

El “problema del consentimiento informado de los derechos del enfermo a la despersonalización de la relación médico-paciente”

The “problem of consent informed of the rights of the patient to the depersonalization of the doctor-patient relationship”

*Nicola Posteraro**

Resumen

Este trabajo analiza el tema del derecho al consentimiento informado. Se parte con un análisis general del “nuevo” concepto de salud, para luego pasar a tratar más detalladamente el derecho *de quo* (del que se trata).

Se enfoca en particular sobre la información como requisito de validez y se afronta el tema de la nueva relación médico-paciente; en fin, se desarrollan algunas consideraciones críticas respecto a la así llamada despersonalización de tal relación médica.

* Departamento de Jurisprudencia, Universidad de los Estudios de Roma Tres, Roma, Italia

Título original: *Il “problema” del consenso informato: dai diritti del malato alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*. Publicado en la Revista *Medicina e Morale* 2017/3, páginas 371-387. La traducción no ha sido revisada por el autor. Recibido el 30 de octubre de 2018. Entregado el 05 de noviembre de 2018.

Palabras clave: salud, libertad, paternalismo, consentimiento informado, responsabilidad médica, autodeterminación.

1. El nuevo derecho a la salud

El derecho a la salud, a la luz del interesante itinerario hermenéutico que ha hecho del hombre el eje del ordenamiento jurídico, representa hoy, un derecho “nuevo”,¹ llevado a una dimensión más marcadamente personalista y subjetiva. Gracias al proceso de despatrimonialización² y a la interpretación ontológica y axiológica de la persona humana, el concepto de libertad de tratamiento constituye una perfecta explicación del más amplio principio del derecho del cual habla el art. 13 constitucional:³ la tutela de la salud debe estar balanceada con la libertad personal del individuo, con su capacidad de autodeterminarse y salvaguardar su propia integridad física y psíquica. A falta de tal equilibrio, la persona no sería capaz de ejercer ningún otro derecho fundamental garantizado por nuestro ordenamiento jurídico y se encontraría limitada en la explicación plena de su propia personalidad.

En conformidad con el principio general extraído de la combinación de las reglas expresivas del más amplio principio personalista adoptado por nuestra Constitución,⁴ la persona es puesta como “centro de intereses y de valores en torno al cual se concentra el sistema de las garantías personales”.⁵ El individuo es núcleo central, sujeto autónomo; él decide por sí mismo sin que terceros, externos, puedan menoscabar tal explicación de su autonomía: ellos permanecen extraños, en la generalidad de los casos, al momento de la decisión del individuo; y, solamente ahí donde las decisiones del individuo autónomo puedan en abstracto lacerar sus otros derechos constitucionalmente garantizados, entonces será posible verlos trasladarse de un lado pasivo al activo. Pero, en ese caso, dicho traslado será justificado por el hecho de que ellos, tomados en su totalidad, habrán asumido las características de sujetos portadores de valores colectivos se-

guramente destinados a prevalecer (en la óptica del balance constitucional) sobre aquellos enaltecidos por el individuo particular en el ámbito de su propia autonomía de decisión.⁶

2. De la autonomía al consentimiento informado

En esta perspectiva, la importancia de tal libertad de elección se localiza en la relevancia que asume el así llamado consentimiento en las relaciones de tipo terapéutico. La salud es propia del hombre; de ella cada uno puede libremente disponer en conformidad con cuanto está previsto expresamente por los artículos 2, 13 y 32 constitucionales:⁷ el consentimiento representa el mejor modo para poder concretar esta libertad de elección en el contexto de las relaciones de salud. Ello incide claramente en aspectos de autonomía, independencia, derecho/deber de atender y hacerse atender; es el elemento imprescindible para lograr legitimar la actividad médico-quirúrgica.⁸

Es precisamente sobre la base del necesario reconocimiento de la libertad del paciente, en el ámbito de la relación de salud, que el “*iluminismo de la medicina*”⁹ hace su aparición como momento fundamental de una actividad por sí misma peligrosa; se vuelve momento propio de esta actividad y corresponde perfectamente al principio personalista que inspira nuestro ordenamiento:¹⁰ el paciente, para ser legítimamente sometido a cualquier tipo de tratamiento médico, debe necesariamente explicar desde el inicio su propia y legítima voluntad de elección. En caso contrario, la actividad del médico terminaría por sustituir injustamente a la de su cliente.¹¹ Eso ha de leerse como expresión de la consciente adhesión del paciente al tratamiento propuesto por el médico,¹² como verdadero y propio derecho de la persona, que, encontrando fundamento seguro en los más objetivos principios fundamentales expresados por nuestra Fuente Suprema,¹³ pertenece a los principios

inviolables.¹⁴ Por tanto, no puede ser comprometido en ningún modo y se vuelve “*derecho no reconsiderable*”¹⁵ del individuo.¹⁶

El principio del consentimiento a las intervenciones de los otros sobre la propia persona, constituye el natural corolario del más amplio principio de la libertad personal¹⁷ y «*se concreta en la exclusividad del propio ser físico y psíquico en virtud del cual la persona no puede ser sometida a coerción en el cuerpo y en la mente, a violación de su esfera de libertad corporal e incluso solamente moral; todo poder o deber del médico sobre el paciente encuentra su raíz en la única y exclusiva fuente que es el consentimiento del paciente mismo, que representa el momento focal de la misma autorización legislativa de la actividad médica*».¹⁸

3. Médico y paciente: del paternalismo al modelo liberal. Una relación que cambia

Una semejante aceptación del consentimiento como elemento imprescindible de la relación de tratamiento es el reflejo de un cambio de visión que, en el ámbito de la relación médico-paciente, ha llevado a la configuración de uno nuevo llamado modelo personalista, en lugar del llamado modelo paternalista.¹⁹ El modo de entender el tipo de interacción entre médico tratante y paciente enfermo, ha cambiado en manera sustancial sólo recientemente. Antes, a la luz de la restringida interpretación del art. 32 constitucional, se reconocía, sin ninguna duda, la sustancial posición de superioridad y supremacía del médico respecto a su asistido. Se consideraba que este último, ignorante en la materia, estaba privado de los conocimientos técnico-científicos propios de la actividad quirúrgica; y que, por tanto, debía estar necesariamente sujeto a la voluntad del especialista.²⁰ Su inclusión en la fase de decisión era una inserción evidentemente mínima; se le consideraba solamente como objeto de un momento de tratamiento. El paciente debía aceptar acríticamente y con resignación las decisiones del médico; así, sufría las decisiones terapéuticas y las consecuencias negativas que de ellas se

desprendieran. Es iluminante a este respecto, la definición de Parodi y Nizza,²¹ que miran al paciente en este modelo como un sujeto pasivo de relación obligada, un sujeto objetivamente inferior,²² un individuo que espera la atención y la salud como regalos de un generoso y milagroso beneficio, “*súbdito fiel que realiza cuanto es ordenado por el médico*”.²³ La medicina era considerada arte y ciencia: ésa, como tal, representaba la máxima expresión de la libertad intelectual, antes incluso que profesional: su ejercicio y sus resultados difícilmente podían ser puestos en discusión. El médico, en homenaje al más denso principio hipocrático,²⁴ representaba al sacerdote del cuerpo, se ponía como mago de la curación respecto al enfermo y desempeñaba una función paterna.

Hoy, en cambio, se asiste a una verdadera y propia emancipación del paciente²⁵ y se reconoce una mayor autonomía al individuo enfermo, cuyas libres decisiones son legitimadas en el ámbito de una relación terapéutica paritaria y equitativa: la figura del médico resulta ser fundamental para los fines del tratamiento, pero no para los fines de las decisiones que la suponen.²⁶ Por otra parte, «*en las disposiciones constitucionales no existe ninguna huella de una concepción paternalista, así como nunca se la encuentra en la interpretación corriente de las mismas; nunca se ha configurado una limitación de la autonomía de los sujetos, salvo los casos de incapacidad, en función de la realización de los intereses de los sujetos mismos*». ²⁷ ¿Por qué entonces debería verificarse en este ámbito, tal limitación, si nunca como en otros campos, precisamente en el médico, el interés del individuo de hacerse atender se vuelve predominante y no absolutamente corrompible, ni condicionable?

En este sentido, el médico debe incluir al paciente en todas las decisiones que se refieran al tratamiento de su estado físico y psíquico, no pudiendo absolutamente prescindir de su voluntad de decisión. Hoy, en la «*relación médico-paciente se enfrentan dos centros de valoración y de decisión de las intervenciones a realizar en la gestión de la enfermedad*»:²⁸ el paciente es consciente de sus propios derechos; para él es reconocida, a pleno título, su dignidad de sujeto capaz de autodeterminarse y

de decidir respecto de las intervenciones diagnósticas y terapéuticas sobre su persona, propuestas por los médicos;²⁹ él, en definitiva, confiándose a un médico, lo constituirá sí como garante de su propia salud, pero no ciertamente como señor absoluto de ella. La responsabilidad última de elegir si someterse a una determinada intervención, deberá necesariamente pesar, en este sentido, sobre el interesado.³⁰

Se trata del modelo calificable como “*liberal*”, centrado en el principio de autonomía, al cual está sometida la convicción de que la voluntad de los individuos adultos y capaces no puede ser oprimida o anulada ni siquiera cuando el fin que se propone es el de realizar su bien;³¹ eso pone definitivamente aparte la general presunción de incapacidad del enfermo dependiente del modelo paternalista, afirmando que, la voluntad del enfermo, no podrá en general ser sustituida por la voluntad de otros sujetos.³²

El rol del paciente *«tiende a volverse cada vez más activo, en la dinámica comunicativa con el terapeuta, porque sólo al paciente corresponde formular aquellas indicaciones concretas (de carácter económico, familiar, más en general existencial) que, integrándose con aquellas estrictamente científicas elaboradas por el médico, permiten llegar, partiendo de un abstracto abanico de opciones (todas en principio plausibles y legítimas), a una decisión concreta de tratamientos»*.³³

4. La información como requisito fundamental del consentimiento válido

Para que se pueda hablar de consentimiento válido, que dé legitimidad al tratamiento médico, es necesario que esté acompañado y precedido por una puntual información.³⁴ El médico debe aportar a su paciente *«en modo exhaustivo y completo, toda la información científicamente posible respecto a las terapias que pretende aplicar o la intervención quirúrgica que intenta realizar, con sus propias modalidades»*,³⁵ así como in-

formarlo sobre el alcance de la intervención, sobre las inevitables dificultades, sobre los efectos alcanzables y sobre los eventuales riesgos, con el fin de ponerlo en las condiciones de poder decidir de manera consciente sobre la pertinencia de proceder.³⁶

Esta información no tiene la finalidad de colmar las diferencias cognoscitivas tecno-científicas entre médico y paciente, cuanto, más bien, la de tutelar el derecho de autodeterminación de quien se somete a un tratamiento o a una intervención quirúrgica, logrando que tal sujeto pueda conscientemente elegir si legitimarlo o no.³⁷ De este modo, la necesidad de que el consentimiento sea informado refuerza la visión de un proceso realmente participativo del paciente en las decisiones que involucran su cuerpo y su salud; y se degrada la idea de una estéril formalización de la relación en la cual la adhesión del enfermo al tratamiento está relegada a mera condición de remoción de la ilicitud del hecho.³⁸

La obligación de información,³⁹ la cual debe ser claramente adecuada, en términos de explicación, a la capacidad de comprensión del asistido, debe ser particularmente detallada⁴⁰ y, si bien seguramente no incluya los así llamados riesgos imprevisibles, o bien los resultados anormales, puede decirse verdadera y directamente cumplida sólo en el caso en el cual el médico aporte toda la información científicamente posible sobre la intervención curativa, sobre las consecuencias normalmente posibles, aun si siendo tan infrecuentes como para parecer extraordinarias, en el balance entre riesgos y ventajas de la intervención. En otras palabras, también a la luz de la jurisprudencia, se puede afirmar que es lícita sólo la omisión de los riesgos imprevisibles, aquellos que corresponden a los casos anormales, en cuanto se colocan fuera de la esfera de control del médico y no tienen relieve según el *id quod plerumque accidit (lo que mayormente ha sucedido)*.⁴¹

Es necesario puntualizar que, en vista de una intervención quirúrgica o de otra terapia especializada o verificación diagnóstica invasivas, la información no abarca solamente los riesgos objetivos y técnicos en relación con la situación subjetiva y con la situación de

la ciencia, sino que abarca también la concreta, quizá carente, situación hospitalaria, en relación con las dotaciones y con los aparatos, y a su regular funcionamiento, de modo que el paciente pueda no sólo decidir si someterse o no a la intervención, sino también si hacerlo en aquel hospital o bien pedir transferirse a otro.⁴²

Por esto, cuando la información es inadecuada y no pone al paciente al corriente respecto de los riesgos y beneficios que implica la intervención, el consentimiento eventualmente otorgado por el paciente resultará inválido, porque estaría viciado y sería incapaz de discriminar la actividad médico-quirúrgica, que, como tal, sería arbitraria, ilícita y fuente de responsabilidad (claramente, fuera de casos en los cuales el tratamiento de salud es obligado por ley o bien incurre en un estado de necesidad).

Y se cae también en tal ilicitud aun cuando la intervención ha sido realizada bien y según el interés del paciente. La lesión al derecho de autodeterminación exige un resarcimiento del daño, independientemente de que como resultado de la intervención, arbitrariamente realizada, se haya efectuado un daño biológico (como hasta hace poco tiempo se pensaba).⁴³ Este daño, entonces, podrá determinar sobre el plano del *quantum* (*cuánto*), lo que es resarcible, en el sentido de que será válido para concretar la subsistencia de un daño (consecuencia biológica) sumando otros daños eventuales, patrimoniales y/o no patrimoniales, sufridos a causa de la lesión de su derecho de autodeterminación. Pero la responsabilidad del médico por la lesión del derecho de autodeterminación del paciente podrá fincarse también ante un resultado afortunado, al provocar un daño no patrimonial inesperado.⁴⁴ Obviamente se debe considerar que, con el fin de que se configure legítimamente el nacimiento de tal derecho al resarcimiento aun en ausencia de un daño biológico, el paciente debe probar haber sufrido un efectivo daño como consecuencia de tal violación: póngase el caso de un sujeto que, intervenido, se lamenta de la presencia de algunas cicatrices. Aquí, el paciente deberá probar que, si hubiese sabido de su presencia, no habría aceptado someterse a la intervención, pudiendo pedir el re-

sarcimiento de los daños patrimoniales (gastos sostenidos para eliminar por medio de cirugía plástico-estética los detalles antiestéticos *de quibus (de los cuales se trata)*, y eventuales ganancias perdidas derivadas de esta nueva condición estética –imagínese la eventualidad de una desnudista, quien podría ser afectada, en el plano laboral, por una situación de este tipo–) además de los otros no patrimoniales no biológicos (compro-bando, en este caso, haber soportado una lesión a su dignidad que ha marcado su existencia en momentos cruciales de sufrimiento, físico y psíquico).⁴⁵ En caso contrario, el daño derivado de la lesión del derecho *de quo (del cual se trata)* se configuraría como un mero daño-evento (y sería así resarcible por el solo hecho de que el médico, con la conducta negligente, ha violado las disposiciones para la tutela del paciente). Ciertamente, no será simple para el paciente lograr probar la subsistencia del mencionado daño no patrimonial; ni será simple para el juez lograr cuantificarlo con el fin de la liquidación. Quedan abiertos varios problemas en este plano; mismos que llevan frecuentemente a los tribunales a decidir, entonces, de manera contradictoria entre ellos.⁴⁶

La ley Gelli-Bianco, que ha intervenido recientemente en el tema, no ha tratado específicamente la cuestión: ciertos aspectos eran contemplados en el proyecto de ley inicial, pero luego aparecieron puntos donde se evita que, apoyándose en su subsistencia (teniendo en cuenta el hecho de que tales problemáticas abarcan cuestiones éticas, antes que jurídicas), en ámbito político, pudiesen existir comportamientos para obstaculizar la aprobación definitiva de la ley misma.

Sin embargo, la ley incide de algún modo, si bien indirectamente, también en algunos aspectos relativos a tal disciplina: hasta ahora se consideraba que la naturaleza de la responsabilidad del médico, en caso de consentimiento inválido o bien ausente, era de tipo precontractual (atribuible, según la jurisprudencia mayoritaria, a la contractual según el art. 1218 del código civil). Hoy, excluidos los casos en los cuales se hace valer la responsabilidad de la institución, o bien sub-

siste un claro y explícito contrato con el médico citado en juicio, la responsabilidad será configurable como extracontractual, no existiendo ya la posibilidad de encontrar ningún tipo de “contrato social” entre el médico y el paciente.

Además, esta normatividad, refiriéndose expresamente a la responsabilidad, como está previsto por la ley Balduzzi, prevé que, en el cuantificar el daño biológico reclamado y demostrado por el paciente, el juez deba aplicar los artículos 138 y 139 del código de los seguros privados, en lugar de las más generosas tablas de Milán.

Actualmente está en curso de aprobación un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria que se espera aporte claridad al tema, controlando todos los aspectos que hoy, no obstante la obra clarificadora de la jurisprudencia, no están muy claros.

5. Algún relieve crítico

La información en relación con el asistido se vuelve, por tanto, un proceso de comunicación entre el profesional de la salud (que aporta noticias en cuanto conocedor de la materia) y la persona a atender (la cual pide explicaciones y desea ser informada sobre los resultados esperados/complicaciones posibles). Se ha de proponer claramente a fin de estimular a quien recibe tal información a que tenga una participación crítica; además, no debe agotarse en un solo coloquio, sino debe necesariamente desarrollarse en todo el proceso asistencial.

Sin embargo, esto no sucede; frecuentemente el intercambio se agota en un solo coloquio inicial entre médico y paciente; y, peor, no sirve para estimular al paciente para algún tipo de participación. Hoy se asiste a una excesiva estandarización de los procedimientos informativos, los cuales son las más de las veces relegados a mera formalidad burocrática:⁴⁷ el consentimiento informado, por tanto, pierde relevancia y el motivo por el cual ha nacido es vaciado de su significado moral; se vuelve un mero deber, una mera obligación

de comportamiento que, realizado, libra al médico del compromiso de una eventual complicación futura de salud; se configura como un formulario que protege al médico de posibles problemas judiciales, en la óptica de la medicina defensiva,⁴⁸ y no sirve para hacer verdaderamente consciente la decisión del paciente atendido.⁴⁹

Además, la información aportada a los pacientes (objeto principal del consentimiento) sí es comprendida, en la mayor parte de los casos, por los asistidos,⁵⁰ pero está todavía lejana de estar en línea con la centralidad del paciente. Así, se crean con frecuencia diversas incomprensiones entre médico y paciente, de las cuales derivan en consecuencia numerosas peticiones de resarcimiento de los daños sufridos y, en la óptica de quien lo requiere, no consentidos.

La relación médico-paciente, entonces, sufre una fuerte despersonalización: el vínculo obligatorio está marcado por los modelos estrictamente contractuales⁵¹ y se provoca un empobrecimiento comunicativo del proceso sanitario. Un acto que debería servir para acercar los polos de la relación, en verdad los aleja:⁵² en este sentido, lo que debería ser el encuentro entre médico-paciente se vuelve choque; y la comunicación (ausente) se vuelve un «diálogo entre sordos, que se traduce en una relación lejana, fría y llena de sospechas; la información, traducida en la práctica del consentimiento informado, se vuelve la caricatura de sí misma».⁵³

No obstante su amplia autonomía de decisión, en cambio, el asistido tiene necesidad del médico en todo el itinerario curativo y debe necesariamente crear con él una relación de confianza con base en la cual poder elegir y hacerse aconsejar.⁵⁴ Esto se debe a que el enfermo, en el acto de su decisión autónoma, pierde en realidad la capacidad de evaluar racionalmente su propia condición patológica a causa del *estatus* emocional que lo afecta: dejarlo completamente solo en el momento de la decisión, por tanto, quiere decir correr el riesgo de transmitir, sí, información, pero «violando al sujeto y pisoteando sus emociones, en vez de instaurar con él un proceso comunicativo».⁵⁵ Además, el riesgo es que, a la luz de ello, se tienda a me-

noscar la importancia sustancial del médico, quien es reducido a mero prestador del servicio, a una especie de artesano de cualificación elevada, que debe limitarse a informar y no puede para nada aconsejar.⁵⁶

Si es verdad que los procedimientos informativos representan en este modo un momento central en la estructuración de una conciencia, completa y razonada, del tratamiento terapéutico al cual el paciente será sometido, entonces es oportuno que aquéllos sean respetados. Incidir positivamente en tales aspectos querría decir no sólo recuperar un momento comunicativo entre los dos polos de la relación, sino evitar, también, que las incomprensiones de las cuales se ha hablado, lleven en consecuencia a peticiones de resarcimiento del daño (eventualidad que incide negativamente sobre la serenidad del tratante y sobre su profesionalidad, ya que siempre teme la posibilidad de ser agredido por parte de quien en él no deposita ya ninguna confianza).

Es necesario verdaderamente recuperar la así llamada “alianza terapéutica” para lograr que médico y paciente concurren juntos en la elección del itinerario que mejor responda a la visión de la vida y la salud propia de la persona que se somete al tratamiento: el factor humano de los pacientes y del personal médico debe ser considerado como base de la cual partir para establecer un nuevo acercamiento entre tratante y asistido. Abandonado el legado de tipo hipocrático-paternalista, es necesario acoger una nueva concepción del “enfermo”, visto como sujeto sensato, consciente, capaz de buscar opciones y tomar decisiones; de involucrarse activa-mente en todo momento de su proceso. Pero se debe reconocer, al mismo tiempo, que no puede ser dejado solo en el momento en el cual se encuentre en el deber de elegir conscientemente.

Todo esto, es también para evitar que la (oportuna) autonomía reconocida al paciente pueda incidir todavía más negativamente en la relación médico-paciente cuando éste, fortalecido por su centralidad en la relación de salud, pretenda, por parte del médico, la sanación y/o, peor, la ejecución de ciertos tratamientos con el solo

fin de satisfacer sus propios deseos. Por tanto, es verdad que «[...] *la autonomía del paciente y el consentimiento informado no son aportados sólo como antídotos a los médicos arrogantes, sino son necesarios, ya que nadie más puede hablar por el paciente sino el paciente mismo*». ⁵⁷ Pero también es verdad que cuando esta autonomía de elección es demasiado amplia y se anula el contacto comunicativo, la medicina pierde su propia histórica connotación de arte médica para asumir, en cambio, aquella más despersonalizada y desresponsabilizante de técnica médica. La medicina debe, hoy, entre otras cosas, enfrentarse a apremiantes requerimientos externos de un público satisfecho que pretende la obtención de un resultado específico y no acepta la eventualidad del fracaso debido a causas de fuerza mayor. ⁵⁸ En esta óptica, el médico debe frecuentemente responder también a peticiones que no siempre corresponden a verdaderas y propias necesidades humanas, cuanto más bien a meros sueños del sujeto paciente, pretensiones en el límite de lo bizarro, que, en la perspectiva de quien las requiere, son legítimas en cuanto queridas y elegidas como oportunas para sí y para su propia salud. ⁵⁹

Referencias bibliográficas

¹ Sobre este punto, son siempre actuales las palabras de F. Modugno, el cual define el derecho a la salud como un nuevo derecho por motivo de su diferente colocación en el sector económico-social [1].

² Sobre el proceso de despatrimonialización, véase cuanto ha escrito Anna Lasso en un reciente documento sobre el tema de la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico [2].

³ La Corte Constitucional, en la sentencia n. 471/1990 ha reconocido expresamente que la libertad a la que se refiere el art. 13 constitucional, comprende también la libertad de cada uno de disponer de su propio cuerpo. La sentencia ha creado una estrecha conexión entre el derecho a la salud y el de la libertad de autodeterminación: el artículo 13 constitucional aporta una tutela que es central en el proyecto constitucional, teniendo como objeto un derecho inviolable incluido entre los valores supremos, indefectible núcleo esencial del individuo, del mismo modo del contiguo y estrechamente relacionado derecho a la vida y a la integridad física, con el cual concurre a constituir la matriz primera de todo otro derecho

constitucionalmente protegido por la persona. *Contra*, como es sabido, Castronovo, el cual considera que el derecho a la salud y a la autodeterminación deben quedar separados [3].

⁴ La importancia del mencionado principio personalista unido al artículo 32 constitucional se ha puesto como relevante también en el ámbito de la actividad hermenéutica de las normas civiles. En el tema de la tutela de la propiedad, por ejemplo, el artículo 873 del código civil, es interpretado haciendo referencia explícita al concepto referido en la primera sección del artículo 32 de la Constitución. La argumentación, después de todo, no puede excluir la referencia al artículo 844 del código civil, que reconoce al propietario de un terreno el derecho de impedir la introducción de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del terreno del vecino que superen los niveles normales de tolerancia: la correspondiente acción inhibitoria puede ser realizada por el sujeto afectado para conseguir el “cese de las actividades nocivas a la salud” (cfr. Casación Civil, SS.UU., sentencia n. 10186/1998). Cfr. también Casación Civil, sección III, sentencia n. 8420/2006.

⁵ Así se ha expresado la Casación Penal, sección IV, sentencia n. 36519/2001. Cfr. a propósito, las perspectivas delineadas por A. Fiori, G. La Monaca, G. Albertacci [4].

⁶ Valen para debilitar tal derecho las aparentes limitaciones previstas por nuestro ordenamiento en el art. 5 del código civil (que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo que «causen una disminución permanente de la integridad física o bien sean contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres») y en la segunda sección del art. 32 constitucional (el cual regula, en cambio, las relaciones entre el individuo y la colectividad en la óptica de los así llamados tratamientos sanitarios obligatorios). En cuanto al primer –presunto– límite, no representa un principio absoluto. Para conseguir el bienestar psicofísico, el paciente tiene el derecho de someterse a los tratamientos sanitarios considerados según la necesidad más eficaces para su salvaguarda; y si por tanto el directo interesado puede disponer del derecho a la integridad psicofísica en los límites en los cuales es funcional para los fines terapéuticos, la *RATIO* (razón) interpretativo-aplicativa del artículo 5 es normal que deba ser circunscrita a los actos que no sean dirigidos a la tutela de la propia salud. El debate que ha comprendido la relación entre las dos normas se ha frecuentemente acomodado, según Donatella Morana [5, p. 143], a una lectura vaga de la norma del código: se ha partido erróneamente de ella para interpretar el dictamen constitucional; se habría debido partir de la Constitución, en cambio, para examinar la validez y el alcance de la legislación ordinaria. Cfr. a este propósito también cuanto ha sido afirmado por Barbara Pezzini [6, pp. 50 y ss.]. Como ha declarado la Corte Constitucional, sentencia n.161/1985, «por jurisprudencia constante, los actos de disposición del propio cuerpo, cuando están dirigidos a la tutela de la salud, incluso psíquica, deben considerarse lícitos», aun si van concretamente a minar la integridad física de un sujeto enfermo hasta dejarlo discapacitado respecto a cómo se presentaba antes de la disposición. Piénsese en el caso de una operación como la de la amputación del pie dia-

bético, en ausencia de la cual el paciente correría peligro de muerte: «*la naturaleza terapéutica que la ciencia asigna a la intervención quirúrgica, y que la ley reconoce [...] excluye su ilicitud*» (cfr. Corte Constitucional, sentencia n. 161/1985; en esta teoría M. Bilancetti [7, p. 232]). La disposición del artículo 5 del código civil, en definitiva, no restringe la libertad de autodeterminación, sino, por el contrario, la protege, ya que prohíbe el abuso aunque no el acto dispositivo del propio cuerpo (Cfr. P. Barile [8, p. 388]). Es necesario puntualizar que la prohibición analizada está limitada únicamente a los comportamientos positivos, como es difusamente reconocido por la teoría (cfr. V. Crisafulli [9, 561]: «*no se extiende, por tanto, a los comportamientos de mera inercia que, no obstante, tienen por consecuencia la disminución de la integridad. Además, aquello no encuentra aplicación ni siquiera en el caso en el cual se esté discutiendo una disminución, así llamada temporal, como sucede, por ejemplo, en el caso de la donación de sangre, o del contrato de crianza*»). En cuanto al segundo límite, la Corte Constitucional, en la sentencia n. 307/1990 ha afirmado que un TSO puede ser impuesto sólo en previsión de que «*no incida negativamente en el estado de salud de aquel que le está sujeto, salvo para aquellas consecuencias que, por su tempestividad y escasa entidad, parezcan normales de toda intervención médica, y por tanto tolerables*». Después de todo, como es puntualizado por la Corte Constitucional, sentencia n. 307/1990: «*la ley que impone un tratamiento de salud no es incompatible con el artículo 32 de la Constitución si el tratamiento está dirigido no sólo a mejorar o a preservar el estado de salud de quien esté sujeto a ello, sino también a preservar el estado de salud de los otros, ya que es precisamente tal finalidad ulterior, concerniente a la salud como interés de la colectividad, la que justifica la comprensión de aquella autodeterminación del hombre que es inherente al derecho de cada uno a la salud en cuanto derecho fundamental*». (Cfr. sobre este punto las afirmaciones de A. Barbera [10, p. 90]). El legislador (ley n. 180/1978, art. 1) puntualiza que el carácter coercitivo de un tratamiento no podrá nunca reprimir o prejuzgar el ejercicio «*de los derechos civiles y políticos garantizados por la Constitución*». Esto significa que un tratamiento médico obligatorio no puede negativamente incidir ni sobre la capacidad del derecho privado, ni sobre la capacidad del derecho público del paciente. La determinación de esta ulterior garantía no resulta casual, ni tampoco una inútil repetición. Cfr. Corte Constitucional, sentencia n. 118/1996: «*la disciplina constitucional de la salud comprende dos lados, individual y subjetivo, el primero (la salud como "fundamental derecho del individuo"), social y objetivo el segundo (la salud como "interés de la colectividad"). Algunas veces el primero puede entrar en conflicto con el segundo, según una eventualidad presente en las relaciones entre el todo y las partes*». Al individuo dinámico, por tanto, son requeridas algunas prestaciones en obediencia a aquellos deberes inderogables de solidaridad política, económica y social establecidos en el artículo 2 constitucional, y que ayudan a dar prueba evidente de una clara reconsideración de no poca importancia del concepto de persona. El interés de la colectividad, en este sentido, representa un límite externo del derecho individual, una «*barrera que circunscribe su amplitud sin condicionar su usufructo*» (Cfr. el escri-

to de Donatella Morana [5, p. 163]): La tutela del derecho del individuo identifica así la regla general; el interés colectivo, en cambio, constituye, desde el inicio, su –justificada– eventual excepción (Cfr. la perspectiva delineada por L. Carlassare [11, pp. 110 y ss.]).

⁷ Para profundizar sobre el tema de la salud, de la autonomía, de la libertad de disposición y de la problemática inherente a la autonomía terapéutica, permítase-me referir a cuanto he escrito en otra ocasión [12].

⁸ Son numerosas las normas internacionales que prevén la necesidad del consentimiento informado del paciente en el ámbito de los tratamientos médicos: ver el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada y promulgada con la ley del 27 de mayo de 1991, n. 176; el artículo 5 de la Convención sobre los derechos del hombre y sobre la biomedicina, firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificada por Italia con la ley del 28 de marzo de 2001, n. 145; el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁹ La definición está tomada de S. Spinsanti [13].

¹⁰ Sobre el tema del consentimiento informado, véase, si se quiere, *ex pluribus (en la mayoría de los casos)* un reciente escrito mío y la bibliografía ahí referida [14].

¹¹ Una conducta semejante sería perjudicial “*de la esfera personal del sujeto y de la libertad moral del mismo*”. Cfr. F. Bricola, G. Zagreblesky, *Jurisprudencia sistemática de derecho penal* [15, p. 424].

¹² Cfr. Tribunal de Milán, V sección civil, sentencia n. 3520/2005: «*El consentimiento debe ser fruto de una relación real y no sólo aparente entre médico y paciente, en la cual el médico está obligado a recabar una adhesión efectiva y participada, no sólo en papel, para la intervención. Ese no es por tanto un acto puramente formal o burocrático, sino que es la condición imprescindible para transformar un acto normalmente ilícito, la violación de la integridad psico-física, en un acto lícito, fuente precisamente de responsabilidad*».

¹³ El consentimiento (oportunamente informado) garantiza «*la libre y consciente elección por parte del paciente y, por tanto, su misma libertad personal, conforme al art. 32, segunda sección, de la Constitución*». Cfr. Corte Constitucional, sentencia n. 438/2008.

¹⁴ Así se expresa, de nuevo, el Tribunal de Milán en la mencionada sentencia n. 3520/2005. Es el código de Nuremberg de 1949 el primero en definir como esencial el “consentimiento voluntario” del sujeto humano. Sin embargo, tal fórmula jurídica completa ha tenido origen en los Estados Unidos, donde el debate, desarrollándose primero limitadamente según la necesidad del consentimiento del paciente en la fase antecedente a aquella estrechamente quirúrgica, ha llegado luego a considerar la información como característica fundamental para su configuración (el así llamado *informed consent* (*consentimiento informado*) del siglo xx). Los precedentes históricos citados por las Cortes Americanas que han marcado el nacimiento del consentimiento como acto fundamental y han seguido su evolu-

ción hasta convertirlo en informado, son el caso *Slater* (1767), el caso *Carpenter* (1871), el caso *Mohr* (1905), el caso *Schloendorff* (1914) y el caso *Salgo* (1957). Por último, el caso *Cooper* (1971), que pone en evidencia cómo el principal objetivo del consentimiento informado es, al final, el de poner en conocimiento del paciente todos los aspectos concretos de la terapia, con base en los cuales él puede luego elegir conscientemente qué cosa hacer/no hacer. En Italia el consentimiento informado ha tenido el pleno reconocimiento solamente en épocas recientes, no obstante que aún le falta una disciplina orgánica unitaria. El legislador se ha ocupado muchas veces del consentimiento informado en el sector salud, sobre todo con la ley 107/1990 en materia de transfusiones (luego abrogada por la ley 219/2005), con la ley 135/1990 (programa de intervenciones urgentes para la prevención y la lucha contra el SIDA) y el decreto de ley 23/1998 en tema de experimentación clínica. Se señala, sin embargo, la ley 40/2004 en tema de procreación médicamente asistida, que dedica al consentimiento informado una disposición específica (el artículo 6), y el proyecto de ley 211/2003, relativo a la aplicación de la buena práctica clínica en la ejecución de las experimentaciones de medicamentos para uso clínico. El cuadro de la disciplina es completado por la normativa deontológica que confirma la sensible exigencia de adecuar las reglas éticas a la intervenida metamorfosis de la relación médico-paciente. El código deontológico en su constitución normativa tiene en cuenta la sensibilidad social y su correspondiente mayor conciencia que el ciudadano ya posee, y acomoda las mencionadas exigencias a las nuevas metas tomadas del progreso de las ciencias biomédicas y farmacológicas y los problemas éticos colateralmente suscitados y profundizados por los comités de bioética. Cfr. también, Corte Constitucional, sentencia n. 253/2009.

¹⁵ La definición está extrapolada por la Casación Civil, sección III, sentencia n. 16543/2011, la cual establece que: «*el derecho al consentimiento informado, en cuanto derecho no reconsiderable de la persona, ha de ser siempre y de cualquier modo respetado por el médico, a menos que se presenten casos de urgencia, descubiertos como consecuencia de una intervención concordada y programada y para la cual haya sido requerido y se haya obtenido el consentimiento; casos que pongan en gravísimo peligro la vida de la persona, que es un bien que recibe y que se relaciona con la tutela primaria en la escala de los valores legales, como fundamento del orden jurídico y de la vida civil; o se trate de un tratamiento médico obligatorio*».

¹⁶ Sobre el tema, *ex pluribus* (en la mayoría de los casos), se reenvía a los trabajos de G. Cocco [16, p. 485], M. Graziadei [17], G. Marini [18], L. Nivarra [19], P. Zatti [20], C. Casonato [21, 22].

¹⁷ Cfr. el trabajo de F. Mantovani [23].

¹⁸ También en su monografía, F. Mantovani [24].

¹⁹ «*El consentimiento informado quiere poner en el centro de la atención del médico, no sólo, o no solamente, la enfermedad, sino la persona necesitada de tratamiento; en modo que al deber de información del médico corresponde hoy la figu-*

ra del enfermo participe, que puede considerar la información como su derecho irrenunciable y no ya como una gentil concesión». Cfr. F. Giunta [25].

²⁰ Cfr. sobre este argumento cuanto ha sido expuesto por el Comité Nacional para la Bioética [26, p. 39]: *«la fase así llamada del paternalismo ha durado miles de años durante los cuales la unión entre médico y paciente ha sido esencialmente diádica y pocos extraños, excepto los familiares, podían penetrar en este personal, mágico reino del tratamiento. Era un modelo de medicina basado, más de cuanto lo es hoy, sobre la confianza en la capacidad técnica del médico y sobre su estructura moral, sostenida en la atribución de poderes mágicos del tratante, y estaba caracterizada por la dependencia del paciente y por el control ejercido por el médico».*

²¹ Cfr. C. Parodi, V. Nizza [27, p. 417].

²² Cfr. cuanto es referido por Paola Helzel [28, p. 615]

²³ R. Podromo [29, p. 89].

²⁴ *«Eligiré el régimen para el bien de los enfermos según mis fuerzas y mi juicio, y me abstendré de provocar daño o perjuicio»* (Así se lee en el clásico juramento hipocrático).

²⁵ Cfr. P. Helzel [28, p. 615].

²⁶ Todo esto, escribe C. Coratella [30, p. 4], es el resultado de la *«difundida elevación del nivel de instrucción general de la colectividad, y del renovado clima cultural que ha caracterizado los años ochenta y ha determinado, por un lado, una cada vez mayor capacidad de comprensión de las indicaciones terapéuticas aportadas por el médico; y por otro lado, la toma de conciencia por parte del ciudadano de sus propios derechos».*

²⁷ Cfr. la voz *Vida (derecho a la)* de G. Gemma [31].

²⁸ Cfr. la monografía de P. Borsellino [32].

²⁹ Cfr. de nuevo, las palabras de P. Helzel [28, p. 617].

³⁰ Cfr. la tesis de F. Viganò [33, pp. 524-525].

³¹ Son excepción los casos en los cuales no es posible hacer referencia a la voluntad del enfermo, porque es naturalmente incapaz o porque ha renunciado a ser autónomo centro de decisiones.

³² Sobre este tema, en general, se reenvía a los escritos de I. Andorlini y A. Marcone [34, pp. 145 y ss.], además que a los de D. Gourevitch [35], P. Mazzarello [36, pp. 3 y ss.], G. Montanari Vergallo [37] y M. Trabucchi [38].

³³ Cfr. las páginas de F. D'Agostino y L. Palazzani [39, p. 15].

³⁴ La información *contribuye* a hacer válido el consentimiento porque es necesaria pero no bastante por sí sola. Además de tal requisito, se reconocen como fundamentales otras características que el consentimiento debe poseer para ser considerado evidentemente válido. Debe ser libre, personal, manifiesto, actual, recibido (para profundizar en las mencionadas especificaciones, cfr. Iadecola [40], E. Iannelli [41, pp. 39-49]). En cuanto a la forma, ninguna prescripción específica considera que el consentimiento debe ser necesariamente escrito. Únicamente el artículo 30 del código de deontología hace referencia a una eventual documentación sólo en el caso en que la intervención sea particularmente difícil. El consenti-

miento debe ser real y efectivo, y no sólo *presunto*; actual (no anticipado), debe por tanto persistir en el momento del inicio de la intervención, y es siempre revocable. La jurisprudencia prevaleciente niega, de hecho, que asuma relieve el así llamado consentimiento presunto, o bien el ausente pero que se considera que habría sido otorgado si el paciente hubiese podido hacerlo (cfr. Casación Civil, III sección, sentencia n. 290984/2012; *contra*, Casación Civil sección IV sentencia n. 5976/2003, en la cual se afirma «*por lo que se refiere, en fin, al consentimiento del paciente [...] el consentimiento debe ser real, informado, pacífico o, si se dan las condiciones, presunto... en la hipótesis de imposibilidad material de manifestación del consentimiento y de urgente necesidad terapéutica*»).

³⁵ Cfr. Casación Civil, sección III, sentencia n. 15698/2010.

³⁶ La información debe ser particularizada y específica, con el fin de implicar «*el pleno conocimiento de la naturaleza de la intervención médica y/o quirúrgica, de su alcance y extensión, de sus riesgos, de los resultados esperados y de las posibles consecuencias negativas*» (cfr. Casación Civil, sección III, sentencia n. 7027/2001). Se ha hablado de “consentimiento informado” (o mejor de “*informed consent*”) al final de los años 50, cuando la Suprema Corte de California lo ha afirmado como principio en el caso Salgo *contra* Leland Stafford de 1957. En la sentencia, la Corte ha afirmado el deber del médico de comunicar al paciente todo hecho que sea necesario para formar la base de un consentimiento consciente al tratamiento propuesto: por primera vez, la investigación sobre la licitud de la intervención médica no está limitada a la subsistencia o no de un consentimiento explícito, sino que concentra la atención en la presencia de un consentimiento previamente informado. En Europa dicho acercamiento a la cuestión ha sido desarrollado solamente algunos años más tarde. En los “Principios de ética médica europea”, la carta firmada por 12 países de la Comunidad Europea en la conferencia de los órdenes profesionales de los médicos de 1987 (véase también la versión de 1982), en la cual se inspiran sustancialmente todos los actuales códigos de deontología, se hace énfasis en la necesidad de proveer al paciente de una adecuada información sobre los efectos y las previsibles consecuencias de la terapia antes de recabar su consentimiento.

³⁷ Cfr. Casación Civil, Sección III, sentencia n. 18334/2013, según la cual el médico tiene la obligación de aportar toda la información posible al paciente en orden a los cuidados médicos o la intervención quirúrgica a efectuar, tan es así que somete al paciente, para que suscriba un módulo no genérico, del cual sea posible deducir con certeza la obtención en modo exhaustivo por parte del paciente de dicha información: de ello se deriva que el médico cirujano falta a la obligación a su cargo cuando no aporte al paciente, en modo completo y exhaustivo, toda la información científicamente posible sobre la intervención quirúrgica que intenta realizar y sobre todo el balance riesgos/beneficios de la intervención.

³⁸ Cfr. sobre este punto, A. Vallini [42]. El paso del principio del consentimiento al del consentimiento informado es fundamental también desde el punto de vista cultural, desde el momento que señala la adquisición de la conciencia de la centralidad del paciente en el camino del tratamiento. En Italia un pleno reconoci-

miento jurídico de la necesidad de una adecuada previa información como requisito de validez del consentimiento, se ha tenido sólo a partir de los años 90, gracias a la importante acción de la jurisprudencia en este sentido y a la aparición de previsiones normativas específicas como las de la ley 107 de 1990, en materia de actividades transfusionales, o del proyecto de ley 230 de 1995, en materia de radiaciones ionizantes.

³⁹ Se pone en evidencia que la Casación Civil, Sección III, sentencia n. 364/1997, había fijado criterios de alcance general afirmando que: *«la validez del consentimiento está condicionada por la información, por parte del profesional a cual es requerida, sobre los beneficios, sobre las modalidades en general, sobre la decisión entre las diversas modalidades operativas y sobre los riesgos específicos previsibles (aún tan reducidos que puedan incidir gravemente sobre las condiciones físicas o sobre el bien de la vida) de la intervención terapéutica –información que debe ser efectiva y correcta– y, en el caso de que sea el mismo paciente el que solicite una intervención quirúrgica, por su naturaleza, compleja y realizada en equipo, la presunción de un consentimiento implícito a todas las intervenciones preparatorias y sucesivas, unidas a la intervención misma, no exime al personal médico responsable del deber de informarlo también respecto de estas fases operativas (en el caso concreto en relación con los diversos métodos anestesiológicos utilizables, con sus modalidades de ejecución y a su grado de riesgo), de modo que la decisión técnica del médico suceda luego de una adecuada información y con el consentimiento específico del interesado»*. En la motivación de la sentencia, la Suprema Corte se había detenido sobre el contenido de la obligación de información, cuya finalidad es la de permitir al enfermo una decisión consciente a través de un balance entre riesgos y beneficios del tratamiento y no ciertamente de aportar una explicación científica detallada de la prestación: *«en el ámbito de las intervenciones quirúrgicas, en particular, el deber de información incluye el alcance de la intervención, las inevitables dificultades, los efectos esperados y los riesgos eventuales, con el fin de poner al paciente en condiciones de decidir sobre la pertinencia de proceder con la intervención o de omitirla, a través del balance de ventajas y riesgos. La obligación se extiende a los riesgos previsibles, no así a los resultados anormales, en el límite de lo fortuito, que no asumen relieve según el id quod plerumque accidit (lo que en su mayor parte ha pasado), no pudiéndose desconocer que el médico debe equilibrar la exigencia de información con la necesidad de evitar que el paciente, por cualquier remotísima eventualidad, omita someterse también a una banal intervención. Asume relevancia, a este propósito, la importancia de los intereses y de los bienes en juego, no pudiéndose permitir, sin embargo, por un mero cálculo estadístico, que el paciente no esté al corriente de los riesgos, aun si son reducidos, que incidan gravemente sobre su condición física o, incluso, sobre el bien supremo de la vida. La obligación de información se extiende, además, a los riesgos específicos respecto a determinadas decisiones alternativas, de modo que el paciente, con el auxilio técnico-científico del médico, pueda inclinarse por una u otra de las decisiones posibles, a través de una consciente valoración de los riesgos correspondientes y de*

las respectivas ventajas. Desde otro punto de vista es conocido que intervenciones relativamente complejas, especialmente en el trabajo en equipo, actualmente normales en las intervenciones quirúrgicas, presentan, en sus diversas fases, riesgos específicos y claros. Para que tales fases asuman una propia autonomía de gestión y den lugar, ellas mismas, a decisiones operativas diversificadas, si bien cada una de las cuales presente riesgos diversos; la obligación de información se extiende también a cada una de las fases y a sus riesgos respectivos así como a los riesgos previsibles, y no así a los resultados anormales, en el límite de lo fortuito [...], no pudiéndose desconocer que el médico debe equilibrar la exigencia de información con la necesidad de evitar que el paciente, por una remotísima eventualidad, evite someterse también a una intervención banal.» También el código de deontología médica se acerca a la problemática de la información, estableciendo en el artículo 33 el deber del médico de aportar al paciente la más idónea información, esencial y exhaustiva, que debe ser correspondiente al nivel de la cultura, de la emotividad y de las capacidades intelectuales del paciente, exenta de toda superflua especificación respecto a los datos científicos implicados: la información debe abarcar el diagnóstico, el pronóstico, las perspectivas terapéuticas y las verosímiles consecuencias de la terapia y de la no terapia. La eventual voluntad de la persona asistida de no ser informada debe ser documentada, en garantía del deber del médico de respetar también tal deseo del paciente sin incurrir en responsabilidad alguna.

⁴⁰ Cfr. Casación Civil, Sección III, sentencia n. 2847/2010.

⁴¹ Cfr. Casación Civil, Sección III, sentencia n. 27751/2013

⁴² Entre otras, cfr. Casación Civil, Sección III, sentencia n. 4540/2016. La gestión del riesgo, entendida tanto como conjunto de las modalidades de reducción de la probabilidad de verificación de errores clínicos, como de las modalidades necesarias para su gestión en el desafortunado caso en que aparezcan, debe volverse completamente parte integrante del proceso de mejoramiento organizativo de la salud, así como está prescrito también por el Código de Deontología Médica de 2014 (art. 14), por lo cual el médico "... con el fin de garantizar las más idóneas condiciones de seguridad del paciente..." está llamado a contribuir a la gestión del riesgo clínico poniendo "...atención al proceso de información y de consecución del consentimiento, así como a la comunicación de un evento indeseado y de sus causas..." y contribuyendo en fin a la "...revelación, la señalización y la valoración de eventos centinela, errores, casi-errores y eventos adversos..."

⁴³ Cfr. Casación Civil, Sección III, sentencia n. 19220/2013, según la cual en una relación personal con el paciente que está a punto de procedimientos diagnóstico-terapéuticos, éste tiene derecho a recibir la información sobre los beneficios y riesgos o alternativas del procedimiento propuesto, con un lenguaje que debe tener en cuenta el grado cultural de la persona asistida (lenguaje claro que contemple el particular estado subjetivo y el grado de conocimientos específicos). No influye en el hecho ilícito de la violación del consentimiento informado el que el tratamiento haya sido realizado correctamente o no. En tal perspectiva, lo que se pone de relieve es que el paciente, a causa del déficit de información no ha sido

puesto en condición de acceder al tratamiento de salud con una voluntad consciente de sus implicaciones, realizándose, en él, una lesión de su dignidad que marca la existencia en los momentos cruciales del sufrimiento físico y psíquico. Cfr. también Casación Civil, Sección III, sentencia n. 16543/2011 y Casación Civil, Sección II 20984/2012. En estos términos ya se expresaba la Casación Civil, Sección III, sentencia n. 5444/2006: *«la integridad o no del tratamiento no asume ningún relieve respecto de la subsistencia del ilícito por violación de consentimiento informado, la cual subsiste por la simple razón de que el paciente, a causa del déficit de información, no ha sido puesto en condición de asentir al tratamiento de salud con una voluntad consciente de sus implicaciones»*.

⁴⁴ Cfr. Casación Civil, Sección III, sentencia n. 2847/2010, en la cual la Suprema Corte ha distinguido el perjuicio a la salud, dependiente del tratamiento de salud (culposo o no culposo) y la violación del derecho del paciente a ser informado en relación con el tratamiento propuesto. Para comentarios iniciales consultar a A. Riccio [43] y M. Gorgoni [44].

⁴⁵ Es necesario que quien se considere dañado en su propio derecho a autodeterminarse, demuestre las circunstancias relevantes que justifican el resarcimiento del daño según los artículos 1223 y 2059 del código civil, en cuanto que *«es siempre necesaria como prueba de la entidad del daño, o sea la demostración de que la lesión ha producido una pérdida de tipo análogo a la indicada por el art. 1223 del código civil, constituida por la disminución o privación de un valor personal (no patrimonial) respecto a la cual el resarcimiento debe ser medido»* (Cfr. Tribunal de Milán, Sección V civil, 29 de marzo de 2005, n. 3520). El tema de la prueba del daño no patrimonial y de las dificultades que implica no han escapado a la atención de los jueces que han perfeccionado la distinción entre daño ínsito en la violación (daño en *re ipsa* (la cosa misma)) y prueba del daño en *re ipsa* (la cosa misma): ellos, entonces, han buscado no hacer coincidir el daño con la violación del interés, sino exonerar como quiera al dañado, del peso de demostrar la existencia del perjuicio (cfr. Casación Civil, SS. UU., sentencia n. 1338/2004).

⁴⁶ Véase, para profundizar, cuanto se ha escrito en el ensayo publicado en la revista *Federalismos* [14].

⁴⁷ Esta información es constatable por el estudio realizado por Costa G, Maiale N, Pascolo Priscilla, Pezzino Serenella [45]: aquí los autores dan cuenta de una investigación cuyo objetivo ha sido constituido por una muestra total de 207 pacientes, distribuidos en tres hospitales del centro de Italia, conformado por 117 hombres (el 56.52%) y 90 mujeres (el 43.47%), todos adultos y de los cuales el 1.93% están en la franja de edad de 18-30 años (4 pacientes), el 18.84% en la franja de edad 31-45 años (39 pacientes), el 32.85% en la franja de edad 46-65 años (68 pacientes) y el 46.37% representado por mayores de 65 años (96 pacientes); recién operados (máximo de 1-2 días) y todos sometidos a intervenciones quirúrgicas electivas; es decir, efectuadas en condiciones no de urgencia (no obstante 11 pacientes sobre el total de la muestra igual al 5.31% afirman haber sido operados en procedimiento de urgencia y 3 pacientes –igual al 1.44%– incluso en procedimiento de emergencia).

⁴⁸ A partir de una investigación AGENAS ha concluido que el 11.8 por ciento del gasto de salud total es causado precisamente por la medicina defensiva (cifra variable entre los 10 y los 13 mil millones de euros). «La Medicina Defensiva es... un fruto preocupante de la creciente controversia judicial que agobia a la clase médica. De ello se deriva una turbación ulterior de la práctica profesional... La Medicina Defensiva se verifica cuando los médicos prescriben tests, tratamientos o visitas, o evitan pacientes o tratamientos de alto riesgo, principalmente... con la finalidad de reducir su propia exposición al riesgo de acusaciones de “*mala praxis*”... La Medicina Defensiva... produce daño social por el aumento indebido de los costos de la salud, ya de por sí elevados» (Fiori A., *La medicina legale defensiva. Editoriale* [46]).

⁴⁹ En esta perspectiva, la relación médico-paciente se asemeja a una ordinaria relación comercial regulada según la ley por precisas normas de integridad profesional (pericia, verdad, fidelidad a los hechos) y el paciente se vuelve un simple cliente, un consumidor común, mientras el médico, como correcta contraparte, se limita a ponerlo en las condiciones de poder elegir (sin ni siquiera preocuparse por el hecho de que él sepa efectivamente hacerlo bien); es la así llamada *medicina defensiva*, aquella que «se verifica cuando los médicos prescriben test, procedimientos diagnósticos o visitas, o bien evitando pacientes o tratamientos de alto riesgo, principalmente (aunque no exclusivamente) para reducir su exposición a un juicio de responsabilidad por mala praxis». La definición ha sido elaborada en 1994 por la OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress. Sobre el tema, es interesante la monografía de F. Liparoti [47].

⁵⁰ Siempre teniendo en cuenta cuanto ha surgido en la investigación mencionada [44], el 56% de los entrevistados ha declarado que el lenguaje utilizado, en la fase de la información, resultaba ser “muy comprensible”, mientras el 33% “medianamente comprensible”.

⁵¹ Según E. Sgreccia [48, p.1], no es «deseable recorrer una línea puramente contractualista: la imposibilidad de traducir inmediatamente la relación de salud en los términos del contrato entre el especialista y el enfermo deriva del espesor existencial de la enfermedad, de su significado ético y antropológico».

⁵² Como prueba de ello, véase cuanto sucede hoy en el caso de la telemedicina.

⁵³ Cfr. S. Spinsanti [13, p. 92].

⁵⁴ El surgimiento y el descubrimiento de una enfermedad que no se sabe diagnosticar y afrontar, escribe S. Orefice [49, p. 3] «de por sí desarma la mente [...]. La desesperación puede ya parcialmente reducirse sabiendo que existirá un doctor capaz de ayudar».

⁵⁵ Así escribe E. Sgreccia [48, p. 22].

⁵⁶ Nos preguntamos si, frente a una actitud tan evidentemente “pasiva” del médico, él mismo debe ser considerado todavía como parte activa de la relación obligatoria o bien reviste las características, ya, de un mero ejecutor material de la voluntad ajena.

⁵⁷ Cfr. la obra miscelánea curada por G. Pasinelli [50, p. 55].

⁵⁸ Todo esto incide en la consideración del cuerpo, que se transforma en un objeto a modificar y al servicio de sus propios deseos. Sobre este tema se expresan: A. Santosuosso [51], P. Veronessi [52], S. Rodotà [53], R. Romboli [54].

⁵⁹ «*La cultura contemporánea ha denunciado frecuentemente los límites del paternalismo médico en nombre de la autonomía del paciente. Responder a los posibles abusos del paternalismo médico recurriendo solamente al principio de autonomía no sirve para reequilibrar la relación médico-paciente, sino incluso parece condenarla a la conflictividad [...]*». Así escribe E. Sgreccia [48, p. 1]. Se refiere claramente, en este caso, a las operaciones de cirugía estética, entre otras, a propósito de las cuales permítase referir a cuanto se ha escrito en otra ocasión en esta revista [55].

Bibliografía

¹ MODUGNO, F. *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli; 1995.

² LASSO, A. *Centralità della questione etica e rilevanza dell'interesse non patrimoniale nella regolamentazione del mercato*. En: MARTÍNEZ SICLUNA Y SEPULVEDA, C (CURADOR). *L'etica del mercato*. Milano: CEDAM; 2011: 115-142.

³ CASTRONOVO, C. *Autodeterminazione e diritto privato*. Europa e diritto 2010; 4: 1037-1071.

⁴ FIORI, A., LA MONACA, G, ALBERTACCI, G. *In tema di trattamenti medico chirurgici effettuati per autonoma decisione del medico senza previo consenso del paziente: un passo avanti nella giurisprudenza della Cassazione penale?* Riv. It. Med. Leg. 2002; XXIV: 880-896.

⁵ MORANA, D. *La salute nella costituzione italiana, profili sistematici*. Milano: Giuffrè; 2000.

⁶ PEZZINI, B. *Il diritto alla salute: profili costituzionali*. Dir. e soc. 1983; I: 21-57.

⁷ BILANCETTI, M. *La responsabilità penale e civile del medico*. Padova: CEDAM; 2010.

⁸ BARILE, P. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Il Mulino; 1984.

⁹ CRISAFULLI, V. *In tema di trasfusioni obbligatorie*. Dir. Soc. 1982; III: 557-568.

¹⁰ BARBERA, A. *I principi costituzionali della libertà personale*. Milano: Giuffrè; 1967.

¹¹ CARLASSARE, L. *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*. En: Alessi R (curador). *L'ordinamento sanitario*. Milano: Giuffrè; 1967.

¹² POSTERARO, N. *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente tra guarigione effettiva e pericoloso sviluppo della tecnologia*. *Medicina e Morale* 2015; 3: 391-416.

¹³ SPINSANTI, S. *Chi decide in medicina*. Roma: Zadig; 2002.

¹⁴ POSTERARO, N. *Liceità del trattamento medico arbitrario: osservazioni critiche sui profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*. *Federalismi* 2015; *osservatorio di diritto sanitario*: 1-41.

- ¹⁵ BRICOLA, F, ZAGRELBESKY, V. *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. Torino: Giappichelli; 1996.
- ¹⁶ COCCO, G. Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti. *Resp. Civ. prev.* 2009; 74: 485-506.
- ¹⁷ GRAZIADEI, M. Il consenso informato e i suoi limiti. En: LENTI, L., FABRIS, E., ZATTI, P. (curador) *I diritti in medicina*. En: RODOTÀ, S., ZATTI, P. *Trattato di Biodiritto*. Milano: Giuffrè; 2010.
- ¹⁸ MARINI, G. Il consenso. En: RODOTÀ, S., TALLACCHINI, M., (curador). *Ambito e fonti del Biodiritto*. En: RODOTÀ, S., ZATTI P., (dirigido por). *Trattato di Biodiritto*. Milano: Giuffrè; 2010.
- ¹⁹ NIVARRA, L. *Autonomia (bio) giuridica e tutela della persona*. *Eur. Dir. Priv.* 2009; 35: 719-754;
- ²⁰ ZATTI, P. *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*. *Nuova giur. Civ. comm.* 2000; II: 1-36.
- ²¹ CASONATO, C. *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*. *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2009; III: 1052-1073.
- ²² CASONATO, C. *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*. *Quad. cost.* 2008; 3: 545-576.
- ²³ MANTOVANI, F. *Problemi giuridici dell'eutanasia*. *Medicina sociale* 2007; 20: 249-276.
- ²⁴ MANTOVANI, F. *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*. Padova: CEDAM; 1974.
- ²⁵ GIUNTA, F. *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*. *RIDPP* 200; 2: 377-410.
- ²⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. *Scopi, limiti e rischi della medicina*. Presidenza del Consiglio dei Ministri 2001.
- ²⁷ PARODI, C., NIZZA, V. *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*. Torino: Giappichelli; 1996.
- ²⁸ HELZEL, P. *Il rapporto medico-paziente tra principi etici e norme giuridiche*. *Le Corti Calabresi* 2007; 3: 615-637.
- ²⁹ PRODOMO, R. *Lineamenti di una bioetica liberale*, Bologna: Alberto Perdisa Editore; 2003.
- ³⁰ CORATELLA, C. *La responsabilità penale del medico*. *Diritto e Giustizia* 2006; 3: 42-77.
- ³¹ GEMMA, G. *Vita (diritto alla)*. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. xv; Torino: Giappichelli; 1999.
- ³² BORSELLINO, P. *Bioetica tra autonomia e diritto*. Milano: Giuffrè; 1999.
- ³³ VIGANÒ, F. *Stato di necessità e conflitti di doveri*. Milano: Giuffrè; 2000.
- ³⁴ ANDORLINI, I., MARCONI, A. *Medicina, medico e società nel mondo antico*. Firenze: Mondadori; 2004.
- ³⁵ GOUREVITCH, D. *Le triangle hippocratique dans le monde gréco-roman*. Roma: École Française De Rome Palais Farnèse; 1984.

- ³⁶ MAZZARELLO, P. *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, en LENTI, L., FABRIS, E., ZATTI, P. (curador). *I diritti in medicina*. En: RODOTÀ, S., ZATTI, P. (dirigido por). *Trattato di Biodiritto*. Milano: Giuffrè; 2010.
- ³⁷ MONTANARI, VERGALLO, G. *Il rapporto medico paziente. Consenso informato tra libertà e responsabilità*. Milano: Giuffrè; 2008.
- ³⁸ TRABUCCHI, M. *L'ammalato e il suo medico. Successi e limiti di una relazione*. Bologna: Il Mulino; 2009.
- ³⁹ D'AGOSTINO, F., PALAZZANI, L. *Bioetica. Nozioni fondamentali*. Brescia: La Scuola; 2007.
- ⁴⁰ IADECOLA, G. *Consenso del paziente e facoltà di curare*. En: Ammirati D, (curador). *La responsabilità del medico*. Padova: CEDAM; 2004.
- ⁴¹ IANNELLI, E. *Responsabilità del medico e consenso del paziente*. En: AMMIRATI, D, (curador). *La responsabilità penale del medico*. Padova: CEDAM; 2004.
- ⁴² VALLINI, A. *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*. Riv. it. Med. Leg. 2013; 1: 2-16.
- ⁴³ RICCIO, A. *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*. Contratto e impresa 2010; 2: 313-322.
- ⁴⁴ GORGONI, M. *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*. Resp. Civ. e prev. 2010: 1014-1027.
- ⁴⁵ COSTA, G., MAIALE, N., PASCOLO PRISCILLA, PEZZINO SERENELLA. *Il rischio di modello nel percorso d'acquisizione del consenso informato*. Mondo Saitario 2016; 3:1-11.
- ⁴⁶ FIORI, A. *Medicina legale della responsabilità medica*. Milano: Giuffrè; 1999.
- ⁴⁷ LIPAROTI, F. *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè; 2012.
- ⁴⁸ SGRECCIA, E. *Manuale di Bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*. Milano: Vita e Pensiero; 1999.
- ⁴⁹ OREFICE, S. *La sfiducia e la diffidenza*. Milano: Giuffrè; 2002.
- ⁵⁰ PASINELLI, G (curador). *Il consenso informato. Una svolta nell'etica medica*. Milano: Franco Angeli; 2004.
- ⁵¹ SANTOSUOSSO, A. *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*. Milano: Giuffrè; 2001.
- ⁵² VERONESI, P. *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*. Milano: Giuffrè; 2007.
- ⁵³ RODOTÀ, S. *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*. En: RODOTÀ, S., TALLACCHINI, M (curador). *Ambito e fonti del Biodiritto*. En: RODOTÀ, S., ZATTI, P (dirigido por). *Trattato di Biodiritto*. Milano: Giuffrè; 2010.
- ⁵⁴ ROMBOLI, R (curador). *Atti di disposizione del proprio corpo*. Pisa: Edizioni Plus; 2007.
- ⁵⁵ POSTERARO, N. *Vanità, moda e diritto alla salute: problemi di legittimazione giuridica della chirurgia estetica*. Medicina e Morale 2014; 2: 275-302.