

El consentimiento informado y la tutela de la autodeterminación del paciente en el derecho civil brasileño

Informed consent and the protection of patient self- determination in brazilian civil law

Éfren Paulo PORFÍRIO DE SÁ LIMA*

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo demostrar que la autodeterminación del paciente en materia de salud está en el centro del consentimiento informado. A través del método de investigación documental, de carácter cualitativo, se parte de tres premisas básicas: (i) la relación género-especie, situando el consentimiento informado como una especie del género acto médico; (ii) la distinción entre información clínica e información terapéutica favorece la comprensión de que el acto médico puede descomponerse en dos partes, el consentimiento informado y la prestación de cuidados de salud; (iii) el consentimiento informado se encuentra en el acto médico, independientemente de la naturaleza contractual o extracontractual del vínculo médico-paciente. A continuación, se analiza el complejo programa obligacional del consentimiento informado, destacando la prestación positiva de información y la negativa de abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de la voluntad del paciente. Por último, se discute la naturaleza del asentimiento del paciente, para encuadrarlo en la figura de la aceptación en la formación de los contratos, aplicando el régi-

* Faculdade de Direito da UFPI, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Contacto: <efrencor-dao@ufpi.edu.br>. Fecha de recepción: 11/09/2023. Fecha de aprobación: 18/10/23.

men jurídico respectivo, con las excepciones de la libre revocabilidad y sin indemnización.

PALABRAS CLAVES: Consentimiento informado; relación médico-paciente; derecho de obligaciones; cambios en el orden civil; formación de los contratos.

ABSTRACT: The aim of this study is to demonstrate that the patient's self-determination in health matters constitutes the central core of informed consent. Using the method of documentary research, of a qualitative nature, it starts from three basic premises: (i) the genus-species relationship, placing informed consent as a species of the genus medical act; (ii) the distinction between clinical information and therapeutic information favors the understanding that the medical act can be broken down into two parts, informed consent and the provision of health care; and (iii) informed consent is found in the medical act, regardless of the contractual or non-contractual nature of the doctor-patient relationship. Next, the complex obligatory program of informed consent is analyzed, highlighting the positive provision of information and the negative provision of refraining from carrying out the provision of health care without or against the patient's manifestation of will. Finally, the nature of the patient's consent is discussed, in order to fit it into the figure of acceptance in the formation of contracts, applying the respective legal regime, with the exceptions of free revocability and without compensation.

KEYWORD: Indigenous peoples; self-determination; freedom as emancipation; constitutional law; contemporaneity.

I. INTRODUCCIÓN

Tras un siglo desde la festejada sentencia de Juez Cardozo,¹ la intensa producción jurídica sobre el consentimiento informado permite concluir que existe un sistema autónomo de protección al paciente frente a intromisiones no voluntarias en su propio cuerpo.

El sistema de protección y tutela de la persona se encuentra vinculado al cambio operado en el seno de la relación médico-paciente, antes asentada en el principio del paternalismo, que suponía que el paciente carecía de condiciones objetivas y subjetivas para regir sus propios intereses, y hoy basada en el principio de la autonomía de la voluntad, que concibe al paciente no solo como el destinatario de los servicios médicos, sino también como el titular del derecho de autodeterminación en materia de salud.²

Este derecho proviene de la máxima de que toda persona, en el ejercicio de su libertad, puede, por sí o por medio de representantes, contraer derechos y asumir obligaciones. En el ámbito de la sanidad, para que el paciente pueda ejercer el derecho a decidir sobre su destino es necesario, con antelación, que se le brinden informaciones claras y precisas respecto a la asistencia sanitaria.

En este contexto aflora el consentimiento informado, que consiste en el derecho reconocido al paciente de obtener información clara y precisa con respecto a la finalidad y la naturaleza de cada acto médico que se realice, sus riesgos y consecuencias para que, en el poder de estas informaciones adecuadas, él pueda

¹ Estados Unidos de América, *Schloendorff V. Society of New York Hospitals*, 211 N.Y.125, 105 N.E. 92-96, 1914. Disponible en: <<https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>>. (06/09/2023).

² TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A responsabilidade civil do médico-Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 38.

libremente decidir acerca de la práctica del acto propuesto por el profesional sanitario.³

Con el objetivo de extraer su esencialidad, a través del método de investigación documental, de carácter cualitativo, este estudio se dedica a analizar la compleja obligación que conforma el consentimiento informado en la teoría de las obligaciones en Brasil, para concluir que la autodeterminación es el elemento central de la protección del paciente.

Se parte tres premisas. La primera, que el acto médico es género y sus especies son el consentimiento informado y la prestación de cuidados de salud; la segunda, la distinción entre información clínica e información terapéutica; la tercera, el consentimiento informado es independiente de su origen contractual o extracontractual y se encuentra en el acto médico, incluido entre los deberes inherentes a la “lex artis ad hoc”.

Superada las premisas, el estudio se desarrolla en tres partes. En la primera, empieza por las prestaciones que componen el programa de prestación del consentimiento informado a la luz de la dogmática civil-obligacional. En la segunda sección, se subraya que el consentimiento informado constituye una especie de obligación objetivamente compleja y con finalidad simple. Con efecto, separadas por el tiempo y por la naturaleza del comportamiento, las acciones de informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente están dirigidas hacia el mismo fin: la tutela de la autodeterminación del paciente. En la tercera parte, se analiza el consentimiento como un derecho que integra la esfera jurídica del paciente, señalando su naturaleza de adhesión al acto médico propuesto.

³ PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente*, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2017, p. 24.

II. LAS TRES PREMISAS: ACTO MÉDICO, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRESTACIÓN DE CUIDADOS DE SALUD; INFORMACIÓN CLÍNICA “VERSUS” INFORMACIÓN TERAPÉUTICA; CONSENTIMIENTO INFORMADO Y “LEX ARTIS AD HOC”

Del nacimiento de la relación médico-paciente surge el acto médico, desarrollado en dos fases o ciclos: en primer lugar, por medio del consentimiento informado; después, por la prestación de cuidados de salud. El consentimiento informado, por su turno, se despliega por medio de las acciones informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente, encerrándose con la decisión acerca de la ejecución de la prestación de cuidados de salud.⁴

El acto médico existe “per se”, mientras que la existencia del consentimiento informado presupone la del acto médico. Ante la prestación de cuidados de salud, el consentimiento informado tiene autonomía y, aunque sean independientes uno del otro, la validez de la primera depende del cumplimiento del segundo. Indicar que la prestación de cuidados de salud se encuentra jurídicamente dependiente del consentimiento informado implica las siguientes conclusiones: el incumplimiento del consentimiento informado resulta, simultáneamente, en maltrato del acto médico y en la invalidez de la prestación de cuidados de salud; el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación de cuidados de salud maltrata el acto médico y en nada interfiere en el consentimiento informado. Por no malherir el consentimiento informado, se puede concluir que existe una recíproca autonomía de estas fases que componen el acto médico.

Tomado el acto médico en toda su extensión, parece oportuno separar las prestaciones que provienen de la relación médico-paciente en dos fases, teniendo como marco referencial el con-

⁴ PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, p. 92.

sentimiento informado. Con el intento de identificar cada una de estas fases, importa realzar la distinción entre información clínica e información terapéutica.⁵

En la relación médico-paciente existen dos especies de deberes informativos: deberes informativos prestados para obtener asentimiento e información terapéutica. En la fase del ciclo del consentimiento informado, la información debida es requisito para la validez del asentimiento, es previa a este y debe comprender las características, necesidad, riesgos, beneficios y consecuencias de la intervención, de forma que permita al paciente una toma de decisión libre y consciente. En la fase de la información terapéutica los deberes informativos no están restringidos a un momento preciso, sino que se configuran como una obligación de tracto sucesivo durante todo el tratamiento, alcanzando el deber de informar de manera amplia al paciente sobre todo su proceso.⁶

El consentimiento informado produce efectos jurídicos en la relación médico-paciente; integra el contenido de la *lex artis*; es aplicable al acto médico de prevención, diagnóstico, terapéutico y rehabilitación; se aplica a la investigación y experimentación médica y debe ser registrado en el histórico clínico del paciente. De ahí resulta que, a nuestro juicio, el consentimiento informado, en términos topográficos, se encuentra en la actividad médica y no en los sujetos de la relación, es decir, la acción de informar para obtener el consentimiento integra el contenido del acto médico, otorgándole carácter jurídico.⁷

Las situaciones de mutación subjetiva en la relación médico-paciente muestran que el consentimiento informado está en el acto médico y acompaña al paciente, ya que la sustitución de un

⁵ DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimiento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 71-73.

⁶ PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁷ GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, en *Separata de Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 6, núm. 12, 2009, p. 17.

médico por otro en los cuidados de salud de un paciente no excluye el consentimiento informado, pues al desprenderse de la relación el médico sustituido no conlleva los deberes informativos, ni la necesidad de abstenerse de llevar a cabo el acto médico “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente, mas se queda encarcelado al sustituto que se prende a la relación.

III. EL PROGRAMA DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: INFORMAR Y ABSTENERSE DE LLEVAR A CABO LA PRESTACIÓN DE CUIDADOS DE SALUD “SIN” O “EN CONTRA DE” LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL PACIENTE

Toda obligación resulta en un comportamiento del deudor destinado a satisfacer el interés del acreedor. En el consentimiento informado, existen dos prestaciones debidas por el médico: informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente. Estas acciones están separadas entre sí por el factor tiempo y por la naturaleza de la acción del deudor.

El tiempo para informar no se corresponde con el momento de abstenerse de la práctica del acto médico. En términos cronológicos, la acción de informar antecede al deber de abstención de la práctica de la prestación de cuidados de salud.⁸ En este sentido, el paciente debe prestar el consentimiento antes de la intervención o del tratamiento médico al que se va a someter.⁹

En lo que concierne a la naturaleza del comportamiento, mientras que en la acción de informar la conducta del deudor es un comportamiento comisivo, en la siguiente es omisivo. Estos

⁸ PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁹ GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, *op. cit.*, p. 18.

comportamientos constituyen el programa de prestación del consentimiento informado.¹⁰

La conducta positiva tiene como contenido los deberes de prestación y se desarrolla por medio de un proceso o ciclo. En su curso vital, se inicia con el vínculo médico-paciente, se realiza mediante el cumplimiento de los deberes informativos clínicos y se cierra en el *esclarecimiento*.¹¹ En lo que atañe a la finalidad, la prestación positiva es un medio de realización del derecho a la autodeterminación del paciente, al permitirle decidir de forma autónoma valorando la información que le han suministrado en atención a sus concretas circunstancias personales y médicas.

En cualquier acto médico deben facilitarse al paciente informaciones acerca del diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, ponderándose riesgos y beneficios.¹² Únicamente con la plena comprensión de estos datos es cuando se estimará que el paciente se encuentra en condiciones de asentir. En resumen, el médico debe advertir al paciente acerca del derecho que tiene a decidir libremente después de recibir la información adecuada, para elegir entre las opciones clínicas disponibles.¹³

En la fase negativa, la *reflexión y obtención del asentimiento* es lo determinante. La información prestada favorece el esclarecimiento y permite tomar una decisión libre de presiones, indemne de error. En esta fase, “esclarecer” y “asentir” son acciones propias y personales del paciente. Quien debe juzgar si tiene clara la

¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 35-43.

¹¹ RAMPAZZO SOARES, Flaviana, *Consentimento do paciente no direito médico. Validade, interpretação e responsabilidade*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, p. 165.

¹² Brasil, Superior Tribunal de Justicia, Recurso Especial n° 1.540.580, Pon. Luís Felipe Salomão, DJe 04/09/2018. Disponible en: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>> (06/09/2023).

¹³ España. Tribunal Supremo. Sentencia n° 743/2008, de 29 de julio. Pon. Juan Antonio Xiol Ríos, RJ 2008/4638.m

información recibida - “*esclarecido*” - y quien debe *decidir* es el paciente, no el médico. Al profesional sanitario simplemente se le exige que no practique o prosiga la prestación de cuidados de salud mientras el paciente no haya consentido.

Para sentirse *esclarecido*, es necesario, en la fase negativa del consentimiento informado, garantizar al paciente el derecho de reflexión.¹⁴ Igualmente se impone al médico el deber de abstenerse de seguir con el acto médico hasta la adhesión o recusa del paciente. Dicho de otra manera, la obligación negativa, en materia de consentimiento informado, asume doble aspecto. Respecto al acto de adhesión o de negativa del paciente, consiste en una simple *tolerancia*; en lo que concierne al *derecho a reflexionar*, asume la naturaleza de un *no hacer puro y simple*.

La *simple tolerancia* u *obligatio ad patiendum*, conforme escribe Von Tuhr, se caracteriza por la omisión de “resistencia u oposición a la que, en términos generales de derecho, estaría autorizada, si esa obligación no se lo vedase”.¹⁵ *No hacer* puro y simple la acción del acreedor no le afecta. La obligación de *no hacer* y la de *tolerancia* o “*pati*” imponen al deudor una conducta negativa o de omisión, mas solo en la de la de *tolerancia* el deudor se encuentra obligado a soportar la penetración en su esfera jurídica por la acción del acreedor.

Es de recordar, con Gomes,¹⁶ que la *tolerancia* no se confunde con el *simple no hacer*.¹⁷ En el *simple no hacer* la restricción a la

¹⁴ Durante el periodo de la prestación negativa pueden ocurrir dos fenómenos de extrema importancia para el consentimiento informado, ambos vinculados al *derecho de reflexión*: la *segunda opinión médica* y el *tiempo de espera*. Vide, PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, pp. 184-186.

¹⁵ VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 37.

¹⁶ GOMES, Orlando, *Obrigações*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 40.

¹⁷ EGUSQUIZA, Maria Ángeles, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 34

libertad del deudor no se encuentra dirigida al atendimento de cualquier comportamiento del acreedor, a ejemplo de lo que ocurre con la *tolerancia*.¹⁸ Quien se obliga a tolerar, advierte Pontes de Miranda, “no solo ha de abstener cuanto pueda obstar o dificultar la prestación negativa sino que también ha de remover, con acto positivo, lo que la obste o dificulte”.¹⁹

Por fin, en cuanto a la función,²⁰ en la trama prestacional del consentimiento informado, el permanente estado de inacción de la prestación negativa de tracto continuado tiene independencia en razón de la prestación anterior, pero depende de la presencia del vínculo médico-paciente y del acto médico, sirviendo, en el *programa*, para la realización del derecho a la autodeterminación en materia de salud.

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO CONSTITUYE UNA ESPECIE DE OBLIGACIÓN OBJETIVAMENTE COMPLEJA Y CON FINALIDAD SIMPLE: LA TUTELA DE LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE.

Al contextualizar que el consentimiento informado posee un programa de prestación, en este momento parece necesario señalar su taxonomía a la luz de la naturaleza del objeto de la obligación. Para este fin, resulta conveniente distinguir entre “*obligación simple y compleja*”²¹ y “*prestación simple y compleja*”²².

¹⁸ VON TUHR, Andreas, *op. cit.*, p. 35-37.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de derecho privado*, t. XXII, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 190.

²⁰ EGUSQUIZA, Maria Ángeles, *op. cit.*, p. 50.

²¹ SENISE LISBOA, Roberto, *Manual de Direito Civil*, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 99.

²² WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, vol. 2, Parte 1ª, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1904, p. 11.

En lo concerniente a la “*obligación*”, *compleja* o *múltiple* es la que posee pluralidad de objetos y/o de sujetos, y *simple* aquella en la que hay unidad de objeto y de sujetos, es decir, únicamente un acreedor, un deudor y una prestación. Las obligaciones complejas se clasifican en obligaciones *subjetivamente complejas* o *objetivamente complejas*. La complejidad subjetiva reside en la pluralidad de sujetos en la obligación; la objetiva en la multiplicidad de prestaciones. En este escenario, el consentimiento informado se encuadra en la especie obligación *objetivamente compleja*, en razón de las dos prestaciones que componen su contenido: informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente.

Según Windscheid,²³ la diferencia entre *prestación simple* y *compleja* reside en los efectos producidos, independientemente del número de actos practicados por el deudor. De esta manera, se dice *simple* la prestación destinada a la producción de un único efecto, y *compleja* la que produce múltiples efectos en razón de las varias actividades desarrolladas.

²³ La distinción entre especies prestacionales – simple y compleja - en razón de la finalidad de la actividad del deudor fue propuesta por Windscheid: - “3. La prestazione può essere semplice o complessa. Semplice è la prestazione, che è rivolta alla produzione d’un unico effetto; complessa è la prestazione, il cui effetto può venire raggiunto soltanto mediante una molteplicità di attività volitive, ognuna con effetto distinto. La prestazione complessa consta d’una pluralità di prestazioni; ma questa pluralità è pensata come unità sotto un punto di vista collegatore. Dove manca il punto di vista collegante, si ha, non una prestazione complessa, ma semplicemente una pluralità di prestazione. Anche dove su ha effettivamente una prestazione complessa, possono però le singole prestazione, delle quali essa consta, essere eventualmente considerate, non solo come parte costitutive d’una prestazione, ma ad un tempo como queste singole prestazioni, ed in tanto oggetti per sè stanti di diritti di credito.” WINDSCHEID, Bernardo, *op. cit.*, pp. 11-12.

Conforme señala GOMES,²⁴ no se puede confundir la *prestación compleja* con la *pluralidad de prestaciones*. En la prestación compleja, el deudor practica varios actos y cada una de las acciones desarrolladas por el deudor produce un efecto propio y distinto de las demás; en la pluralidad de prestaciones, la multiplicidad no es de acto u acciones del deudor, pero de la propia obligación, es decir, de su objeto inmediato, poco importando la cantidad de efectos producidos.

Cabe considerar que el consentimiento informado se encuadra en la especie de obligación *objetivamente compleja y de finalidad simple*, es decir, obligación formada por dos prestaciones con una única finalidad. Separadas por el tiempo y por la naturaleza del comportamiento, las acciones de *informar* y de *obtener asentimiento* están dirigidas hacia el mismo fin: la tutela de la autodeterminación del paciente.

En realidad, es imposible disociar la finalidad de la información clínica del derecho a la autodeterminación en materia de sanidad puesto que, conforme señala el Superior Tribunal de Justicia brasileño,²⁵ uno de los deberes informativos impuesto al médico en la fase del consentimiento informado se refiere a la advertencia respecto al derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, y su simple incumplimiento caracteriza el incumplimiento contractual. En este modelo, la prestación de informar tiene por finalidad permitir la toma de una decisión libre, y la prestación de abstención se realiza cuando soporta los efectos de la acción del paciente al ejercitar el derecho de autodeterminación. En definitiva, libertad y autodeterminación son los bienes jurídicos alcanzados por las prestaciones asumidas por el médico.

²⁴ GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 40.

²⁵ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.540.580, Pon. Luís Felipe Salomão, DJe 04/09/2018. Disponible en: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>> (06/09/2023).

V. EL CONSENTIMIENTO COMO LA DECISIÓN DEL PACIENTE ACERCA DE LA PRESTACIÓN DE CUIDADOS DE SALUD

La complejidad de la obligación resultante del consentimiento informado, visto hasta ahora desde la perspectiva del deudor, se repite en la posición activa, pues pasa por el derecho del paciente a recibir información, valorarla y, por fin, la facultad de escoger entre recusar o consentir la ejecución de la prestación de cuidados de salud.

Consentir significa permitir algo o aceptar que se haga.²⁶ Consentimiento es la acción o efecto de consentir. En la relación médico-paciente, el *consentimiento* puede significar, aisladamente, cada una de las manifestaciones de voluntad aptas al nacimiento del contrato de prestación de servicios médicos, así como el conjunto, resultado o acuerdo de voluntades del contrato médico. En este paso, las manifestaciones del paciente y las del médico se encuadran en la locución *consentimiento contractual*.²⁷

En otro sentido, la expresión es utilizada para designar la decisión del paciente acerca de la negativa o la aceptación de la prestación de cuidados de salud, consistiendo en el derecho del paciente a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, o más exactamente, siguiendo a Parizea,²⁸ *escoger* con conocimiento de causa, *aceptar* emprender el tratamiento propuesto y consentir en la realización del acto en su propio cuerpo.

²⁶ DE ECHEGARAY, Eduardo, *Diccionario general etimológico de la lengua española*, t. II, Madrid, José María Faquinet Editor, 1887, p. 390.

²⁷ PORTERO GARCÍA, Luis, "Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1838, 1999, p. 149.

²⁸ PARIZEAU, Marie-Hélène, "Consentimiento", en *Nova enciclopedia de bioética*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2005, p. 263.

Denominado “*consentimiento-legitimación*”, el consentimiento encierra dos significados distintos: *adhesión* o *negativa* al acto médico. Quien recusa la prestación de cuidados de salud, tras recibir información y valorarla, *consiente*; como *consiente* el paciente que decide por la adhesión al acto médico.²⁹

En el presente apartado, trazaremos la naturaleza jurídica del *consentimiento-legitimación* desde la perspectiva civil-obligacional, alejándolo, de un lado, de figuras próximas como las obligaciones facultativas y alternativas y, de otro, aproximándolo a la aceptación en la formación del contrato.

Al consentir o recusar la ejecución de la prestación de cuidados de salud, la elección del paciente no se amolda al fenómeno de las obligaciones alternativas ni encaja en el modelo de las obligaciones facultativas.

Las obligaciones alternativas, según Larenz, son aquellas en las que “se deben varias prestaciones, de forma que, no habiendo sido valoradas con criterio homogéneo por las partes, sino diversamente, solo una de ellas ha de ser cumplida, bien por elección del acreedor o del deudor”.³⁰ Conforme señala Gomes,³¹ es atributo de esta especie obligacional la existencia de más de una prestación posible de cumplimiento.

Como se percibe, no hay en el consentimiento informado, tras el cumplimiento de los deberes informativos clínicos, dos prestaciones posibles de cumplimiento, sino solamente una, debida por el médico, que consiste en el deber de abstención o tolerancia. Al cumplir la fase de la información, la prestación de

²⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Doctrina general de la llamada culpa médica”, en *Tercer Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Salamanca, 14 de noviembre de 2003, [s.p.]. Disponible en: <<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaEugenioLLamasPombo.html>> (03/09/2023).

³⁰ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Tomo I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 167.

³¹ GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 71.

cuidados de salud se encuentra jurídicamente imposible de ser cumplida.³² De hecho, la imposibilidad originaria de la prestación aleja el régimen de las obligaciones alternativas,³³ en la medida en que solamente una prestación se encuentra “*in obligatione*”,³⁴ verdaderamente nascida simples.

De igual modo no hay, al menos para el acreedor, cualquier obligación con prestación en *facultad de substitución*³⁵ o, por metonimia, obligación facultativa.³⁶ Para Martínez-Pereda Rodríguez, obligación facultativa es la “obligación que tiene un solo objeto, que es el único que el acreedor puede exigir, y que si desaparece sin culpa del deudor produce la extinción del vínculo obligatorio, pero se faculta al deudor entregar otra prestación distinta de la debida, produciéndose así su cumplimiento”.³⁷

El deudor puede liberarse del vínculo al cumplir la prestación que se encuentra en facultad de substitución, sin que el acreedor pueda exigir la u oponerse a este cumplimiento. Estos aspectos

³² Se aplica, al caso, la regla de las obligaciones alternativas del Código Civil brasileño, art. 253: - “*Se una de las dos prestaciones no pueda ser objeto de obligación o si se vuelve inexecutable, sustituirá el débito con respecto a la otra*”.

³³ LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Manual de direito civil*, vol. 4, T. I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, p. 66-67.

³⁴ CHERTI, Stefano, *L'obbligazione alternativa: Nozione e realtà applicativa*, Torino, G. Giappichelli, 2008, p. 109.

³⁵ De acuerdo con el art. 786 del Código Civil y Comercial argentino, “ARTÍCULO 786. Concepto. La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar”. (Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley n° 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014).

³⁶ GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 77.

³⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “Las obligaciones facultativas en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, núm. 2, p. 475-538, abril-junio de 1972, p. 484.

son marcas indelebles de esta especie obligacional, que en nada se asemeja a la naturaleza jurídica de la facultad de elección del paciente, pues, al final, “decidir” no significa cumplir una prestación diferente, mas verdaderamente ejercitarse un derecho asegurado por el ordenamiento jurídico.

No siendo obligación facultativa, ni alternativa, podemos preguntarnos: ¿la elección del paciente se configura como concentración del débito? La concentración del débito marca el cambio de la obligación que hasta entonces no podía y ahora ya puede ser cumplida. Concentrar, en lenguaje obligacional, como escribe Cristóbal Montes, es separar, excluir, eliminar “todas aquellas prestaciones que, por una causa u otra, no van a ser ejecutadas”.³⁸ Como hemos observado anteriormente, en el consentimiento informado la facultad de elección no se encuadra en las figuras teóricas de las obligaciones alternativas ni facultativas, porque efectivamente solo existe una única prestación debida y esta se encuentra en la esfera del deudor; mientras que la elección, en el consentimiento informado, consiste en la facultad del acreedor de consentir o recusar la prestación de cuidados de salud.

En realidad, la elección no es solamente una facultad del acreedor, pero puede asumir la naturaleza de deber cuando, instado por el médico a elegir, el paciente no lo ejerce oportunamente, cayendo en mora.³⁹ En esta hipótesis, la pérdida del derecho de elección decaería al paciente y acto continuo pasaría al médico el derecho de indicar la prestación a cumplir.⁴⁰ Esta solución, con todo, no se conforma con la naturaleza del derecho de autoterminación en materia de salud. De tal modo que, ante la mora del paciente, la facultad de decidir acerca de la ejecución de la prestación de cuidados de salud no es atribuida al médico. Por

³⁸ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, “La facultad de elección en las obligaciones alternativas. Nociones básicas y atribución subjetiva”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, núm. 1, 1994, p. 36.

³⁹ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁰ GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 71.

tales razones, debemos responder negativamente a la cuestión que planteamos inicialmente, pues la elección acerca de seguir o no con la prestación de cuidados de salud no se configura como un fenómeno de concentración del débito.

Ataz Lopez, en consonancia con Llamas Pombo,⁴¹ aduce que el consentimiento es “una adhesión al acto médico, una conformidad obtenida por el médico antes de proceder”.⁴² Por consiguiente, prosigue el autor, más allá de requerirse el asentimiento, “lo que hay es un deber del médico de no actuar sin la voluntad favorable del paciente”.⁴³

Desde esta perspectiva, la manifestación de voluntad negocial del paciente se asemeja a la decisión del adherente de aceptar o rechazar en bloque las cláusulas contractuales predispuestas unilateralmente por el ofertante. Es exactamente lo que ocurre con el consentimiento informado. Si recapitulamos, recordamos que acto médico es el resultado de la suma del consentimiento informado y de la prestación de cuidados de salud. Quien establece las reglas del juego, en la trama negocial, no es el paciente, sino el médico, dado que el acto médico es una modalidad de acto profesional que depende de ciertos requisitos subjetivos y objetivos para que prosiga.⁴⁴

De esta manera, ante al médico, al paciente le es dado solamente aceptar o rechazar en bloque la prestación de cuidados de salud, restringiéndose su voluntad exactamente a la elección entre seguir o recusar la realización del acto. En la cualidad de “adhe-

⁴¹ PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, “El acto jurídico médico: Los efectos jurídicos del acto médico con relación al acto de salud y al acto profesional”, en *IUS ET VERITAS*, núm. 64, p. 204-215, 4 ago. 2022. Disponible en <<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.011>> (11/09/2023).

⁴² ATAZ LOPEZ, Joaquin, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1985, p. 63.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ ATAZ LOPEZ, Joaquin, *op. cit.*, p. 61.

sión al acto médico”,⁴⁵ la manifestación de voluntad del paciente puede considerarse, como afirma Atal Lopez, “una facultad de actuar que el Ordenamiento permite [...], una manifestación de la libertad humana, y no un derecho subjetivo, pues, caso de ser esto último, en él quedarían confundidos objeto y sujeto: la persona”.⁴⁶

La manifestación de voluntad del paciente, que se adhiere a la propuesta anteriormente lanzada por el médico, equivale a la aceptación en la formación de los contratos, aplicándose, en lo que quepa,⁴⁷ el respectivo régimen jurídico, con dos excepciones: la libre revocabilidad de la decisión⁴⁸ y la no resarcibilidad de cualesquier perjuicio.

El requisito de la revocabilidad ahuyenta la naturaleza de negocio jurídico bilateral, pues, de lo contrario, la posibilidad de deshacer el vínculo pendería de un nuevo acuerdo de voluntad y no solo de la facultad unilateral de retirada del paciente⁴⁹. Aunque se trate de una relación contractual, habiendo sido pagado el precio de los servicios a ejecutarse, el médico no tiene derecho a pedir el cumplimiento “in natura” de la prestación, es decir, exigir que el paciente se someta al acto médico propuesto, pues tal imposición es incompatible con la naturaleza de los derechos protegidos por el consentimiento informado.⁵⁰

En cuanto al análisis de la resarcibilidad por el ejercicio del derecho de revocar el consentimiento, dos soluciones se presentan

⁴⁵ VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previa al consentimiento en el aborto*. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2013, p. 651.

⁴⁶ ATAZ LOPEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁷ DIAS PEREIRA, André, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2ª ed., Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007, p. 309.

⁴⁹ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius *et alii*, “Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 88, 2011, p. 5.

⁵⁰ ATAZ LOPEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 195.

para el caso. La primera de ellas, reconoce la violación contractual y sanciona con el deber de reparar por daños y perjuicios, incluidas las parcelas de honorarios médicos y daños morales.⁵¹ La segunda, defendida por Ataz Lopez, que aparta los honorarios médicos y la reparación por daños morales, pues los considera incompatibles con la libre revocabilidad de la decisión, pudiendo resarcir al médico apenas “los gastos que le ha ocasionado su cambio de idea, ya que él médico actuó y preparó la intervención, con buena fe”.⁵²

A pesar de que ninguna de las dos respuestas indicar el deber jurídico de sumisión del paciente al acto médico propuesto, a nuestro juicio, la segunda opinión es la que mejor se acomoda a la naturaleza del consentimiento informado, pues la decisión del paciente que opta por revocar el asentimiento previamente concedido no implica una violación del contrato médico, sino que constituye el ejercicio de una facultad permitida, apartando, por tal motivo, cualquier posibilidad de reparación por daños y perjuicios, a excepción de los efectivos gastos realizados por el médico en la preparación de la prestación de cuidados de salud que no se realizó por el cambio de opinión del paciente, en virtud a los principios de veda al enriquecimiento sin causa y el de la buena fe objetiva.⁵³

⁵¹ ROBERTI, Michele. “L’Obbligo del paziente nel contratto col chirurgo”, en *Arc. Giur. F. Seraf.*, 4ª serie, Vol. XXXIII, 1937-XV. *Apud* ATAZ LOPEZ, Joaquin, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1985, p. 193-195.

⁵² ATAZ LOPEZ, Joaquin, *op. cit.*, pp. 193-195.

⁵³ PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente*, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2017, p. 148.

VI. CONCLUSIONES

Al analizar el complejo programa obligacional a la luz del ordenamiento jurídico brasileño, se llegó a la conclusión de que el consentimiento informado se compone de dos prestaciones distintas: informar y abstenerse de llevar adelante la prestación de cuidados de “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente.

Separadas por la naturaleza de la conducta y por el tiempo, las prestaciones que componen el consentimiento informado constituyen especie de obligación objetivamente compleja y con finalidad simple, vez que, en la trama prestacional, los deberes informativos están al servicio de la autodeterminación, a fin de permitir que el paciente tome una decisión libre y soberana, exenta de error.

En cuanto a la toma de decisión del paciente, tras alejarse de las figuras teóricas de las obligaciones alternativas y facultativas, se concluye que se trata de una verdadera adhesión al acto médico propuesto y equivale a la aceptación en la formación de los contratos, aplicándose el respectivo régimen jurídico, con las excepciones de la libre revocabilidad y sin indemnización.