonomía de la voluntad, constituye un requisito necesario mínimo e indispensable para toda acción u omisión que tenga efectos sobre el bien jurídico. Por ello pienso, que la bioética debe intentar una comprensión de las circunstancias y hasta fenómenos que componen el bien jurídico valorado dentro de un contexto multicultural que caracteriza la sociedad moderna, con todo el alcance adecuado y semántico que el término “*comprensión*” debe necesariamente contener.

III. Consentimiento Informado – requisitos mínimos exigibles

El abordaje detenido sobre este tema y en profundidad, excede y puede distraernos de la intención del presente trabajo que es tratar el posible método para arribar a un consentimiento debidamente informado.

Se creyó oportuna y necesaria la explicación somera del bien jurídico que formula el derecho penal, ya que es sobre este mismo en muchos casos donde interactúa la bioética al momento de su interpretación.

⁸ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, T I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. De la 2da edición alemana con notas de Diego Manuel Luzón Peña, Míguez Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997, página 56.

Surge en este espacio el nexo entre el consentimiento como derecho de auto-determinarse en libertad del paciente, su trascendencia, ejercicio y posible afectación de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento punitivo del Estado. Dentro de este tramo y la particular situación en que se encuentra una persona que padece cualquier enfermedad, se puede aplicar la visión de la bioética para arribar a una tentada y posible solución.

El concreto problema que se pretende abordar en este sencillo análisis, consiste en la existencia de la posibilidad de un consentimiento debidamente informado y su eficacia frente a determinados bienes jurídicos, que por su estructura, contenido y concepción serían indisponibles para el régimen punitivo.

Para alguna posición preponderante, la distinción se busca en la diferencia que existe entre el acuerdo y el consentimiento. El primero de ellos excluiría la tipicidad de la conducta, mientras que el segundo funcionaría como una causal de justificación.

Situándonos en nuestro contexto y la relación particular que surge entre el vínculo del médico y el paciente, el consentimiento de este último sobre el bien jurídico del cual el mismo es su titular, se analizan bajo la exigencia de ciertos requisitos que se deben cumplir, como por ejemplo la obligación del galeno sobre la información y el contenido de la misma que tiene que brindar.

Para que el consentimiento sea eficaz, debe ser acabadamente comprendido por el sujeto que lo otorga, tanto desde el plano ontológico y valorativo del bien sobre el cual dispone, como también en el alcance de las consecuencias que se producen, para lo cual este acto de voluntad tiene que ser libre de injerencias arbitrarias, de coacciones, engaños o errores y no simplemente limitarse al cumplimiento de los recaudos formales, y es aquí precisamente donde debe colocar su acento la bioética, tratando de hacer comprender la función social y el rol que cumple la ciencia médica y en especial los galenos que la aplican.

En razón de esta relación particular que se desarrolla con sus circunstancias y elementos componentes, mencioné en un libro publicado recientemente,

en donde se tratara como un punto de tema el consentimiento informado, lo siguiente:

“...Este tipo de vínculo que se crea entre el paciente que por lo general se encuentra disminuido en la posición de la relación, y por la otra el médico que cuenta con un conocimiento específico vedado a la mayoría y común de las personas, rompe necesariamente este equilibrio, por lo tanto es indispensable que la actividad de la medicina se dirija y permita la intervención bioética”⁹

Como requisitos mínimos exigibles, el consentimiento debe partir de un acto voluntario pleno y libre, ser tomado luego de una comprensión íntegra y completa del conflicto, lo que necesariamente requiere de un diálogo e intercambio de ideas, pensamientos y opiniones que impliquen una reflexión detenida y madura, y ser tomados por una persona con capacidad plena u aptitud para el acto.

IV. Método de Hermenéutica en analogía particularizada

La interpretación del caso y la relación particular entre el médico y el paciente, queda muchas veces enmarcado en ciertas posturas deterministas incorporadas tanto en un plano consiente como en su mayoría en forma inconsciente por los sujetos involucrados.

Así el galeno al que se le presenta el caso y su dilema, en no pocas oportunidades recurre al sentido común, es decir, a la memoria y recuerdo de situaciones vividas que pudieron o no marcar su vida, recuerdos de cómo por ejemplo un profesor o médico anterior a él han tratado de brindar una solución al conflicto. Dentro de esta forma de interpretar y arribar a un conocimiento del caso, el médico también puede ver en el paciente, partiendo de una presun-

⁹... Cuando hablo de equilibrio, posiblemente se interprete como una deficiencia incongruente en la explicación dada. Pero probablemente las dudas se disipan si se interpreta el párrafo entero y su contexto, por eso, en realidad sería una pretensión de alcanzar este “equilibrio” más que un acontecimiento sentido como realizado y acabado. Pérez Dudiuk Godofredo Héctor, “La Bioética y su interrelación con la sociedad, el derecho y el individuo”, AAVV “El Derecho Penal y Procesal Penal Hoy” N° 1, Buompadre Jorge Eduardo (Director), Editorial ConTexto, 2011, pág. 331.

ción de identidad con el mismo, aspectos que lo vinculan, es por ello que este acto cognitivo está teñido en muchos casos de subjetividad.

Este método puede algunas veces tener resultados positivos cuando existen elementos y circunstancias comunes que se relacionan, como por ejemplo la educación, la cultura, posición económica, el credo profesado o creencia, la nacionalidad, etc., pero si contemplamos estas circunstancias dentro del marco de las sociedades modernas cosmopolitas y pluridimensionales, precisamente lo que prevalece es la diversidad y el multiculturalismo, donde también el sentido común puede hablarnos con dos o más voces, que por un lado nos digan que intentemos un camino y a la vez otra de ellas que nos indique una solución contraria. No debe ser rechazada esa voz interior del sentido común, la que nos sugiere una o más alternativas posibles tal como lo refiere Jackson P.H.,¹⁰ ello sería inconveniente para una adecuada comprensión del caso, pero existe una tarea que compone el desarrollo profesional y su práctica, que se determina específicamente por el campo del conocimiento y lo dotan de una estructura específica como es la situación del médico y la relación sanitaria. Aquí estamos ante un dilema que permite surgir el interrogante, cuál de ellos es el camino correcto o mayormente adecuado, existe una o varias soluciones posibles, o bien, no existe ninguna que satisfaga las mínimas expectativas.

Surge dentro de este marco problemático y acuciante, el intento por arribar a un método, uno que no fragmente y simplifique la realidad, sobre todo la particular realidad que atraviesa un ser humano en un dilema sobre su propia vida o su salud, por ello menciono como posibilidad efectiva de interpretación a la hermenéutica, como aquel método que permite visualizar e intentar la comprensión mas abarcadora del caso.

Efectivamente, la hermenéutica en un plano de "*epistemología ampliada*" y como método para arribar a un conocimiento, conforme lo sostiene Esther Díaz, consiste en una búsqueda o pedagogía de sentido, es decir, interpretar muchas veces el devenir y el caos, que es el ámbito donde se desarrollan los

¹⁰ Jackson P.H., "Práctica de la enseñanza", Bs. As., Ed. Amorrortu, 2002, pág. 28 a 52. Si bien este autor plantea el tema desde un plano pedagógico, pienso que pueden ser útiles y reproducirse aspectos de sus concepciones como el sentido común y la presunción de identidad compartida en la tarea del conocimiento del caso, la relación con el mismo y su transmisión como herramientas del método propuesto en este trabajo.

conflictos y también por supuesto las situaciones de la relación médico paciente y su búsqueda de un consentimiento informado y profundo. La autora mencionada enumera una serie de herramientas de que se vale el método de la hermenéutica, las que bien pueden ser utilizadas por el médico y su equipo al tratar su relación con el enfermo. Así enumera, para la investigación hermenéutica y la interpretación como método propio, una serie de herramientas a tener en cuenta: el lenguaje, el símbolo, la aletheia, la pertenencia, el juego y dimensión estética, la tradición, etc.¹¹

Esta concepción del método, nos acerca al criterio seguido por Armando S. Andruet al plantear como modelo en una concepción cercana al eclectisismo bioético, donde nace una relación “*hermenéutica médica*”, basada ésta en un tratamiento respetuoso de la dignidad del paciente, de la naturaleza del objeto que apropia la relación hermenéutica y un sentido axiológico a los comportamientos que para cada uno de los integrantes se genera en esta relación.¹²

Insisto en este camino que brinda la hermenéutica como criterio de interpretación, al mismo tiempo creo que se puede complementar este con características aplicadas a la relación sanitaria, así como piensa Mauricio Beuchot, construyendo un método aplicable a la educación y a la investigación pero con posibilidades de ampliar a otras ramas del conocimiento – según lo concibo – como podría ser al caso de la relación médico paciente, este autor piensa en una hermenéutica analógica¹³, ello implica dentro del ámbito y las variables que rodean al caso, es decir las diferencias, se debe buscar las semejanzas y aproximaciones en un marco de referencia donde la analogía permite una je-

¹¹ Esther Díaz, “Entre la tecnociencia y el deseo – La construcción de una epistemología ampliada”, Editorial Biblos, Filosofía, 1ra Edición, pág. 81 y siguientes. La autora dentro de las herramientas que menciona, también formula su acento sobre el dialogo, precisamente saber preguntar y escuchar. En este punto creo firmemente que esta herramienta permite su aplicación a la episteme del caso, lo que conlleva una atención concreta y necesaria tanto en la relación del galeno con su paciente como también con el equipo médico interviniente y dota de una “pedagogía del sentido”, ello a fin de minimizar y descartar desde un plano personal los egoísmos y la soberbia como aspectos negativos.–

¹² Así y con mayor amplitud lo analiza al método propuesto como superador de los demás que existen en su trabajo Armando S. Andruet “*Bioética, Derecho y Sociedad – Conflicto, ciencia y conveniencia*”, Córdoba – Argentina: Alveroni Ediciones, 2004, pág. 86 y siguientes.–

¹³ Se puede ver la propuesta de una hermenéutica analógico– icónica en “El pays de la laguna N° 5 de la colección Revista Acequias de la Universidad Iberoamericana Laguna, Cohauila, México.–

rarquización de sentido. En este camino se puede comprender la significación del caso en su aspecto singular y contextual, por ello además de ser un método hermenéutico debe ser analógico aplicado, ello significa, no apartar la mirada del caso singular que existe sino también analizarlo en su ámbito finito e ideal, abarcando el contexto, la tradición y el multiculturalismo que caracterizan las sociedades modernas.

Como sostiene Beuchot, la analogía implica proporción, equilibrio, mesura, ésta puesta en práctica es la virtud aristotélica de la prudencia o *phrónesis*, así sostiene que:

*“Lo propio de la analogía es la proporción y la atribución jerarquizada. La proporción la hace buscar una igualdad proporcional, en lo cual consiste la equidad. Eso le ayuda a evitar los extremos, los excesos, pero también le ayuda a acercarlos, a integrarlos. También la proporción la mueve a encontrar hipótesis, conjeturas que ayuda a conocer una incógnita”.*¹⁴

Al reducirlo al caso singular, el método de la hermenéutica permite una interpretación particularizada que lleva a una comprensión del mismo más acabada, en su detalle, ello significa la aplicación de la teoría, doctrina o técnica al caso concreto con lo cual nos acerca a la justicia y efectiviza el respeto por este mismo principio cardinal contenido en la bioética, precisamente, interpretar la situación del paciente implica una comprensión de ese texto vivo, el paciente se convierte en un sujeto narratológico y a la vez interpretativo con su propia dirección intencional, ello crea un texto – no solo reducido a la escritura – deliberativo y lleno de significado propio que muchas veces no puede aplicarse a otros casos en idéntica forma, pero que sí permite tomar las analogías en un equilibrio prudencial, por ello, la hermenéutica analógica particularizada como un método ampliado, puede resultar adecuado para la resolución del conflicto.

En el método, necesariamente se debe dar lugar a un diálogo reflexivo antes, durante y después de la interacción, ello posibilita una comprensión

¹⁴Beuchot Mauricio, *Hermeneútica Analógica y Derecho*, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2008, pág. 29.

ampliada del suceso, el médico debería en este camino tomar el caso y reproducirlo hipotéticamente, observar su reacción y pensamiento sobre el particular, donde sin duda también influirán sus sentimientos y el conocimiento acumulado, luego comentar el caso para buscar la opinión de colegas, buscar la analogías de casos similares, siendo para ello sumamente importante la práctica que construye y sedimenta el acervo de conocimiento, reconstruir su opinión y formularla para que sea comprensible y posibilitar que sea adquirida por el paciente, escuchar al mismo, tomar sus dudas y brindar todas las explicaciones necesarias, dialogar reflexivamente comprendiendo sus emociones, sentimientos, cultura, educación, edad, sexo, credo, etc., permitirle y darle su tiempo para su decisión, etapas enunciadas con carácter simplemente ejemplificativas y siempre realizando estos pasos con absoluto respeto de los principios bioéticos, para posibilitar de esta manera, arribar a un adecuado consentimiento informado reconocedor de la dignidad y libertad humana.