

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS QUE DEBEN REVESTIR LA
REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PROFESIONALES DONDE
LLEVA IMPLÍCITO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO
MECANISMOS PARA EVITAR LAS DEMANDAS
DE MALA PRÁCTICA EN CONTRA
DEL ODONTÓLOGO**

ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2008

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS QUE DEBEN REVESTIR LA
REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PROFESIONALES DONDE
LLEVA IMPLÍCITO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO
MECANISMOS PARA EVITAR LAS DEMANDAS
DE MALA PRÁCTICA EN CONTRA
DEL ODONTÓLOGO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2008.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Aura Marina Chang Contreras
Vocal:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña
Secretaria:	Licda. Griselda Patricia López de Sentés

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. César Rolando Solares Salazar
Vocal:	Lic. Guillermo Díaz Rivera
Secretario:	Lic. Fernando Girón Cassiano

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

LIC. MARCO TULIO MEJIA PAREDES
Abogado y Notario
6ª. "A" 15-21 Z.1, 2do. Nivel Oficina 11
Ciudad de Guatemala
Teléfonos: 22326551

Guatemala, 16 de Abril del 2008.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Castillo Lutín:

Para el debido cumplimiento a lo ordenado por esa Unidad de Asesoría de Tesis, con fecha diez de enero del año dos mil ocho, he procedido a asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller: **ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS**, el cual fue intitulado: **"LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS QUE DEBEN REVESTIR LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PROFESIONALES DONDE LLEVA IMPLÍCITO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO MECANISMOS PARA EVITAR LAS DEMANDAS DE MALA PRÁCTICA EN CONTRA DEL ODONTÓLOGO"**.

En el transcurso de la asesoría, así como se evidencia en el trabajo de tesis, la autora manifiesto su capacidad de investigación, utilizando en la elaboración del mismo, los métodos y técnicas de investigación usuales, aceptando las sugerencias que durante la asesoría de dicha investigación realicé.

El tema desarrollado por la bachiller: **ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS**, reviste de importancia ya que en el ambiente de hoy en día el regular la institución del consentimiento informado toma mas validez como medio educativo y conlleva a una adecuada comunicación entre el odontólogo y el paciente cuando el manejo de casos lleve implícito riesgos para ambas partes; así de tal forma evitar futuras demandas por negligencia por parte del profesional de la Odontología y así reduzca los malos entendidos con los pacientes. En el caso concreto de la presente investigación, se realiza en el municipio de Guatemala del departamento de Guatemala.

Por lo expuesto **OPINO**: que el trabajo de la Bachiller: **ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS**, satisface los requisitos que señalan los Artículos 32 del Normativa para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por ende es procedente pasar a la fase de revisión, para que posteriormente ser discutidos en el Examen Público respectivo.

Reciba mis más altas muestras de aprecio y consideración, haciéndolo extensivo a los demás miembros de su institución.

Atentamente.

COLEGIADO 2,123


Marco Tulio Mejia Paredes
ABOGADO Y NOTARIO





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veintidós de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS, Intitulado: "LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS QUE DEBEN REVESTIR LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PROFESIONALES DONDE LLEVA IMPLÍCITO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO MECANISMOS PARA EVITAR LAS DEMANDAS DE MALA PRÁCTICA EN CONTRA DEL ODONTÓLOGO".

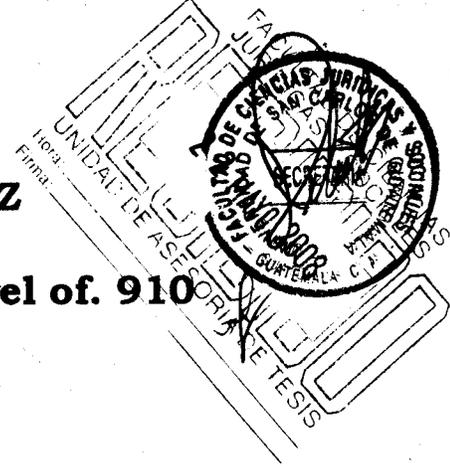
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUJÁN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

LIC. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ
Abogado y Notario
7av. 1-20 zona 4 Edificio Torre Café 9° nivel of. 910
Ciudad de Guatemala
Teléfono: 23342043



Guatemala, 2 de mayo de 2008.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

Respetuosamente me dirijo a usted para dar el debido cumplimiento a lo que ordeno la Unidad de Asesoría de Tesis con resolución de fecha veintidós de Abril del dos mil ocho en la cual se me designó como revisor del trabajo de tesis de la bachiller **ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS**, el cual fue intitulado: **“LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS QUE DEBEN REVESTIR LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PROFESIONALES DONDE LLEVA ÍMPLICITO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO MECANISMOS PARA EVITAR LAS DEMANDAS DE MALA PRÁCTICA EN CONTRA DEL ODONTÓLOGO”**.

Durante el curso de mi revisión del trabajo de tesis, se pudo evidenciar tanto en su contenido como en la disponibilidad de la autora su capacidad de investigación, síntesis y su apertura a sugerencias en pro de la calidad de la tesis. En la elaboración de la misma se utilizaron métodos y técnicas usuales que ayudaron a su adecuada realización.

El tema analizado y desarrollado por la bachiller: **ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS**, es de gran importancia para la necesaria y adecuada regulación de la institución del consentimiento informado como medio y base para la cordial y precisa relación profesional de el odontólogo y el paciente; así de esta forma se estará evitando los malos entendidos entre ambas partes y obteniéndose de tal forma la comprensión de estos como también

beneficios y riesgos al momento de someterse a un tratamiento odontológico.



Por lo anteriormente expuesto y de conformidad con el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual el trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, recomendando se continúe con el trámite de conformidad con la ley.

Me suscribo de usted deseándole éxitos y haciéndole extensivo a los miembros de su institución.

Atentamente;

CC. RIGOBERTO RODAS VASQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario
Colegiado 4083



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, veinticinco de julio del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ROSA JEANETTE SALGUERO RIOS, Titulado LOS PRESUPUESTOS JURIDICOS QUE DEBEN REVESTIR LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PROFESIONALES DONDE LLEVA IMPLÍCITO EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO MECANISMOS PARA EVITAR LAS DEMANDAS DE MALA PRÁCTICA EN CONTRA DEL ODONTÓLOGO Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

CMCM/ragm

eff.

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias por estar conmigo en todo momento, ya que sólo contigo soy capaz de vencer mis propios obstáculos y poder salir adelante, porque sólo por tu gracia e infinita bondad lo he logrado.
- A MIS PADRES:** Francisco Arístides Salguero Paredes y Berta Alicia Rios Portillo de Salguero, gracias por su apoyo y aliento en todo momento; quiero que sepan que son los mejores padres que Diosito me pudo haber regalado; los amo mucho y esta meta es para ustedes.
- A MI HERMANAS:** Johanna y Jacqueline, gracias por escucharme y estar conmigo siempre brindándome apoyo, comprensión y amor durante todo momento de mi vida. Las quiero muchísimo mis niñas.
- A MI CUÑADO:** Francisco, gracias por su apoyo incondicional.
- A MIS ABUELITOS:** Silverio Rios, Francisco Salguero, Rosa Anita Paredes (Q. E.P.D), en especial a mi abuelita linda Cristina Portillo Vda. De Rios, por su amor y sabiduría.
- A MIS TÍOS:** En especial a mis tías Noe, Vilma, Evy, Zoily y a mis tíos Carlos, Marco Tulio y Sergio; gracias por su ejemplo.
- A MI MADRINA:** Marta Elvira Rivas de Rios, por su apoyo y cariño.

A MIS PRIMOS: En especial a Ericka, Angelito, Lucia y Javiercito, los quiero mucho.

A MIS AMIGOS: Rubilia, Michelle, Lidia, Ericka, Mayling, Marleny, Carolina, Paola, Betsy y Astrid, por su valiosa amistad y apoyo brindado en todo momento de nuestra formación académica. A Karen, Isckra y Julia, gracias por enseñarme que es la amistad y por todos estos años de compartirla.

A DON JOEL Y DOÑA VIOLETA: Gracias por sus oraciones y por estar pendiente de mí, Dios los bendiga.

A MIS COMPAÑEROS: Éxitos y bendiciones en su vida profesional.

A MIS CATEDRÁTICOS: Gracias por los conocimientos transmitidos, en especial al licenciado Rafael Godínez Bolaños, coordinador de la Jornada Matutina.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Por ser la casa de estudios para mi formación.

A LA FACULTAD DE CIENCIA JURÍDICAS Y SOCIALES: En especial a la Jornada Matutina.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El Contrato	1
1.1. Antecedentes históricos	1
1.2. Los Contratos en el derecho romano	5
1.3. Definición de Contrato	10
1.4. Elementos del Contrato	13
1.4.1. Elementos de existencia del contrato.....	13
1.4.2. Elementos de validez del contrato	20

CAPÍTULO II

2. Contrato de servicios profesionales	23
2.1. Generalidades	23
2.2. Clasificación de los contratos en general	24
2.3. Definición.....	28
2.4. Características.....	32

CAPÍTULO III

3. El consentimiento informado y sus presupuestos	35
3.1. Origen de la institución del consentimiento informado	35
3.2. Definición de consentimiento informado.....	39
3.3. La información como requisito previo del consentimiento informado	45
3.4. La información terapéutica	48
3.5. El deber de información y el principio de autonomía	55

CAPÍTULO IV

4. La relación odontólogo – paciente en el contrato de asistencia médica	59
4.1. La relación humana	59
4.2. Relación jurídica entre odontólogo y paciente	60
4.3. Naturaleza jurídica de la relación entre odontólogo y paciente	61
4.4. El contrato odontólogo - paciente	65
4.5. El contrato de asistencia médica - odontológica.....	69
4.6. Elementos del contrato de asistencia médica - odontológica	69
4.7. Naturaleza del contrato de asistencia médica - odontológica.....	72
4.8. Características del contrato de asistencia médica - odontológica	73
CONCLUSIONES.....	77
RECOMENDACIONES	79
ANEXOS	81
ANEXO A: Modelo de formulario de aplicación del consentimiento informado	83
ANEXO B: Contrato de asistencia médica - odontológica	85
BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, regular la institución del consentimiento informado, toma más validez como medio instructivo para el paciente, de tal forma, coadyuva a una debida comunicación entre el Odontólogo y el paciente, así como el adecuado manejo de casos en los que lleve implícitos riesgos para ambas partes. Ya que la correcta discusión y documentación del consentimiento informado es uno de los primeros pasos en la expectación de los resultados del tratamiento y reducen los malos entendidos de los pacientes.

De lo anteriormente expuesto debe establecerse que el principio fundamental del Estado es velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes, para procurar el más completo bienestar físico, mental, social, el cual se puede llevar a cabo con la correcta información y aceptación por parte del paciente al momento de someterse a un tratamiento de carácter odontológico.

La hipótesis desarrollada en esta tesis trata a cerca de los presupuestos jurídicos que revisten a los contratos profesionales donde lleva implícito el consentimiento informado, que como bien establece y fueron desarrollados los principios de la autonomía de la voluntad del individuo, el de beneficencia y el de justicia; todo en pro de que los enfermos sepan defender sus derechos y asumiendo con responsabilidad personal para que el tratamiento al que se someta sea encaminado al éxito.

En el transcurso de la presente investigación se han alcanzado los objetivos originalmente trazados en cuanto a: establece la necesidad de regular los presupuestos jurídicos que revisten a los contratos profesionales de consentimiento informado para su conocimiento, estudio, desarrollo, aplicación para coadyuvar a la certeza jurídica de las relaciones entre los Odontólogos y pacientes así de tal forma se puedan evitar demandas por mala práctica medica a los profesionales de la Odontología. Definir que es el consentimiento informado. Establecer las características

y elementos que revisten el consentimiento informado. Señalar las ventajas de su regulación legal para ser aplicado en el campo de la odontología. Especificar la responsabilidad en la que incurría el Odontólogo por su inaplicación. Por último, enunciar los beneficios que representaría para el paciente la regulación de dicha institución.

En la elaboración de este trabajo se utilizaron los métodos analítico y sintético para estudiar el contrato en específico; es decir el contrato de asistencia médica en cual lleva a desarrollar a su cabalidad la institución del consentimiento informado y el método deductivo y la técnica bibliográfica.

La investigación se divide en cuatro capítulos: en primero trata el contrato, sus antecedentes históricos, definición, elementos de existencia y validez, así como el ordenamiento legal aplicable en Guatemala; en el segundo, se analiza lo concerniente a los contratos de servicios profesionales, clasificación, definición, características y regulación aplicable; en el tercero se desarrolla el consentimiento informado y sus presupuestos, origen, definición, requisitos previos, información terapéutica y el deber de información aparejado con el principio de autonomía de la voluntad. El cuarto capítulo contiene lo relativo a la relación Odontólogo paciente en el contrato de asistencia médica, relación humana, relación entre ambas partes, naturaleza jurídica, el contrato odontológico paciente, el contrato de asistencia médica odontológica, la naturaleza jurídica de dicho contrato y sus características.

Por último, se presentan las conclusiones, recomendaciones y anexos, donde se presenta un modelo de formulario de aplicación del consentimiento informado y un modelo de contrato de asistencia médica odontológica donde se puede apreciar a cabalidad.

CAPÍTULO I

1. El contrato

1.1 Antecedentes históricos

Roma logró, a través de muchos siglos de ejercicio, un alto grado de perfección en la teoría de las obligaciones, esto hizo que otros pueblos aplicaran estas mismas reglas en sus relaciones comerciales entre dos personas o entre un individuo y un grupo de personas. Estas ideas todavía están siendo utilizadas en las legislaciones modernas después de más de veinte siglos de haber sido creadas.

Las *institutas* de Justiniano definían a la obligación, como: “un lazo de derecho que nos sujeta a la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad”.

Hoy como ayer se entiende que la obligación es un lazo que une entre sí a las personas entre quienes ha sido creada, siendo este un lazo puramente jurídico. Ya en la antigua Roma se distinguían los actos en que hoy en día comprende una obligación: *dare* (dar), *prestare* (prestar) y *facere* (hacer o también abstenerse de hacer algo).

“El derecho natural reconocía que si el objeto de la convención era lícito, entonces el que se comprometía libremente estaba obligado a cumplir, sin embargo el derecho romano no admitió nunca este concepto de manera absoluta y el simple acuerdo de voluntades entre las personas no daba carácter de obligatoriedad a la convención.”¹

De ahí, de las convenciones que crean derechos, es que en Roma nacieron y se desarrollaron los contratos con sus diferentes divisiones y efectos.

¹Petit, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Pág. 18

Los derechos patrimoniales en su origen histórico se dividen en derechos reales y derechos personales ó derechos de crédito, posteriormente en las constituciones más democráticas han venido siendo agregados los derechos intelectuales. Esta clasificación clásica, llamada por Gayo *Suma Divisio*, hace una división de los derechos subjetivos en reales y personales o de crédito.

Los derechos reales nacen de la relación del hombre con una cosa; como la propiedad. Los derechos personales o de crédito nacen de la relación entre dos o más personas; una el acreedor y la otra un deudor. De la relación entre estos es que nacen los derechos de crédito u obligaciones entre estas personas, una puede exigir de la otra, el deudor; un hecho determinado, apreciable en dinero. Esta relación puede ser considerada desde dos puntos de vista diferentes, del lado del acreedor es un derecho de crédito que cuenta en el activo de su patrimonio. Del lado del deudor es una obligación, una deuda que figura en su pasivo.

Los jurisconsultos romanos usaron el término *obligatio*. Obligación en su sentido lato sirve para designar el crédito, lo mismo que la deuda. Roma llevó la teoría de las obligaciones a un alto grado de perfección, haciendo que otras naciones aplicaran estos mismos métodos en sus relaciones comerciales, aun hoy en día los contratos romanos son usados casi sin cambios en todo el mundo en las relaciones comerciales entre individuos, las personas morales y aún en los tratados entre las naciones.

Según las ya mencionadas *institutas* de Justiniano, “la obligación es un lazo de derecho que nos sujeta a la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad”².

Las obligaciones, en el derecho romano, estaban divididas según la autoridad que las sancionaba y según sus fuentes. Las obligaciones sancionadas eran clasificadas generalmente en obligaciones civiles, que se oponían a las obligaciones naturales, las

² Ob. Cit. Pág. 22

que estaban desprovistas de sanción alguna, y las obligaciones honorarias o pretorianas.

El contrato era entre los romanos toda convención destinada a producir obligación, aunque el derecho natural reconocía que “si el objeto de la convención era lícito, aquel que se había comprometido libremente, estaba obligado, porque toda convención lícita era legalmente obligatoria, pero el derecho romano jamás admitió ese principio de forma absoluta y aun en la época de Justiniano, por los días finales del imperio, el simple pacto, no bastaba para crear la obligación civil.”³

El derecho civil solo reconocía la obligatoriedad si esta estaba acompañada de ciertas formalidades, que dieran fuerza y certidumbre al consentimiento de las partes, con el fin de evitar disputas y encerrar los límites precisos de las voluntades.

Estas formalidades consistían en “palabras solemnes, menciones escritas y la remisión de una cosa hecha por una de las partes a la otra. Aunque con el paso de los años, con el ensanchamiento del imperio el cual añadía más y más territorios, ensanchando a su vez sus posibilidades comerciales, muchas de estas reglas fueron siendo derogadas en beneficio de los negocios practicados entre los ciudadanos y entre estos y los peregrinos los que lograron así negociar más fácilmente entre ellos.”⁴

Las dos formas más antiguas de obligación de los romanos fueron el *Nexum* y la *Sponsio*, las demás, como la venta y el cambio se hicieron desde un principio al contado. El depósito y el mandato quedaron fuera de la esfera del derecho y fueron posteriormente sancionadas por la costumbre.

El *nexum* “se realizaba mediante el cobre y la balanza (*per cu libram*), pues los romanos de ese tiempo no conocían del acuñamiento de las monedas. Este sistema funcionaba pesando la cantidad del metal en una balanza sostenida por un Libripens

³ **Ob. Cit.** Pág. 47

⁴ **Ibid.** Pág. 47.

quien quizás era alguna autoridad religiosa, en presencia de cinco testigos, ciudadanos púberes romanos. Luego de la aparición de la moneda de plata, se hizo innecesario este sistema, pues la moneda llevaba intrínsecamente su valor impreso. El sistema del cobre y la balanza solo fue usado luego en forma simbólica, unida a esta solemnidad iba unida una declaración del deudor, o *nuncupatio*, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio*, que era el equivalente a una verdadera condena y que utilizaba al *manus infectio* contra el deudor que no pagaba, la *damnatio* era en otras palabras la entrega del propio cuerpo del deudor estaba comprometido como garantía de pago de la deuda que contraía. Esta condena podía empujar al deudor hacia la esclavitud, y podía ser víctima también de grandes abusos por parte del deudor, como ser encadenado, abusado físicamente o ser sometido a trabajos forzados.

El *nexum* solo se libraba mediante un pago especial, acompañado de la solemnidad *aes et libra* así como también de una *nuncupatio*. Después de muchos años de lucha entre los patricios y los plebeyos, y luego de los excesos cometidos por los acreedores contra los deudores, estos abusos provocaron una medida legislativa.

En el año 428 de Roma, la Ley “Paetelia Papiria” intervino a favor de los *nexis*, declarando libres a los ciudadanos esclavizados por deudas. Esta ley prohibió el encadenamiento de aquellos declarados *nexis*, prohibiendo el que pudiera comprometer su propia persona (*habeas*) en provecho del acreedor, solo pudiendo comprometer sus bienes.”⁵ De esta forma cayo en desuso la *nexis*.

La más antigua de las operaciones contractuales conocidas es la venta. Mientras no fue conocida la moneda, el cambio era practicado al contado. Luego del descubrimiento del acuñamiento de las monedas, la venta sustituye al cambio. La estipulación les facilito a las partes el medio de hacer la venta de un modo distinto que al contado. Las obligaciones de las partes se resumían en que existía entre ellos una doble transacción, donde uno se comprometía a entregar una cosa a cambio de que la otra parte pagara un precio en dinero.

⁵ Ob. Cit. Pág. 60

“El Derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*) que creaba un vínculo (*iurisvinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la *causa civilis*. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple *convenio* o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y que se erige absoluta en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

En el plano filosófico, el iusnaturalismo racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad (Hobbes, Rousseau), al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un *pactum unionis* o como un *pactum subiectionis*). La época subsiguiente usó y abusó del concepto de contrato, tanto para justificar y garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Y, aunque ya Kant llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como realidad palpable, usando su concepto para explicar y justificar cualquier situación.”⁶

1.2. Los contratos en el derecho romano

Las acciones (*Actio*) eran elementos esenciales de los contratos romanos. Las acciones relativas a los contratos son *Actiones in personam* en las cuales el demandante basa su pretensión en una obligación contractual.

“Las acciones que se producen pueden ser directas y contrarias de las que se incluyen algunos ejemplos:

⁶ Espasa Calpe, S.A. **Diccionario jurídico Espasa lex**. Versión electrónica.

Actio directa: Son aquellas que tiene el acreedor frente al deudor desde el momento mismo de la celebración del contrato como:

- *Actio certi*: Persigue un objeto específico, suma de dinero o cosa.
- *Actio ex stipulatio*: Acción que tiene el acreedor cuando el objeto no era ni dinero, ni bienes genéricos sino que implicaba un hacer del deudor.
- *Actio locati*: Acción que tiene el arrendador contra el arrendatario.
- *Actio commodati directa*: Para lograr la restitución de la cosa dada en comodato.
- *Actio depositi directa*: Para exigir al depositario la entrega de la cosa depositada.
- *Actio mandati directa*: Para exigir al mandatario cuentas del mandato.
- *Actio pignoratitia directa*: Para que el dueño recupere la cosa dada en prenda.
- *Actio negotiorum gestorum directa*: Para exigir las cuentas al gestor de un negocio.

Actio contraria. Son aquellas por las cuales se pide siempre indemnización, o sea, nacen después de haberse realizado el contrato.

- *Actio fiduciae*: Para la devolución de la propiedad transmitida.
- *Actio redhibitoria*: Para rescindir el contrato por encontrarse vicios ocultos en la cosa vendida.

- *Actio quanti minoris*: El comprador exige una reducción en el precio de la cosa por no corresponder al precio real. También se llama *estimatoria*.
- *Actio conducti*: Para hacer cumplir las obligaciones al arrendador.
- *Actio auctoritatis*: Sirve para responsabilizar al vendedor en caso de pérdida de la cosa.
- *Actio commodati contraria*: Para lograr el resarcimiento de los posibles daños o gastos causados por la cosa dada en comodato le hubiere causado al comodatario.
- *Actio depositi contraria*: Para que el depositante pague los gastos del depósito.
- *Actio mandati contraria*: Para exigir al mandante cuentas el pago de los gastos realizados durante el mandato.
- *Actio pignoratitia contraria*: Para que el acreedor prendario exija recuperar los daños y gastos causados por la cosa.
- *Actio Serviana*. Permite al pignorante quedarse en posesión de los invecata et illata que iban a servir de garantía.
- *Actio quasi serviana*. Extensión de la *Actio Serviana* a otros objetos dados en prenda. Esta acción se llamó *hypotecaria*.
- *Actio negotiorum gestorum contraria*: Para que el gestor recupere los gastos hechos con motivo de la gestión.

- *Actio depensi*. Para que el fiador cobre al deudor principal lo que no se le hubiera reembolsado.
- *Actio poenae persecutoria*: Tiene por objeto la reparación del daño.
- *Actio rei persecutoria*: Tiene por objeto recuperar la cosa.
- *Actio praescriptis verbis*. Se adoptaba a situaciones en las que el actor había cumplido con sus obligaciones y el demandado no había cumplido con las suyas para obligarlo a cumplir. Se le llamó también *actio civilis incerti* o *civilis in factum*. Típico de los contratos innominados.
- *Actio doli*. Acción penal que se ejercita contra quien comete dolo.”⁷

Algunos contratos que surgieron del derecho romano son:

- *“Aestimatum*. Contrato en virtud del cual una parte recibe objetos tasados con la obligación de venderlos o devolverlos después de cierto tiempo.
- *Chirographum*. Forma de obligarse de los peregrinos, en virtud de la cual el deudor entregaba al acreedor un recibo.
- *Syngraphae*. Forma literal de obligarse los peregrinos, consistente en dos copias, una en poder del acreedor y la otra en poder del deudor.
- *Conventio in manum*: *Contrato verbis en virtud* del cual la mujer al contraer nupcias entra a la familia del marido, ocupando jurídicamente el lugar de una hija.

⁷ Wikipedia, la enciclopedia libre. **Contrato**. Página web: www.wikipedia.com (18 de marzo de 2008)

- *Depositum*: Depósito. Contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa que el depositario ha de devolver cuando el depositante la requiera.
- *Depositum irregulare*: Depósito de dinero o bienes fungibles.
- *Dictio dotis*. *Contrato verbis* en el que el padre, un tercero o la mujer se comprometen a constituir una dote.
- *Lusiurandum liberti*: *Contrato verbis* en virtud del cual el esclavo se compromete a prestar ciertos servicios al patrón. También llamado *promissio iurata liberti*.
- *Locatio conductio*: Arrendamiento. Una de las partes (*locator*) se obliga a procurara la otra (*conductor*) el uso y el disfrute temporal de una cosa o la prestación de determinado servicio (*locatio conductio operarum*) o la ejecución de una obra (*locatio conductio operis*), a cambio de una cantidad de dinero llamado *merces*.
- *Mandatum*: Mandato. Contrato en virtud del cual una persona (*mandante*) encarga a otra (*mandatario*) la realización gratuita de determinado acto, por cuenta o interés de aquella o tercero.
- *Pignus*: Prenda. Contrato en el que el deudor o un tercero entregan la prestación de una cosa al acreedor prendario como garantía de una deuda preexistente.
- *Precarium*: Contrato innominado por el cual una de las partes concede el préstamo de una cosa a la otra parte, quien se lo ha solicitado especialmente (*preces*) la que esta obligada a devolverlo a la primera solicitud.
- *Societas*: Sociedad. Contrato entre dos o más personas, con el fin de participar en ganancias y pérdidas.

- *Stipulatio*: Estipulación contrato verbal, solemne, unilateral que consiste en una pregunta seguida de una respuesta congruente.
- *Transactio*: Contrato innominado que consiste en un convenio extrajudicial en virtud del cual las partes se hacen concesiones para evitar los resultados del juicio posterior.”⁸

1.3. Definición de contrato

A grandes rasgos, se puede definir el contrato como un “negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial.”⁹

Un contrato, en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes. Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las convenciones). También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

⁸ **Ibid.**

⁹ Espasa Calpe, S.A.. **Ob. Cit.**

Al efecto, el Diccionario Jurídico Espasa Lex, citando a varios autores, señala que “pueden considerarse como criterios o principios en que se mueve la contratación los siguientes:

a) Libertad de conclusión: Cada persona puede o no celebrar un contrato. Hecha abstracción de los imperativos de vida y también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en la oferta de medios para satisfacer necesidades, quien contrata lo hace porque así lo estima. Pero se produce una intervención de la colectividad por medio del Estado, bien para homologar el tráfico y evitar francos y exagerados desequilibrios, bien para imponer al monopolista de los medios de satisfacción la contratación ante la demanda. La masificación de la vida explica que, con frecuencia, el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte, heterónomamente.

b) Libertad en la determinación del contenido contractual: Las partes pueden estipular lo que crean conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, concebido como contenido mínimo (por lo que aquí es irrelevante lo que las partes pacten), ni puede usar del contrato para ir más allá de lo que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgredían el límite). Así mismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a unos contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme con criterios legalmente fijados (contratos de adhesión).

c) Libertad formal: Por regla general, las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita en documento privado o constatado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros en normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público (ventas a plazos, etc.).

El contrato no nace a la vida como un *fiat*, sino que, como todo acto humano, pasa por un proceso de gestación que afecta al fondo mismo de la relación que el contrato establece. El contrato surge a la vida cuando se exterioriza adecuadamente; pero, además, hace falta que el contrato sea. Normalmente, las partes *piensan* en un contrato para solventar una necesidad; *deliberan* sobre su contenido, sopesando ventajas e inconvenientes y, finalmente, resuelven celebrarlo. Y esto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática (transporte en autobús).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares, que tienen de suya peculiar eficacia. Se ha dicho que los tratos preliminares, precisamente por serlo, carecen de efecto de Derecho; orientación que, ciertamente, no ha sufrido sensibles modificaciones entre los autores.

Ahora bien, que los tratos no obliguen al contrato, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros alcances, conforme con el principio general de buena fe al que están sometidos.

Como ha expresado Maroi, si los tratos han alcanzado un estadio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme con un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato, quien desiste de ello sin causa justificada (con mayor fundamento si actúa torticeramente), debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y por gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios (rechazo de otras ofertas ventajosas).

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o *sui géneris* y con propias reglas.

Se apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, sin faltar quien, como Betti, estima el tema de escasa relevancia, al tratarse de una cuestión de prueba y de un recto planteamiento del problema (concebido como relación jurídica de confianza, que es ya relación de confianza que impone recíprocas obligaciones; o

considerado como expresión de dos situaciones sin conexión, sujetas al simple *alterum non laedere*, que impone un deber de respeto, en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración, etc.).”¹⁰

1.4. Elementos del contrato

De lo anterior se desprenden varios elementos que forman el concepto “contrato”, a continuación se enumerarán estos tomando en cuenta su existencia y su validez.

1.4.1 Elementos de existencia del contrato

Son los conocidos por la doctrina como “elementos fundamentales”. Son elementos absolutamente indispensables para la existencia de un contrato. Nuestro Código Civil regula en su Artículo 1251 cuáles son los elementos necesarios del contrato:

- Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad
- Consentimiento que no adolezca de vicio
- Objeto lícito

Capacidad legal: “Toda persona con capacidad civil general se presume, asimismo capaz para contratar.”¹¹ Al efecto, el Artículo 1254 del Código Civil señala que toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces.

¹⁰ **Ibid.**

¹¹ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 210

Asimismo, tal como lo señala el autor Rubén Alberto Contreras Ortiz, “cuando el contrato conlleve enajenación, gravamen o limitación de bienes o derechos se debe tener, además, capacidad de disposición.”¹²

Lo anterior lo fundamenta el Artículo 1383 del Código Civil al señalar que para hacer pago válidamente en las obligaciones de dar en que se ha de transferir la propiedad de la cosa, es necesario ser dueño de lo que se da en pago y tener capacidad para enajenarlo.

Consentimiento: “Lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad provenientes de personas capaces, que coinciden plenamente en un asunto patrimonial de interés común. Dichas manifestaciones de voluntad han de ser verbales o escritas, pero en todo caso claramente indubitables. No lo serían, por ejemplo, los simples gestos o los asentimientos mímicos.”¹³

“El consentimiento es, pues, un acuerdo pleno, genuino, consciente y libre al que se le reconoce categoría de atadura lícita, exigible y eficaz. Por eso se dice que las partes son libres para atar su voluntad (nadie puede obligarlas a consentir), pero una vez atadas, no depende de su voluntad unilateral desligarse del convenio o pacto.

Debe ser consciente, es decir, las partes deben comprender exacta y fielmente a qué están obligando, y es por eso que se exige que sean personas capaces.

Debe ser genuino, esto es, verdadero. No deben las partes fingir que consienten, sino consentir realmente.

¹² **Ibid.** Pág. 210.

¹³ **Ob. Cit.** Pág. 211

Ha de ser libre, por cuanto nadie debe ser obligado a consentir, y si lo fuere, su consentimiento estaría viciado de violencias; y, por último, debe ser pleno. Es decir, el acuerdo de voluntades debe comprender todos los aspectos de la negociación.”¹⁴

De lo antes expuesto, el Código Civil es muy categórico al estipular que mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, éste no se considerará concluido.

Asimismo, la conformidad sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito.

“Casi siempre que hay acuerdo de voluntades se forma contrato, y, en la mayoría de los casos, basta el consentimiento para que el contrato esté constituido entre las partes.

Las formalidades legales, en tales situaciones, no forman parte propiamente de la constitución del contrato (excepto en los contratos denominados solemnes o rigurosamente formales), sino son elementos indispensables para su validez ante terceros. De ahí la importancia fundamental del consentimiento, pues sin él no puede haber contrato.

El reconocimiento de la validez y la eficacia del consentimiento conlleva la tácita admisión de que la voluntad concordada, el acuerdo de voluntades, es capaz de crear derecho, limitado a las partes y a terceros legalmente vinculados al contrato, pero en todo caso derecho pleno y eficaz.

Por eso debe cuidarse escrupulosamente que el consentimiento, como dice la ley, no adolezca de vicios.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 218.

El consentimiento es la base del contrato, su esencia y su razón. Da la posibilidad de obtener bienes y servicios y pagarlos posteriormente, pero requiere para cumplir tan necesaria y frecuente finalidad, que le acompañe de manera inseparable la confianza pública.

Si perdiera el contrato la fe popular de que goza, regresaría inevitablemente la sociedad a la ya superada etapa de la exclusiva contratación de pago inmediato. El retroceso sería fatal y caótico.”¹⁵

Es de suponer que al referirse a consentimiento, tanto la doctrina como la ley, se refieren a la aceptación completa como tal, ya que la existencia de algún vicio que afecte dicho consentimiento, puede ser causa de anulabilidad del negocio jurídico.

El Código Civil en su Artículo 1257 señala que es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia.

El error consiste “sencilla y llanamente en la equivocación, atribuible a sí mismo, que sufre uno de los contratantes, o ambos. Incide en el discernimiento. Puede recaer:

1. En la naturaleza del negocio o en su causa (*error in negotio*);
2. En la identidad de la cosa (*error in corpore*)
3. En la sustancia o cualidades de la cosa (*error in substantia*)
4. En la identidad o las cualidades de las personas (*error in persona*)
5. En la existencia, significado, alcances o vigencia de una determinada norma jurídica, circunstancia en la que se trataría de un error de derecho.”¹⁶

¹⁵ **Ibid.** Pág. 218.

¹⁶ **Ob. Cit.** Pág. 226

Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes.

Esto significa que el dolo provoca un error o impide que quien se equivocó por si solo se de cuenta de ello.

“Algunos autores han opinado que en el dolo, como en el error, la voluntad es insuficiente por el engaño, en el primero, y la equivocación en el segundo. Dicen que, por consiguiente, el fundamento del dolo (y del error) es de orden psicológico.

Otros autores argumentan que el fundamento del dolo es de orden moral, pues no debe admitirse la mala fe en la contratación. Opinan que el dolo, cualquiera que sea su naturaleza o su gravedad, debe ser causa de anulabilidad del contrato.”¹⁷

El autor Rubén Alberto Contreras Ortiz, en su obra “Obligaciones y negocios Jurídicos” señala dos clases de dolo: el principal y el incidental.

“Dolo principal o causante. Ocurre cuando recae sobre el motivo determinante de la contratación. Su efecto es hacer anulable el contrato. Este tema se relaciona estrechamente con la causa del contrato, y debe entenderse en el sentido de que el dolo será principal o causante si recae sobre el motivo último que determinó la voluntad de quien, mediante el engaño, consintió en la contratación.

Dolo incidental. Este recae sobre aspectos no determinantes de la contratación; y por su mejor gravedad, no invalida el contrato. Únicamente da

¹⁷ **Ibid.** Pág. 226.

lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Se trata de motivos que no fueron los que animaron en última instancia al contratante que consintió, y que, por lo tanto no son trascendentes en la contratación.”¹⁸

La violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren el temor de exponer su persona o su honra o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes.

Si se trata de otras personas, el juez podrá declarar la nulidad según las circunstancias.

Para calificar la violencia o intimidación, debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

La violencia, “denominada también intimidación, se configura cuando la anuencia para contratar se obtiene quebrantando la voluntad de la persona mediante el uso de fuerza, o provocando temor grave de sufrir daño en la persona, la honra o los bienes de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, e inclusive de otras personas ligadas a él por afecto, aspecto este último que calificará el juez. Lo que se lesiona es, por consiguiente, la libertad del violentado o intimidado.”¹⁹

Objeto: “Lo constituyen las cosas y los servicios lícitos, posibles y susceptibles de enajenación sobre los que recae siempre la prestación, es decir,

¹⁸ **Ibid.** Pág. 227

¹⁹ **Ibid.** Pág. 227.

la conducta de dar, hacer o no hacer a la que el deudor se obligó en beneficio o interés del acreedor.”²⁰

En relación al objeto del contrato, el Artículo 1538 del Código Civil establece que no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.

“Tanto el concepto de cosa como el de servicio deber ser entendidos con la amplitud que la propia ley se encarga de demostrar, pues no se trata de cosas materiales únicamente, sino también de bienes inmateriales (puesto que mediante el contrato pueden transmitirse cosas, derechos personales y derechos reales, siempre que la ley no impida su enajenación o transferencia); y de actividades civiles cuya variedad es, asimismo, extensa.

Habrá imposibilidad material si las cosas no existen y tampoco pueden llegar a existir, o cuando no se pueden determinar; y habrá imposibilidad jurídica si no se pueden enajenar por no permitirlo la ley.

Los servicios serán imposibles materialmente si se trata de actividades fuera del alcance de todo ser humano (no habrá imposibilidad si por un motivo que le fuere imputable el obligado no lo puede efectuar, pero sí pueden realizarlo

²⁰ Ob. Cit. Pág. 231

otras personas); y lo serán jurídicamente cuando a su realización se oponga una norma jurídica vigente.”²¹

1.4.2. *Elementos de validez del contrato*

Existen diversos elementos de conformidad con diferentes autores; sin embargo, la mayoría de estos coincide en los elementos de validez del contrato son la forma y la ausencia de vicios del consentimiento.

La forma no es más que aquellas características de le dan entidad propia a los contratos.

Respecto a los vicios del consentimiento, se mencionó con anterioridad al error, el dolo y la violencia como principales vicios del consentimiento, o como los llama el Código Civil, vicios de la declaración de voluntad.

De la forma de los contratos se deriva la clasificación de los mismos, la doctrina y la ley difieren en cuanto a la misma; la autora de la presente tesis de investigación plantea la siguiente clasificación:

- Contratos unilaterales y bilaterales
- Contratos consensuales y reales
- Contratos principales y accesorios
- Contratos onerosos y gratuitos
- Contratos absolutos y condicionales

²¹ **Ob. Cit.** Pág. 232

- Contratos de ejecución inmediata y contratos de tracto sucesivo o a plazo
- Contratos típicos y atípicos

En el siguiente capítulo se ampliará más al respecto de la clasificación de los contratos.

CAPÍTULO II

2. Contrato de servicios profesionales

2.1 Generalidades

Al hablar del objeto de los contratos, se mencionó que este objeto puede incluir una prestación posible de dar, hacer y no hacer. Entre los contratos que generan obligaciones de hacer, encontramos:

- El contrato de obra
- El contrato de empresa
- El contrato de depósito
- El mandato
- El contrato de servicios profesionales

El contrato que interesa ampliar para la presente investigación es el de servicios profesionales. Previo a proporcionar una definición y las características de este contrato, es necesario desarrollar la clasificación de los contratos comentada en el capítulo anterior.

2.2 Clasificación de los contratos en general

La ponente del presente trabajo de tesis plantea la siguiente clasificación:

- Contratos unilaterales y bilaterales
- Contratos consensuales y reales
- Contratos principales y accesorios
- Contratos onerosos y gratuitos
- Contratos absolutos y condicionales
- Contratos de ejecución inmediata y contratos de tracto sucesivo o a plazo
- Contratos típicos y atípicos

Contrato unilateral: "Es aquel en el que la obligación recae únicamente sobre una de las partes contratantes. Es decir, hay una que queda obligada sin contraprestación a su favor; y otra que tiene la acreeduría o el derecho de exigencia, sin que sobre ella haya ninguna carga de pago (obviamente, debe aceptar el contrato). El deudor es solo deudor (sin derecho correlativo), y el acreedor es sólo acreedor (sin carga correlativa).

La unilateralidad del contrato se establece en el momento de su celebración y no la alteran obligaciones derivadas de su ejecución, como las del mandatario o del depositario, de reintegrar los gastos del mandato o del depósito, por ejemplo."²²

²² Ob. Cit. Pág. 264

Contrato bilateral: Se conoce también como recíproco o sinalagmático, “es aquel en que ambas partes se obligan en forma mutua. Es decir, ambas son acreedoras y deudoras recíprocamente, de manera tal que, lo que constituye acreeduría para una, constituye deuda para la otra, y viceversa. Las obligaciones de ambas partes nacen al mismo tiempo; las de que son presupuesto de las de la otra, creando una interdependencia indisoluble, una causalidad recíproca.”²³

Contrato consensual: “Es aquel que se constituye o perfecciona con el solo consentimiento de las partes contratantes, aunque ninguna de las cosas o prestaciones se hubiere entregado. El solo acuerdo de voluntades vincula contractualmente a las partes, aunque sus efectos hacia terceros necesiten del cumplimiento de alguna formalidad.”²⁴

Cabe mencionar que para nuestro Código Civil, los contratos son consensuales por excelencia. Éste, en su Artículo 1518 expone: Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

Y luego, el Artículo 1519 amplía lo anterior indicando que desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes.

Contrato real: “Es el que para constituirse o perfeccionarse necesita, además del consentimiento de las partes, la entrega material de las cosas.”²⁵

²³ **Ibid.** Pág. 227

²⁴ **Ob. Cit.** Pág. 266

²⁵ **Ob. Cit.** Pág. 267

Contrato principal: “Es el que subsiste por sí solo. Es decir, tiene entidad propia. No necesita de ningún otro contrato para poder existir. Tiene un fin propio e independiente.”²⁶

Contrato accesorio: “Es aquel que carece de entidad propia. No tiene un fin propio e independiente. Para existir necesita de la existencia anterior o simultánea de un contrato principal, al que puede complementar o servirle de garantía. Su existencia, vicisitudes y extinción dependen del contrato principal al que está vinculado.”²⁷

Contrato oneroso: Es aquel en el que se estipulan gravámenes y provechos recíprocos. En él una de las partes concede a la otra una ventaja económica a cambio de alguna utilidad o beneficio, también económico, que ella a su vez obtiene de aquélla.

Es decir, lo que constituye disminución patrimonial para la otra, y viceversa. El contrato oneroso puede ser conmutativo o aleatorio.

El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de manera que cada una de ellas puede apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que el contrato le causa.

El contrato oneroso es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que este acontecimiento se realice.”²⁸

Contrato gratuito: “Es aquel en el que una de las partes tiene sólo provecho o ganancia, sin pérdida alguna; en tanto que la otra únicamente tiene pérdida o detrimento económico, sin ganancia o beneficio correlativo. Tomando en cuenta que en el contrato gratuito se busca favorecer a alguien con una liberalidad o beneficio, es pertinente decir que el enajenante no queda obligado a saneamiento de evicción o de

²⁶ **Ibid.** Pág. 267

²⁷ **Ibid.** Pág. 267

²⁸ **Ob. Cit.** Pág. 268

vicios ocultos (...) y es en los que con mayor frecuencia puede haber casos de anulabilidad por error en la persona del favorecido o beneficiado.

También es importante destacar que son los contratos más fácilmente revocables por fraude a acreedores con derecho anterior, por razón de que el demandante (quien pretende la revocación), no está obligado a probar mala fe del adquirente a título gratuito.”²⁹

Contrato absoluto: Sencillamente, se puede definir como “aquel cuya existencia o cuya extinción no están sujetas a condición alguna.”³⁰

Contrato condicional: *Contrario sensu*, el contrato condicional “es aquel cuyos efectos están subordinados por las partes, o por disposición de la ley, a una o a varias condiciones.

Son condicionales los contratos cuya realización o cuya subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes.

Ese suceso incierto es la condición. La condición “es un acontecimiento (o un no acontecer), futuro e incierto (o pasado, siempre que las partes lo ignoren), al que los contratantes o la ley, subordinan los efectos del contrato. Pueden ser suspensivas o resolutorias.”³¹

Contrato de ejecución inmediata: “Es aquel que por su naturaleza, por convenio de las partes o por disposición de la ley, debe ejecutarse inmediatamente después de su celebración. No media tiempo alguno entre la celebración y el cumplimiento.

²⁹ **Ob. Cit.** Pág. 269

³⁰ **Ob. Cit.** Pág. 270

³¹ **Ibid.** Pág.275..

Es posible en casos en que las prestaciones no necesitan preparación previa y cuya ejecución puede realizarse en un período razonablemente breve. Ocurre frecuentemente en contratos orales.”³²

Contrato de tracto sucesivo: También conocido como contrato a plazo, se caracteriza por ser “de cumplimiento diferido por la naturaleza de las prestaciones, por convenio de las partes contratantes o por disposición de la ley. Es decir que, el inicio de los efectos del negocio o contrato, o su extinción, se realizan en momento posterior al de su celebración.”³³

Contrato típico: “Es todo aquel que está expresamente regulado en una ley vigente. Todos los que figuran en el Código Civil, son contratos típicos. Tienden esta clase de contratos a ser también contratos nominados, en virtud de que, generalmente, la ley que los regula les da un nombre.”³⁴

Contrato atípico: Como es de suponerse, el contrato atípico es aquel que no está regulado en la ley, “pero que ha nacido de determinada necesidad humana o como consecuencia de algún invento o avance tecnológico. La doctrina subdivide este contrato en atípico puro, cuando es completamente nuevo y distinto de todo contrato existente; y atípico mixto, cuando es resultado de la fusión de dos o más contratos típicos que responden a una misma causa. Tienden estos contratos a ser innominados, pues generalmente no tienen un nombre con el que todas las personas los identifiquen.”³⁵

2.3 Definición

En virtud de lo anterior, es ahora procedente definir el contrato de servicios profesionales, partiendo del concepto “servicio”, mismo que se define como “la acción o

³² **Ob. Cit.** Pág. 278

³³ **Ibid.** Pág. 278

³⁴ **Ob. Cit.** Pág. 287

³⁵ **Ob. Cit.** Pág. 288

efecto de servir, trabajo, actividad, provecho, utilidad, beneficio, mérito, tiempo dedicado a un cargo o profesión.”³⁶

En relación al concepto “profesional”, cabe recordar que todos los hombres de cualquier raza, condición y edad, por poseer la dignidad de persona, tienen un derecho inalienable a una educación que responda al propio fin, al propio carácter, al diferente sexo y que se acomode a la cultura y tradiciones del país, y se abra, al mismo tiempo, a las relaciones con otros pueblos.

Por precepto constitucional, todos los hombres y mujeres tienen derecho a recibir la educación tanto primaria, como secundaria y por supuesto, superior, que esté de acuerdo con sus propias convicciones, necesidades y posibilidades.

De esta manera es que surgen los llamados profesionales, que son aquellas personas, hombres y mujeres, que han llevado todo un proceso de enseñanza que culmina con la obtención de un grado académico de carácter universitario, ejemplo: Licenciado, Médico, Arquitecto o Ingeniero, y que lo faculta para ejercer las funciones que encierran el ámbito de su estudio.

Por tanto, un servicio profesional es aquella prestación proveída por una persona facultada para ejercer las funciones inherentes al grado académico universitario que pudiese haber obtenido a través del proceso educativo.

Por último, se retrotrae lo expuesto en el capítulo I de esta investigación, en la cual se definió el concepto “contrato” como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

³⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Versión electrónica.

Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes.

Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Utilizando el método deductivo, se puede afirmar que el contrato de servicios profesionales es un acuerdo de voluntades celebrado entre una persona facultada para ejercer las funciones inherentes al grado académico universitario que pudiese haber obtenido a través del proceso educativo, y un particular, a través del cual, el profesional provee al particular de un servicio que pretende solucionar, con el uso de la razón y el conocimiento científico, cualquier problema dentro del ámbito de aplicación de su estudio.

El diccionario jurídico Lex Espasa, define el contrato de servicios profesionales como “aquel que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (...) y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta.”³⁷

Al respecto el Código Civil señala que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago.

³⁷ **Ibid.** Pág. 279.

A falta de convenio, la retribución del profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo y, si no hubiere, será fijada por el juez, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos.

El profesional tiene derecho, además de la retribución, a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente.

Asimismo, si varias personas encomendaren un negocio o solicitaren servicios profesionales en un mismo asunto, serán solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo.

Y por lo contrario, cuando varios profesionales hubieren prestado sus servicios en un mismo asunto, cada uno de ellos tendrá derecho a ser retribuido proporcionalmente a los servicios prestados y al reembolso de los gastos.

Es importante anotar que la ley guatemalteca establece que los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido, siempre y cuando no se pactare lo contrario en el contrato respectivo.

En relación al tema central de la presente investigación, cabe mencionar que el Código Civil en su Artículo 2033 determina que el profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o Ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que cuando un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar con la debida anticipación, según la naturaleza del trabajo, a la persona que los contrató, quedando responsable de daños y perjuicios si se separare sin dar aviso y sin dejar persona competente que lo sustituya.

Si la persona particular que contrató los servicios no está conforme con su desarrollo o con los actos o conducta del profesional, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados, cantidad que fijará el juez, si hubiere desacuerdo entre las partes.

2.4 Características

De conformidad con la clasificación ya enumerada, el contrato de servicios profesionales es:

- Bilateral, en razón de que del vínculo nacerán obligaciones para ambas partes.
- Consensual, en función de que la manifestación de voluntad podrá ser expresa, verbal o excepcionalmente escrita, y quedará perfeccionado cuando las partes manifiesten recíprocamente su consentimiento.
- Oneroso, ya que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago.
- Conmutativo, porque las prestaciones que a cada parte competen son ciertas y se encuentran preestablecidas, sin perjuicio del resultado esperado propio y específico siempre presente en el servicio odontológico.

- De ejecución inmediata o de tracto sucesivo, lo cual dependerá del servicio profesional que se preste.

Como se explicará más adelante, cuando entra en acción una relación entre odontólogo y paciente, se presenta un nuevo tipo de contrato, esto será desarrollado específicamente en otro capítulo.

CAPÍTULO III

3. El consentimiento informado y sus presupuestos

3.1 Origen de la institución del consentimiento informado

La ética, es decir, el conocimiento organizado de la moral, no tiene una antigüedad mayor de veinticinco siglos. Para Aristóteles fue Sócrates su fundador, puesto que fue el primero en señalar y definir las virtudes éticas y en cuestionar la forma como debemos vivir.

Ya en la antigua Roma, Séneca confirma este concepto cuando dice que Sócrates fue quien puso la filosofía al servicio de las costumbres y definió que la sabiduría suprema es distinguir los bienes de los males.

“La Ética Médica, por su parte, es ligeramente posterior a Sócrates. Este filósofo consideraba que la medicina era un servicio de los dioses (medicina teologal).

Sócrates vivió entre los años 469 y 399 antes de Cristo; Hipócrates entre 460 y 377. Fueron, pues, contemporáneos, posteriores a la llamada "era pretécnica" de la medicina que, como es sabido, transcurre entre los orígenes de la humanidad y la Grecia de los siglos VI y V anteriores a Cristo. Se caracteriza por ser una combinación de empirismo Y magia, con un trasfondo sobrenatural y con unos médicos que eran sacerdotes. La "era técnica", en cambio, se inicia con Alomeón de Crotona e Hipócrates de Cos.

Para Lain Entralgo esa era técnica se distingue porque el médico se propone curar al enfermo, sabiendo por qué hace aquello que hace. Esta nueva actitud mental lo conduce a preguntarse por lo que en sí mismos son el remedio, la enfermedad y el hombre; para dar respuesta a lo anterior, estudia la naturaleza, es decir, se propone conocer lo que una cosa es, su naturaleza propia.

La ética médica no es otra cosa que preguntarse (como médico) frente a un enfermo: "¿estoy haciendo con él lo que me gustaría que hicieran conmigo, de ser yo el paciente?".

Los adelantos tecnológicos han permitido intervenir órganos antes inaccesibles a aplicar tratamientos quirúrgicos con la casi certeza de su recuperación. La explosión tecnológica de las últimas décadas, en el terreno de la biología molecular, ingeniería genética, fertilización asistida y transplantes de órganos, hace que se pueda crear vida y actuar sobre la muerte.

La Bioética se la puede considerar surgida como en un intento por profundizar en la necesaria búsqueda de la verdad, de todo aquello relacionado con el bien integral del paciente, es decir con las esferas psicológicas, biológicas y social de éste y así posibilitar la potenciación y expresión, con la mayor fuerza posible de todos los elementos de la persona.

La Bioética toma y considera al ser humano en su relación estrecha con sus factores ambientales, como naturaleza, cultura, religión, política y sociedad, entre otros.

Su campo es mucho más amplio y, sobre todo más interdisciplinario que el de la ética biomédica, la cual se circunscribe más a los temas relacionados con los pacientes y el personal de la salud para derechos y obligaciones, sino una imprescindible herramienta que posibilita la ayuda a nuestros semejantes a realizarse a plenitud como personas, sobre la base de las leyes que rigen el movimiento y desarrollo de las ciencias de la salud."³⁸

"Aunque en la literatura científica médica el concepto "*Informed Consent*" es citado en nueve ocasiones entre 1930 y 1956, fue utilizado como tal por vez primera en la legislación en 1957 en un recurso judicial en California. Varias sentencias posteriores

³⁸ Pazos, Arturo. **Fundamentos antropológicos de las directrices del magisterio en temas de Bioética**. Versión electrónica. Madrid, 2001.

en Estados Unidos hicieron que el Consentimiento Informado se convirtiera en un derecho de los pacientes y un deber de los médicos. ”³⁹

El caso al que se refiere el párrafo anterior fue el “*Caso Salgo*” un sonado proceso legal, como resultado de una cirugía translumbar, Martín Salgo sufrió una parálisis permanente, por lo cual demandó a su médico con el cargo de negligencia.

La Corte encontró que al médico le asistía el deber de revelar al paciente todo aquello que le hubiera permitido dar su consentimiento inteligente en el momento que se le propuso la práctica de la cirugía. Desde entonces comenzó a contemplarse la posibilidad de que el consentimiento informado fuera considerado como un derecho del paciente. Así, del campo jurídico pasó al campo de la ética médica.

“El código de Nuremberg (1946) plantea que no es suficiente la ciencia, ni siquiera la buena ciencia , para garantizar la rectitud moral de la investigación. La ciencia natural por sí sola es incapaz de resolver la cuestión ética. La experimentación que se ha llevado a cabo por los seres humanos está particularmente obligada a someterse a las normas universales de respeto al hombre.

En España, ya en 1972, el Reglamento General de Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social establecía que los enfermos tenían derecho a autorizar -directamente o a través de sus allegados- las intervenciones quirúrgicas y actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su gravedad.

³⁹ Carrera, Juan Manuel. **Consentimiento informado.**
<http://www.infomed.org/public/consentimiento00&&587> (19 de marzo de 2008)

En 1976, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó un documento en el que se hacía un llamamiento a los Estados miembros para que tomaran medidas de forma que los pacientes estuvieran completamente informados, y recomendaba la armonización de los derechos de los pacientes, entre ellos el derecho básico del Consentimiento Informado.

Pero es con la Constitución de 1978, cuando En España el concepto de Consentimiento Informado comienza a tener auténtico sentido e importancia, a partir de la defensa que en ella se hace del libre desarrollo de la personalidad sobre la base de la libertad, y del reconocimiento, en su artículo 43, del derecho a la protección de la salud. En 1986, el Instituto Nacional de la Salud puso en marcha un plan de humanización de la atención sanitaria, con la implantación de una Carta de Derechos de los Pacientes.

Basándose en los principios recogidos en dicha Carta Magna, la Ley 14/1986 General de Sanidad, en su artículo 10 dice que todos tienen derecho:

- A que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico, y alternativas al tratamiento.
- A la libre elección entre opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:
 1. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública
 2. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas

3. Cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionarse lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.”⁴⁰

3.2 Definición de consentimiento informado

A lo largo de su corta historia el Consentimiento Informado ha sido definido de múltiples formas. “El "Manual de Ética" de 1984 de la Asociación Médica Americana dice que el Consentimiento Informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de la enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su consentimiento para ser sometido a esos procedimientos.

La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente.

Hoy es comúnmente aceptado que el consentimiento informado es un proceso gradual y verbal en el seno de la relación médico-paciente, en virtud del cual, el paciente acepta, o no, someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico, después de que el médico le haya informado en calidad y cantidad suficientes sobre la naturaleza, los riesgos y beneficios que el mismo conlleva, así como sus posibles alternativas.”⁴¹

⁴⁰ **Ibid.**

⁴¹ **Ibid.**

Para la Enciclopedia en Línea Wikipedia, “el consentimiento informado es el procedimiento médico formal cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente. Debe reunir al menos tres requisitos que son:

- **Voluntariedad:** Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.
- **Información:** Debe ser comprensible y debe incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la posibilidad de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos.
- **Comprensión:** Es la capacidad de comprender que tiene el paciente que recibe la información.”⁴²

La doctora en derecho y doctora en medicina, Vanesa Di Cataldo, en su ensayo publicado en la Web, señala: “Se ha escuchado mucho en estos últimos tiempos sobre el consentimiento informado, tanto por los profesionales de la salud (médicos, odontólogos, etc.) Como por los pacientes prontos a recibir tratamiento por parte de estos, toda vez que es de máxima importancia antes de realizarse cualquier tipo de práctica médica (tratamientos en odontología, anestesia; cirugías en general, etc.)

El Consentimiento informado es específicamente lo que hace al “sí” del paciente que será tratado por determinado médico o Institución médica (privada o publica) con relación directa a aquello a lo que se lo va a someter a fin de beneficiarlo con las técnicas a aplicar, bien para devolverle su estado de salud, bien para mejorarlo, bien para acercarle un mejor nivel de vida, bien para embellecerlo.

⁴² Wikipedia. **Consentimiento informado.** www.wikipedia.org (3 de abril de 2008)

En cualquier caso, y dado su condición de “informado”, será necesario todo tipo de información en su más amplio concepto de la palabra, para que el paciente conozca no solo la práctica que se le realizará (intervención quirúrgica, toma de medicamentos, anestesia), sino también sus lógicas consecuencias, quedando a su vez claro el tratamiento a realizar, el tiempo que insumirá, los materiales a utilizar, las reacciones que puede ocasionarle y demás, a fin de que el médico se ampare frente a un eventual reclamo por “Mala Praxis”, que hay tantos, y que el paciente se cubra por eventuales y consecuentes “complicaciones” o inesperados sucesos.

Lo que ahí no se encuentra escrito al firmarlo previo al acto médico, se entiende que no se ha informado, y si no se ha informado, el profesional ha incurrido en una falta, que lo implicará y comprometerá en la orbita de su responsabilidad médica, si esto conlleva “consecuencias no informadas”, tratamiento distinto del informado o resultados distintos a los prometidos, si se hubieran prometido (ej. cirugía estética embellecedora).

En cualquier caso, y si el profesional o la Institución médica no toman el recaudo de la firma previa del consentimiento informado, dado su carácter de no obligatorio, (salvo ablación de órganos, peligro de muerte o amputaciones) implicará que no es de uso frecuente para estos, dado que de todas maneras, sí es de uso frecuente el consentimiento del paciente (verbal), con toda la información del caso brindada por el profesional, frente a una intervención, tratamiento o cualquier otra practica medica.”⁴³

El formulario escrito de consentimiento representa el soporte documental que verifica que el paciente ha recibido y entendido la información facilitada por el médico.

A continuación agrega: “Es absolutamente necesario que quien firme el mismo se encuentre en su plena capacidad de decisión y no tenga nublada su voluntad o viciado

⁴³ **Consentimiento informado.** <http://www.odontomarketing.com/art142jun2004.htm>

su consentimiento, dado que su firma implicara estar en un todo de acuerdo con la información otorgada, y el “sí”, como dijimos, para comenzar el tratamiento.

Por esta razón, los menores de edad deberán ser representados por sus padres, tutores o autorizados, y la firma de los mismos refrendará tal acto.

Existe mucha gente hoy día, en boga los juicios de Mala praxis profesional, y a veces tentados por el dinero que existe detrás, que asesorados por abogados inescrupulosos “agrandan”, inventan o exageran las consecuencias o insignificantes errores, de tratamientos realizados por médicos responsables, lo que desvirtúa el desempeño de profesionales letrados concientes, y reclamos reales y justificados de ex pacientes.

Pero también es cierto que muchos profesionales médicos cometen errores, como todos, solo que en la orbita de la medicina, (lo que lo transforma en muy trascendente para la vida de aquel paciente), muchas veces solo por ser humanos, y muchas otras por falta de preparación en la materia específica o por falta de la higiene necesaria en una cirugía, o por abaratar costos en relación a la institución donde trabajan, o la prepaga u obra social del afiliado que atienden, y otros tantos por distracción o por el gran estrés que se vive en centros bonaerenses donde faltan médicos, insumos u horas justificadas y necesarias de sueño.

En cualquier caso, tanto los médicos como las instituciones gozan de seguros de responsabilidad civil o bien se auto aseguran, quienes en ultima instancia y luego de examinar responsablemente al paciente en Junta Medica, y su Historia Clínica (cuestión que se tratara en otra oportunidad) repararán, de existir, la negligencia medica llevada a cabo.

En estos casos será necesario contar con un profesional entendido en la materia (dado que solo abogados especialistas en Mala Praxis cuentan con las armas indicadas para la exposición y defensa del caso) quien trabajando con un medico de la

especialidad, y luego de un concienzudo análisis sobre la viabilidad del reclamo en virtud de los hechos ocurridos con este que fuera paciente, podrá ir contra los solidariamente responsables (llámese medico, obra social, prepaga, hospital, clínica y/seguro) ya sea Mediando o en Juicio, para lo cual no esta demás recordar que existen por ley 10 años desde la ocurrencia del hecho, o momento en que se tomó conocimiento del error medico, para llevar a cabo el reclamo (Prescripción).

Frente a todo lo expuesto, se observara, que el consentimiento informado, es un elemento importantísimo para el paciente y para el medico y/o Institución, si los resultados de tal practica medica no son los esperados por alguno de ambos.

Para terminar, y a pesar de lo enfrentados que nos encontramos los abogados con los médicos en relación a este tópico, esta parte debe decir y reconoce y se enorgullece de la excelencia de Profesionales de la Medicina que existen en nuestro país, quienes en su mayoría día a día, dejan la vida por sus pacientes en la atención brindada.”⁴⁴

Desde el punto de vista que compete a este trabajo de tesis, la Doctora María Teresa Escobar López, Odontóloga de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Bioética por la Universidad El Bosque, actualmente instructora asociada de la Universidad El Bosque, en su conferencia dictada en el marco del IX Encuentro de Tribunales de Ética Odontológica, expone: “La odontología se ejerce hoy bajo complejas condiciones.

Tenemos ayudas diagnósticas y opciones terapéuticas que hace pocos años no imaginábamos, contamos con la posibilidad de utilizar diferentes materiales, técnicas y especialidades. Esto, si bien ha significado más y mejores opciones de tratamiento para el paciente y mejoramiento en su calidad de vida, también ha traído consigo un incremento en la aparición de efectos adversos, complicaciones, secuelas de tratamientos y elevación de los costos.

⁴⁴ Di Cataldo, Vanesa. **Ob. Cit.**

Estos cambios han ocurrido en un corto período de tiempo y, por ello, ni las profesiones ni los pacientes han podido asimilarlos de manera adecuada.

Como consecuencia de esto, se puede presentar, por parte de quien requiere atención odontológica, desconcierto temor, algunas veces rechazo a los tratamientos, aumento de reclamaciones y demandas (según estadísticas de los Tribunales de Ética Odontológica), en fin, cambios en la relación odontólogo-paciente.

El consentimiento informado en odontología se aborda casi exclusivamente desde lo legal y como documento escrito. Pero el consentimiento informado es realmente *un proceso*, resultado de un trabajo permanente de comunicación entre el equipo de salud y el paciente, uno de los fundamentos sobre el cual se establece la relación clínica actual en cada una de sus etapas: anamnesis, examen clínico, implementación de pruebas diagnósticas, tratamiento y seguimiento. Es una exigencia legal y un asunto ético a través del cual se busca respetar y defender los derechos de los pacientes y los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia.

No es un elemento aislado de la relación clínica que pueda ser cumplido mediante el diligenciamiento de un formato impreso, pero si debe apoyarse en él. Es necesario tener ese soporte documental a fin de verificar que el paciente ha recibido información, la ha entendido luego de ser ofrecida por el profesional y ha aceptado el procedimiento.

El *documento escrito* de consentimiento informado debe ser un formato sencillo que busque cualificar la relación entre el profesional de la salud y el paciente, una herramienta para favorecer la comunicación entre las dos partes. Busca la participación activa del paciente en la toma de decisiones respecto a su tratamiento y legalmente es un documento que ampara tanto al paciente como al profesional. Su énfasis debe estar en la información clara, oportuna y veraz.

El documento de Consentimiento Informado es el soporte escrito de un proceso que debe ser gradual y continuo en la relación clínica con el paciente.

Las condiciones básicas para una decisión informada son información capacidad y voluntad. Información clara oportuna, suficiente y veraz. Comprenderla de manera adecuada, es decir, contar con un individuo capaz de decidir expresado en su voluntad, encontrarse libre para decidir de acuerdo a sus propios valores y ser competente para tomar la decisión.

Los límites incluyen, desde luego, las intervenciones dañinas o inútiles. Es importante tener claro que las consideraciones puramente técnicas corresponden exclusivamente al profesional y contar con la justicia distributiva. Por otro lado, el consentimiento informado es siempre necesario, cuanto menos urgente y más experimental el procedimiento, más necesario y a mayor riesgo también.”⁴⁵

3.3 La información como requisito previo del consentimiento informado

La información, considerada como un proceso de relación verbal de intercambio de información entre el profesional y el paciente, forma parte de todas las intervenciones sanitarias y constituye un deber más de los profesionales.

El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en el que el paciente lo permita.

Asimismo, los ciudadanos tienen el derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o individual (derecho a la información epidemiológica), pero este es un caso aparte.

⁴⁵ **Consentimiento informado en odontología.** <http://encolombia.com/odontologia/foc/FocXX-Consentimiento.htm> (4 de abril de 2008)

“Inicialmente la Ley General de Sanidad de 1986 era extraordinariamente rigurosa al exigir que la información fuera completa y continuada, verbal y escrita. Esta filosofía fue suavizada por el Convenio de Oviedo cuando introdujo el término «información adecuada», como sinónimo de información suficiente y adaptada a la persona que la recibe. La LAP fija como regla general que la información se proporcionará de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica.

A nivel de información escrita es imprescindible, para ajustarse al espíritu de esta norma, asegurarse de la comprensión y legibilidad de los documentos. Para ello, los procesadores de texto habituales pueden medirnos fácilmente la legibilidad (Índice de Flesch, índice de complejidad oracional e índice de legibilidad integrada).

De acuerdo con el Código de Ética y Deontología Médica y con el Convenio de Oviedo, se recoge la limitación de la información en caso de «necesidad terapéutica», cuando el conocimiento de la situación pueda perjudicar de manera grave la salud. Llegado este caso, el médico lo reflejará en la historia clínica y lo comunicará a las personas vinculadas con el paciente.

No debe confundirse la necesidad terapéutica con el pronóstico fatal, pues en este segundo caso nos encontramos, desde un punto de vista ético y legal, en la obligación de informar.”⁴⁶

El consentimiento informado es también llamado carta de consentimiento bajo información o consentimiento válidamente informado. No debe olvidarse que es un elemento fundamental en investigación clínica dado su carácter médico, legal, ético, informativo y regulatorio, que asegura la correcta información al paciente a fin de que sea capaz de decidir con plena conciencia.

“La odontología se ejerce hoy bajo complejas condiciones. Tenemos ayudas diagnósticas y opciones terapéuticas que hace pocos años no imaginábamos,

⁴⁶ Sánchez-Caro, Joaquín. **Derechos y deberes de los pacientes.** Pág. 58

contamos con la posibilidad de utilizar diferentes materiales, técnicas y especialidades. Esto, si bien ha significado más y mejores opciones de tratamiento para el paciente y mejoramiento en su calidad de vida, también ha traído consigo un incremento en la aparición de efectos adversos, complicaciones, secuelas de tratamientos y elevación de los costos.²

El consentimiento informado puede definirse como la conformidad o asentimiento del paciente (y/o padre, tutor o encargado) a recibir un procedimiento médico, luego de haber recibido y entendido toda la información necesaria para tomar una decisión libre e inteligente.³

Al enfermo le asiste el derecho de estar informado acerca de su padecimiento, sobre la propuesta de tratamiento y terapias alternativas, riesgos y probabilidad de resultados adversos, para poder tomar una decisión afirmativa. Debe aplicarse cualquiera sea la magnitud del tratamiento pero no ampara al médico por negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de sus deberes y obligaciones.

Debe ser directo, breve y de lenguaje simple, debe ser firmado por el médico tratante, el paciente y preferible aunque no imprescindible dos testigos. Este documento se adjuntará a la historia clínica, para que claramente quede demostrado que se ha comprendido y que el paciente ha aceptado el tratamiento. Existen algunas situaciones que son consideradas una justa causa para no realizar el consentimiento informado como lo son: Emergencias, menores de edad, con capacidades diferentes y personas de la tercera edad.”⁴⁷

Como se estableció con anterioridad, la información, junto a la voluntariedad y a la comprensión, es un requisito indispensable para que se aplique el consentimiento informado.

⁴⁷ Alcántara Suárez, Verónica. **Utilización del consentimiento informado por odontopediatras en la ciudad de México.** Pág. 35

Cabe mencionar que dicha información, como todo en este mundo, tiene sus límites:

- El paciente tiene derecho de no ser informado si así lo expresa previamente.
- En caso de riesgo para la salud pública, se admite la ausencia del consentimiento informado para el internamiento, cuarentena u hospitalización del paciente.
- En caso de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente, el consentimiento puede obviarse.
- En caso de pacientes menores de edad, incapacidad legal, física o mental, se admite el consentimiento informado del representante legal. En caso de riesgo grave para la salud pública o la vida del paciente el consentimiento del representante legal sólo se tendrá en cuenta.
- El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

3.4 La información terapéutica

“En el tratamiento de las diferentes acciones que debe cumplir las personas, se ha apelado a unas mínimas reglas cuya finalidad es establecer seguridad a todas las personas.

Si la acción tiene relación con derechos civiles, y más aún cuando esas acciones tienen que ver con derechos fundamentales, las reglas que se establecen son de carácter procedimental, en tanto que indican la forma en que se debe cumplir con dicha acción.

Estas reglas de carácter procedimental, están en todos los ámbitos de la vida de las personas, en el nivel personal, familiar, profesional, institucional, o en virtud del ejercicio de un derecho.

Pues bien, si existen reglas procedimentales para el cumplimiento de un acto o conducta, esto no es ajeno al tema que estamos tratando, el consentimiento informado, el cual, desde un escenario de discusión académica o pública, el actuar médico puede ser reglado, con miras a obtener el consentimiento Informado.

Lamentablemente debo expresar ante la comunidad médica que nuestra sociedad ha inducido a los profesionales de esta disciplina, a mantener el mito de omnipotencia médica y de la tecnología, lo cual a mi manera de ver es un error; a su lado lo que ha conducido es a que el discurso médico, como parte del discurso humano, se vuelva contradictorio e incoherente.

Complica mas el problema de la obtención del consentimiento informado, el hecho de que existan límites en un sistema valorativo, implica que la sociedad se ha colocado en el extremo exclusivista de admirar la belleza, la perfección física, y el hedonismo, en procura de una deformación del concepto de lo estético que a mi manera de ver es solamente una forma de estética de la transición.

Si recuperamos el sentido valorativo de lo que es la enfermedad y el tratamiento. Los médicos podemos encontrar que a aquello que los abogados y algunos médicos consideran una estratagema el que exista la obligación de obtener el consentimiento informado se convierta mas en una cultura de los profesionales de la salud en la cual tradición y la cultura de las costumbres médicas actuales cambien esa cultura y tradición médica francesa, en la que el profesional debe ocultar al enfermo todo lo concerniente a su enfermedad y pronóstico.

Es por ello que desde una tradición americana, el hecho de la obligación de obtener el consentimiento informado y el haber constituido reglas procedimentales para el mismo responde al principio según el cual el médico tiene el deber deontológico de ser franco y por lo tanto de divulgar la verdad por muy dura que ella sea, sin que ello implique sin que ello lo excluya de la obligación de tomar las precauciones sobre el momento y el modo de revelar esa información médica y que aleja la vieja costumbre francesa inducida en el paciente y que se puede condensar en la expresión tácita o expresa del “prefiero no saberlo”.

Según lo anterior entonces, si existe la obligación principalmente del médico de informar unido a la obligación de tomar precauciones sobre el momento y modo de dar esa información quiere ello decir que la información que debe recibir el médico se mueve en los ámbitos del formalismo ó en un acto pragmático lleno de la esencialidad que implica una información médica adecuada.

En muchas de las legislaciones que en materia médica existen, y teniendo como referentes países como México, Argentina, Brasil, Venezuela y del viejo continente España y Francia, debo expresar que en términos comparativos estas legislaciones, tiene como elemento común que el acto de obtener el consentimiento informado no se reduce meramente a la firma de una hoja en la cual se consignan los múltiples riesgos del actuar médico, sino que su contenido normativo y procedimental trasciende ese mero acto de protocolización.

Los requisitos que de manera expresa o tácita existen en el ámbito de la actividad médica, para obtener el consentimiento informado disponen que, esa información se de manera real y objetiva en términos comprensibles al paciente o sus familiares ó allegados, debe ser completa y en algunas legislaciones imponen el deber de que deba ser continuada de manera verbal y escrita.

En términos de nuestra legislación vigente en Colombia la Constitución Política en su Art. 15 así como la Ley 23 de 1981, ó Código de Ética Médica en su artículo 15, 16, 38,

en concordancia con los artículos 12 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981 y sin perjuicio de lo que las normas civiles establecen sobre el consentimiento, podemos afirmar que los requisitos para el consentimiento son:

Primero una obligación de carácter estrictamente médica, esto quiero decir que esta no puede delegarse en el personal hospitalario, auxiliar de enfermería o funcionario administrativo.

Segundo deberá informar de todos aquellos tratamientos médicos o quirúrgicos indispensables, y que lo afecten física o psíquicamente.

Tercero se deberá dejar constancia en la historia clínica de la advertencia de los riesgos que implique los tratamientos médicos y quirúrgicos.

Cuarto, en nuestra legislación se puede entrever que el significado referente a que sea completa y continuada se puede deducir de la integración de las normas del Art. 11 de la Ley 23, 37 y 38 en cuanto en que el médico tiene el deber permanente de apoyar al paciente con lo que se deduce lógicamente que debe ser continuo, y además porque la revelación de lo que él le informa se hará también a sus familiares.

Quinto, debe ser verbal y escrito en tanto que el hecho de pedir el consentimiento presupone un acto verbal, y el dejar constancia del riesgo informado en la historia clínica presupone el requisito del registro escrito.

Los anteriores cinco requisitos, no deben entenderse como un mero acto burocrático o administrativo, sino como parte de la esencia del acto médico, que presupone un doble criterio o mejor un acto que contiene un doble alcance, el carácter terapéutico y el ético legal.

Lo anterior presupone saber: cuando se debe informar, de que se debe informar, cuanta información se debe otorgar y cuales los riesgos previsibles.

Todos los anteriores aspectos están íntimamente relacionados con los requisitos enunciados en el punto anterior y que implican la obligación de informar en todos los casos, de todo acto médico que se realice con el paciente.

Otro requisito es la obligación de dejar constancia en la historia clínica, o estar contenido en una pro forma que contenga al menos: objetivos, beneficios, riesgos, alternativas, motivo para elegir uno u otro procedimiento y fundamentalmente se debe dejar al paciente la posibilidad de renunciar o retirar su consentimiento cuando lo desee, toda vez que es un derecho fundamental del paciente, el de elegir a su médico ó prescindir de los servicios (Art. 4 y 8 de la ley 23) especialmente por ser una parte esencial de los derechos del enfermo.

En nuestro medio legislativo y como aparte de este acápite sobre requisitos del consentimiento informado, no existe mucha claridad respecto de la renuncia a otorgar el consentimiento, más cuando en nuestro medio y dada la larga tradición de la escuela francesa de la medicina la cultura médica se mueve entre el conflicto de la necesidad terapéutica o el privilegio terapéutico, entendido este último como un residuo del principio de beneficencia conceptualizado por Diego Gracia, como parte del paternalismo médico y que en España se resuelve este conflicto con el constante asesoramiento de los comités de asistencia de ética hospitalaria.

Esta actividad no está muy difundida en nuestro medio, porque nuestros legisladores o nuestro intérpretes del derecho no ha querido aceptar abiertamente que un enunciado jurídico declarativo contiene al mismo tiempo en su lógica la posibilidad de renuncia del mismo porque no se puede otorgar un derecho y prohibirlo al mismo tiempo

Es claro que dentro de las múltiples áreas en que se mueve la Medicina y el Derecho, por ser ciencias de medio y no de resultado, deben existir excepciones a las reglas generales en su forma de actuar.

Inicialmente y como regla general de excepción, esta la de no estar obligado a solicitar el consentimiento en los casos de urgencias o en los casos en que el paciente no pueda dar su consentimiento.

Otro aspecto es que el paciente no tenga una competencia legal para hacerlo, caso de los menores, o débiles mentales, en el lenguaje legal. Pero también es cierto que en casos extremos, como los menores de edad, que a la vez sus padres pertenezcan a confesiones religiosas que impongan ciertas limitantes en los tratamientos o de menores en caso de cambio de sexo o tratamientos hormonales, existe un espacio límite dentro del cual se deben mover tanto el médico, principal obligado a solicitar el consentimiento, como el padre, tutor legal del mismo, estos son los casos extremos o difíciles, por las implicaciones médicas y ético legales que contiene.

Estos contenidos de las decisiones médicas, han sido debatidas, no en el seno de la ciencia médica, sino y paradójicamente en el campo del derecho. Este debate es o se ha desarrollado en el campo de la teoría del derecho, dado que en el campo científico, aún falta camino por recorrer.

Surge, a pesar de no querer aceptarlo que los casos límite, entre la medicina y el derecho, el debate este mas desarrollado en la esfera de la decisión Judicial, y que dentro de la literatura jurídica, uno de los exponente contemporáneos se encuentre en el texto “El debate Hart – Dworkin”.

Pero en el medio Colombiano, la Corte Constitucional, ya ha iniciado este debate, dentro del ámbito de las decisiones de tutela, en donde los aspectos límites ya tiene unos lineamientos en torno al consentimiento informado, como parte de los casos excepcionales, para una muestra algunos apartes de las sentencias en relación con este tema, y que son sumamente ilustrativos.

La Corte mostró entonces que en una sociedad democrática y pluralista, todo tratamiento médico debe contar con el permiso del paciente, salvo en los casos de urgencia o en situaciones asimilables (Fundamentos Jurídicos 7 a 13).

Para que este consentimiento sea válido no sólo debe ser libre sino que la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento (Fundamentos 14 a 16).

El grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen a su vez de los riesgos, los beneficios y del propio impacto del tratamiento sobre la autonomía de la persona.

Así, si la decisión sanitaria recae sobre una terapia muy invasiva, o riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un "consentimiento cualificado" (Fundamentos 17 a 20)."

En el caso de los menores o de los incapaces, la Corte concluyó que los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente.

Para evaluar si es válido ese "consentimiento sustituto", la sentencia reiteró que es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor (Fundamentos 21 a 24).

En muchos casos, el análisis sobre la legitimidad de este consentimiento sustituto puede tornarse muy complejo, pues los anteriores criterios no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión. Además, esas pautas pueden orientar la decisión en sentidos opuestos (Fundamentos 25 a 27).

Por ello, la Corte indicó que el papel de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia constitucional del respeto a la intimidad familiar y al pluralismo en materia médica, implican una regla de cierre que opera en favor de la autonomía familiar: si el juez, en un caso controvertido, tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares (in dubio pro familia), a fin de que los desplazamientos de los padres por las autoridades estatales sean minimizados. (Fundamentos 76 a 78).⁴⁸

3.5 El deber de información y el principio de autonomía

Otro aspecto que conviene comprender cuando se trata el tema del consentimiento informado es que, “basándose en un derecho tan fundamental como es el de la autonomía personal, cabe imponer la garantía del ejercicio del derecho de forma general, pero a la vez debe favorecerse una personalización mayor si queremos alcanzar el objetivo perseguido.”⁴⁹

“El desarrollo de la investigación sobre los fundamentos éticos de la teoría del consentimiento informado en la bioética norteamericana ha sido pobre, y en general siempre en el marco de un principialismo que cifraba el fundamento del consentimiento informado simplemente en el principio de autonomía.”⁵⁰

⁴⁸ Pazos, Arturo. **Ob. Cit.**

⁴⁹ Lorda, Pablo Simón. **Problemas prácticos del consentimiento informado: El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas.** Pág. 8

⁵⁰ **Ob. Cit.** Pág. 18

“Puede decirse que en la era premoderna sólo existía un único principio moral básico, la beneficencia. La explicación metaética que en él subyacía era el naturalismo. Ser benéfico era hacer el bien, y esto consistía en facilitar que cada objeto y cada sujeto ocupara su lugar en el orden de la naturaleza.”⁵¹

“Pero lo que en realidad nos interesa es desentrañar si la concepción que de la autonomía tiene la bioética puede constituirse en principio subjetivo de la acción, en mi opinión es que, en el marco del esbozo moral del principialismo, no lo es porque sus contenidos pertenecen en realidad a la concepción moderna de las tres obligaciones morales clásicas del *Digesto*, a las otras tres máximas o principios de la bioética. Esta visión moderna dice que lo que sí existe como novedad es la obligación de respetar la autonomía de las personas para tomar decisiones, lo cual es una obligación perfecta que pertenece al *principio de no-maleficencia*, porque en éste se juega lo que sea hacer daño a los individuos en su vida biopsíquica, en su vida moral personal, y no respetar las decisiones autónomas de los sujetos es lesionarles de esa esfera, es lesionar un derecho fundamental.

Precisamente por eso el Derecho se ha preocupado de protegerlo con tanto esmero, y ha considerado su lesión como un auténtico *daño moral*.

Pero la cosa no queda ahí, porque además de no hacer daño a las personas y, por tanto, entre otras cosas, de estar obligados a respetar su autonomía, también tenemos la obligación de hacerles el bien en la medida que podamos. Esto es lo que dice *el principio de beneficencia*. Pues bien, la mejor forma de hacer el bien a la gente es maximizar en lo posible que lleven adelante su propio proyecto de felicidad. Esto es lo que llamamos "promover la autonomía de las personas", facilitarles todo lo posible que puedan tomar sus propias decisiones, decidir su futuro, cómo quieren vivirlo, etc. Cumplir esto es un deber de obligación imperfecta.

⁵¹ Ob. Cit. Pág. 20

Nadie puede imponerle a otro que promueva la autonomía de los demás, aunque sí se le puede urgir moralmente a que lo haga. Hay por tanto otra parte del antiguo principio de autonomía que en realidad constituye la visión moderna de la máxima de beneficencia.”⁵²

⁵² **Ob. Cit.** Pág. 24

CAPÍTULO IV

4. La relación odontólogo-paciente en el contrato de asistencia médica

4.1 La relación humana

El consentimiento en general es, desde el punto de vista jurídico, una categoría jurídica que cuenta con una larga tradición, pues no es sino el trasunto de la manifestación de la voluntad y de la libre concurrencia de voluntades entre las partes de una relación, esto es, de la autonomía propia de las relaciones jurídico-privadas en los negocios jurídicos, en particular en el contrato.

Por otro lado, el consentimiento del interesado es condición de la legitimidad de la acción de un tercero en la medida en que pueda afectar a un bien jurídico penalmente protegido respecto al cual se reconoce la facultad de disposición por parte de su titular (integridad corporal y salud) o a la propia libertad de movimientos y de desplazamiento (libertad ambulatoria) o de formación o manifestación de la voluntad de aquél (detenciones ilegales, amenazas, coacciones, tratamiento médico arbitrario).

“La relación médico-paciente constituye no sólo el presupuesto de la semiología en cuanto ciencia que estudia los signos y los síntomas de las enfermedades sino elemento esencial para la adecuada asistencia y tratamiento del enfermo. Si por un parte, la semiología es el arte y la ciencia del diagnóstico, por otro es el medio para obtener una comunicación fiel con el paciente, ya que todos los niveles del cuerpo, de la mente y de las relaciones interpersonales se traducen en conductas, o sea las comunicaciones que el médico debe captar y merituar por lo que, cuanto mejor sea la comunicación mejor será la eficacia del tratamiento.

El paciente que concurre por primera vez a un consultorio médico no tiene, como en épocas anteriores, idea sobre el profesional que lo atenderá. Sin perjuicio de el, aquél inicia, habitualmente, una actitud de transferencia en plan conciente –esperado

diagnóstico, pronóstico y tratamiento- e inconciente –en cuanto aguarda reacciones de auto aplicación extensiva del pensamiento de Ey (Henry Ey, Historia de la psiquiatría) – prolongada, repetida, profunda y técnico-.

El examen “prolongado” implica que el médico debe disponer del tiempo necesario y suficiente para estudiar y recibir las comunicaciones del paciente, el cual no debe olvidar que no tiene sentido prolongar excesivamente la entrevista en una suerte de transferencia y retención a la vez del problema. El carácter de “repetido” significa la necesidad de reiterar los distintos aspectos del examen –clínico o el que fuere- cuantas veces sean éstos necesarios en la misma entrevista o en consultas posteriores.

La profundidad significa aquí minuciosidad tendiente a obtener el máximo de información en cantidad y calidad. Por último, el aspecto técnico impone al médico una preparación adecuada para ello, más allá del título habilitante, y a saber qué es lo que debe examinar, cómo hacerlo, que debe buscar y qué cabe esperar.”⁵³

4.2 Relación jurídica entre odontólogo y paciente

Tal como se indicará más adelante, por naturaleza, el vínculo que se perfecciona entre el odontólogo y el paciente es de carácter contractual, por tal razón “debemos dejar aclarado *ab initio* que el contrato celebrado entre médico y paciente es propio de la esfera civil, en mérito a que por el contenido de los servicios en él enmarcados, el mismo resulta totalmente extraño a las normas y principios que nutren el derecho comercial.”⁵⁴

⁵³ Yungano, Arturo Ricardo, López Bolado, Jorge y otros. **Responsabilidad profesional de los médicos: Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas.** Pág. 87

⁵⁴ Pérez de Leal, Rosana. **Responsabilidad civil del médico: Tendencias clásicas y modernas.** Pág. 54

4.3 Naturaleza jurídica de la relación entre odontólogo y paciente

Mucho se ha debatido en torno a la naturaleza jurídica de la relación que une a médico y paciente, y hasta la fecha subsisten las disidencias de opinión acerca de la génesis contractual o aquiliana de la vinculación.

La doctrina y la jurisprudencia francesas anteriores al año 1936 sostenían que la responsabilidad civil del médico era de carácter extracontractual, con fundamento en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés.

Fue el decisorio de la Cámara Civil de la Corte de Casación en fecha 20 de mayo de 1936, en el caso de los esposos Mercier, el que marcó un hito y determinó un cambio de rumbo en el pensamiento jurídico.

El tribunal, tomando las conclusiones del fiscal general Matter, decidió que “entre médico y paciente se perfecciona un verdadero contrato, que implica para el práctico la obligación, si no tan evidente de curar al enfermo... al menos de prestarle cuidados..., concienzudos, solícitos y haciendo la reserva de circunstancias excepcionales, conforme a los resultados adquiridos por la ciencia; que la violación, incluso involuntaria, de esa obligación contractual está sancionada con una responsabilidad de igual naturaleza, asimismo contractual”.

De este pronunciamiento en más se mantuvo casi unánimemente el criterio contractualista allí establecido.

En rigor de verdad, ya en el año 1932 la Cámara Civil de la Corte de Casación se había pronunciado en este sentido, pero fue en los autos referenciados, “Dr. Nicolás c/ esposos Mercier”, cuando se orientó definitivamente el criterio jurisprudencial.

Mazeaud-Tunc, Demoque, Colin, Capitant, Savatier, Planio y Sourdat participan de la de de que en la relación médico-paciente nos encontramos por regla dentro del marco contractual.

Aubry y Rau sostienen que el carácter intelectual del trabajo suministrado por el profesional a su cliente se opone a la existencia de un contrato.

En nuestro país se produjo un fenómeno jurisprudencial similar al acontecido en Francia. Hasta el año 1941, en que la Cámara Civil segunda de la Capital Federal falló en autos “Casusa de Acosta c/Municipalidad de la Capital Federal”, se sostuvo que la responsabilidad civil emergente de la relación médico-paciente correspondía a la esfera aquiliana con fundamento en el Artículo 1109 del Código Civil. El criterio seguido hasta ese entonces era el sentado en autos “Calvo c/Fellner”, en los que se había decidido que la culpa en cuestión era aquiliana.

La doctrina que mantenía el criterio de la corriente aquiliana argüía a su favor dos cuestiones: en primer término, la independencia que la índole liberal de la profesión del médico implica, y, en segundo lugar, el carácter legal de las obligaciones del galeno, situación ésta que, en caso de inobservancia de las mismas, lo hará incurrir en responsabilidad extracontractual con fuente en la ley.

Borda sostiene que si bien el criterio dominante es que por norma la responsabilidad médica sería naturaleza contractual, en todos los casos la responsabilidad del médico, y por cuestiones prácticas, debe ser y es la misma. Se pronuncia por la tesis extracontractualista en razón de que el deber de responder surgirá de las obligaciones que impone el ejercicio mismo de la medicina, haya o no contrato.

En respuesta a ello, Bustamante Alsina piensa que es un criterio equivocado sostener que la responsabilidad del médico es siempre extracontractual; en su opinión la corriente doctrinaria que la avala estaría confundiendo la fuente de la obligación con

la obligación misma. En este sentido, manifiesta que no hay discusión en cuanto a que la obligación en relación a los deberes profesionales en sí mismo –esto es, aplicar los conocimientos vinculados con las reglas del arte- son idénticos en la esfera contractual que en la aquiliana, pero no puede desconocerse que el origen de la obligación se podrá encontrar en uno u otro régimen, aunque la culpa sea siempre la misma conforme al concepto genérico e invariable que ésta posee en nuestro derecho.

Nosotros compartimos dicho criterio y sostenemos la existencia del concepto unitario de culpa, aunque con distinto tratamiento mediante dos regímenes de responsabilidad diferenciados: el contractual y el extracontractual.

La responsabilidad del médico es contractual, debiendo diferenciarse la fuente de la obligación con el contenido de la prestación misma en cuanto a los deberes a que está sometido el médico.

Para la determinación de la responsabilidad del médico, en la doctrina nacional prevalece el concepto de que la responsabilidad es contractual, ya que sostener lo contrario importaría confundir la fuente de la obligación con el contenido de la prestación misma en cuanto a los deberes a que está sometido el médico.

Una corriente minoritaria a nivel nacional sostiene que la responsabilidad galénica es siempre contractual; manifiestan que los supuestos extracontractuales quedan absolutamente excluidos, en razón de que siempre existirá una voluntad tácita anticipada en el paciente, por la cual en caso de peligro la persona aceptará ser asistida médicamente. Por tanto, y conforme a esta línea de pensamiento, la responsabilidad extracontractual sólo quedaría reservada a las situaciones en que se configuren actos ilícitos.

Tanto en el país como en el extranjero, no se ha conseguido uniformidad de criterios sobre la naturaleza de la responsabilidad de los médicos, porque mientras

algunos ven una predominancia de lo contractual, otros la ven de lo aquiliano, sin contar las posiciones alternativas.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias afirman que por regla general la relación jurídica que une a profesional y paciente tiene fuente contractual, y sólo excepcionalmente será de origen extracontractual.

No podemos desconocer la existencia de situaciones que en el paciente puede resultar víctima de un daño que reconozca su génesis en un obrar culpable fuera del contexto contractual.

La opinión de los distintos autores es coincidente en señalar que configurarían supuestos puntuales de responsabilidad extracontractual, los siguientes:

- a) Servicios médicos requeridos por un tercero, familiar o amigo del paciente (otra corriente sostiene que en esta hipótesis podría configurarse un mandato).
- b) Atención médica espontánea, por accidentes en la vía pública. La fuente de la obligación es la ley, el imperativo legal esta dado por el artículo 108 del Código Penal que tipifica el delito de abandono de persona.
- c) Asistencia profesional brindada en contra de la voluntad del paciente (atención al suicida, negativa a recibir transfusión sanguínea, etc.).
- d) Cuando el médico, en ejercicio de la profesión, incurre en un delito propio del derecho criminal, se torna viable la opción del artículo 1107 del Código Civil.

- e) Cuando el médico actúa en virtud de un imperativo legal en tal sentido.
- f) Atenciones médicas de urgencia en general, o bien emergencias relacionadas con un menor o un incapaz sin autorización del representante legal.”⁵⁵

4.4 El contrato odontólogo-paciente

Mandato

“No ha sido fácil –ni coincidente. Determinar la naturaleza jurídica del contrato – de derecho civil- que regula la relación entre el médico y el paciente y los respectivos derechos y obligaciones, habiendo ello sufrido una evolución que ha ido, poco a poco, precisando la cuestión y despojándola de elementos erróneos o superfluos.

Aubry y Rau expresaron que de acuerdo con la concepción romana y medieval en las cuales se distinguían las ocupaciones liberales de las serviles, llegó a sostener que la actividad de la inteligencia y del espíritu por no ser valubles en dinero, no pueden constituir objeto de un contrato civil obligatorio, no originando acción la inejecución de la remuneración que se hubiese pactado. Sobre la base –modificada- de este criterio se consideró, mucho después, que los servicios científicos –dentro de los cuales cabe incluir la actividad médica- si bien pueden ser objeto de un contrato no pueden, en cambio, contener una prestación monetaria, por lo que tal relación configura una forma de mandato, criterio sostenido por autores anteriores al Código Civil francés –Pothier- y posteriores a él –Duranton, Troplong, Marcadé-, entre otros.”⁵⁶

⁵⁵ **Ob. Cit.** Pág. 50

⁵⁶ Yungano, Arturo Ricardo, López Bolado, Jorge y otros. **Ob. Cit.** Pág. 89

Locación de servicios

“Buena parte de la doctrina considera que el contrato médico-paciente constituye una locación de servicios, en la cual una persona promete a otra la prestación de servicios –sin consideración a su resultado- y esta última promete una remuneración de cualquier tipo, en nuestra ley, un precio en dinero.

Este criterio es seguido por Enneccerus, en Alemania, quien considera que el contrato de arrendamiento de servicios puede tener por objeto los de cualquier naturaleza, sean corporales o intelectuales, de un orden más o menos elevado, tanto los abogados, médicos, arquitectos y otras profesiones liberales, lo que no significa, sin embargo, que todo servicio prestado por estos profesionales deba encuadrarse en el molde del arrendamiento de servicios, pues no es la profesión del obligado ni la índole del servicio lo que justifica la calificación dada al contrato.

Entre nosotros participan de esta tesis Salvat, Aguiar, entre otros, tesis sostenida, además por buena parte de la jurisprudencia, en el sentido de que el médico no promete curar al enfermo sino prestar los cuidados que su profesión indique para facilitar su restablecimiento. Sin embargo, dado que el contrato de locación de servicios significa una suerte de subordinación de quien debe prestar el servicio a quien lo encarga, lo que no se ajusta a la relación médico-paciente pues sería paradójico que el enfermo sometiera al profesional a su dependencia y le impartiera indicaciones, esta asimilación merece fundados reparos, ya que, sin perjuicio del enfoque dado por la doctrina alemana, la figura de la locación de servicios no se ajusta a la realidad que componen los elementos que juegan en la relación entre el médico y su paciente.”⁵⁷

⁵⁷ Ob. Cit. Pág. 91

Locación de obra

Otros autores consideran que la relación médico-paciente constituye una locación de obra, lo que implica la necesidad de un resultado u *opus*; los que sostienen esta postura piensan que si bien en muchos casos la obligación es de medios, ello no descarta el resultado en casos quirúrgicos, estéticos, o de laboratorio. Alsina Atienza expresa que el *opus* tanto puede implicar el resultado favorable como no involucrarlo, lo cual dependerá del contenido del contrato y de su interpretación. Rezzónico señala que al efectuarse una operación se promete un primer resultado que es una correcta ejecución.

A esta altura conviene precisar el concepto de locación de obra. Según Enneccerus en este contrato una de las partes –el empresario- se obliga a producir un resultado de trabajo –obra- y la otra parte –el comitente- a pagar una remuneración, entendiendo por obra todo resultado a producir por la actividad o el trabajo, tales por ejemplo: la producción o modificación de cosas, el transporte de éstas o de personas, la realización de una labor científica o la creación de una obra artística material o inmaterial. Resulta, entonces, que el empresario se obliga a realizar una obra, lo que significa en la terminología de Demogue una obligación de resultado: el *opus*.

El criterio de asimilación a la locación de obra ha sido seguido por escasa jurisprudencia, y a poco que se repare en su enfoque no resulta adecuado a la esencia de la relación, ya que el médico no se obliga a curar sino a procurar los medios para que ello pueda ocurrir, lo que, por otra parte, no se puede asegurar ni prometer.

Además, los enrolados en la tesis del epígrafe confunden los resultados esenciales con los resultados cronológicos, sobre todo en los casos que se citan en apoyo del criterio, cuales son las operaciones quirúrgicas; así, en una peritonitis de etiología apendicular el resultado cronológico y material es la extirpación del apéndice y el esencial, la cura del enfermo. Pero este resultado material queda encuadrado dentro

de los medios que el médico debe procurar para lograr la curación, motivo por el cual aquella terminología resulta equívoca e inadecuada.”⁵⁸

Contrato innominado

Habiendo ya explicado en qué consiste el mandato, la locación de servicios y la locación de obra, y no habiendo podido encuadrar la relación jurídica existente entre el odontólogo y el paciente, se toma en cuenta lo expresado por algunos autores que sostienen que esta relación se encierra dentro de la figura del contrato innominado.

No obstante, tal y como se estudió en los capítulos anteriores de esta investigación, el Código Civil lo nomina como “Contrato de servicios profesionales”, esto por el hecho de ser celebrado entre un profesional facultativo y un particular.

Sin embargo, para el campo de la odontología, no existe en la ley un contrato específico que regule las relaciones jurídicas entre odontólogo y paciente, por tal razón, la ponente de este trabajo de tesis se une a la teoría planteada por autores como Pont, Garsoneret y Matter, quienes sostienen y se mantienen en la figura del contrato innominado.

En virtud de lo anterior, como resultado de la presente investigación, considero que la relación entre el odontólogo y el paciente debe regirse por un contrato al que se le llamará “Contrato de asistencia médica-odontológica”.

⁵⁸ **Ob. Cit.** Pág. 92

4.5 El contrato de asistencia médica-odontológica

Definición

Es un acuerdo de voluntades celebrado entre un odontólogo y su paciente, a través del cual, el profesional provee al particular de un servicio que pretende solucionar, con el uso de la razón y el conocimiento científico, cualquier problema dentro del ámbito de la odontología.

4.6 Elementos del contrato de asistencia médica-odontológica.

Como en todo acto jurídico, son elementos esenciales del contrato de asistencia médica-odontológica los siguientes:

- El sujeto
- El objeto
- La causa
- La forma

Pudiendo dividirse los anteriores en elementos en relación directa, y elementos en relación indirecta.

Elementos en relación directa

“En esta relación el vínculo nace sin intermediarios y ocurre, generalmente, cuando el médico ejerce libremente su profesión.

a) Sujetos: Resulta obvio afirmar que médico y paciente son los sujetos de la relación; expresando esta última voluntad válida cuando es mayor de edad y no está privado de su salud mental. Si el paciente es menor de edad o incapaz, o está privado accidentalmente de razón, su representante legal o alguno de sus familiares sustituirán su voluntad.

a.1) El consentimiento del paciente: El Código Civil atribuye a la voluntad humana un papel preponderante en el derecho privado, en la realización del acto jurídico y en la celebración del contrato y tal preponderancia cede cuando razones de orden público lo exigen; y dentro de tales razones están la salud del individuo y de la población. Por ello el principio de libertad del artículo 1197 tiene importancia para la formación del contrato –derecho del paciente para elegir al médico. Pero un valor relativo en cuanto a los contenidos del acto, como se verá de inmediato.

El consentimiento del paciente integra el acuerdo de voluntades y, como expresa el Artículo 19 inciso tercero de la ley 17.132, el médico debe respetar la voluntad de aquél.

Después de iniciada la relación pueden existir otras manifestaciones de voluntades del paciente, esenciales o secundarias, sobre las que el enfermo decide a propuesta del profesional –tratamiento reductor temporario de una hernia inguinal u operación quirúrgica inmediata- o bien a título propio –elección del instituto de internación-.

Si el paciente es menor de edad o está incapacitado –judicial o accidentalmente- el consentimiento deberá ser dado por sus representantes legales –padre, madre, tutor, curador- o por los parientes próximos o por aquellos a cuyo cargo esté el enfermo. (...)

El consentimiento puede adoptar las formas comunes: expreso –cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, tales como la concurrencia al consultorio o el llamado al médico- o tácito –cuando resulte de hechos

o de actos que lo presupongan, tal como la aceptación de la continuación de la intervención del médico que asiste en una emergencia al paciente. (...)

En los casos en que el paciente –capaz- se niegue a seguir un determinado tratamiento o someterse a una intervención quirúrgica o autorizar una transfusión, debe respetarse, en principio, su voluntad, siempre que tal negativa no implique un riesgo cierto y grave que puede ir desde una incapacidad parcial permanente hasta la muerte.

En este caso el médico debe solicitar la autorización judicial pertinente si la situación lo permite o actuar si la urgencia lo impone, dejando constancia circunstanciada en la historia clínica y/o protocolo quirúrgico, pudiendo luego solicitar la ratificación judicial. (...)

98

a.2) La formulación del consentimiento

En muchos países existen fórmulas para expresar el consentimiento del paciente en casos de operación, administración de anestésicos, tratamientos, autopsia, etc.”⁵⁹

Objeto

“El objeto de la relación médico-paciente está dado por la recuperación –o la conservación de la salud integral del segundo, y en ello la medicina como ciencia está ligada al arte de curar. Tanto la recuperación como la conservación de la salud –dentro de esta última se incluye la prevención de las enfermedades tienden a asegurar el bienestar de la comunidad.

La salud del paciente aparece, entonces, como el gran objeto de la vinculación y la prestación médica exige un libertad, si bien limitada, del profesional, libertad que

⁵⁹ Ob. Cit. Pág. 98

debe prevalecer frente a la voluntad –o mejor dicho a las órdenes- de quien tiene derecho a la asistencia.”⁶⁰

Forma

Debido a su naturaleza, el contrato de asistencia médica-odontológica no está sujeto a forma determinada; sin embargo, se recomienda que sea escrito y que lleve implícito el consentimiento expreso del paciente.

4.7 Naturaleza del contrato de asistencia médica-odontológica

“La terminología propuesta para el contrato médico-paciente desplaza la antinomia existente entre obligación de “medios” o de “resultados”, pues el sustento del planteo radicaba sobre la circunstancia de considerar al contrato como locación de servicios o de obra, respectivamente, figuras que no son de aplicación.

Sin embargo, ya se ha adelantado que en el campo médico el conflicto de tal planteo proviene de una apreciación equivocada y de confusión que existe entre resultados materiales o cronológicos, y esenciales. Pero, a poco que se reflexione sobre el tema, no resultará difícil admitir que la extirpación del apéndice constituye un resultado material a la vez que un medio –esencial- para recuperar la salud del paciente o salvar su vida, si se trata de una peritonitis de tal etiología.

Pero sin perjuicio de lo que se ha expuesto y de la autonomía del contrato, cabe admitir que la naturaleza de éste implica por parte del médico una obligación de medios, o sea poner en juego todos los elementos adecuados tendientes a obtener como resultado esencial –no garantizado ni prometido- la recuperación del paciente. Es decir, que atañe a su profesión asistir con la debida diligencia al enfermo, y realizar su tarea de acuerdo con reglas técnicas aceptadas.

⁶⁰ Ob. Cit. Pág. 106

Este criterio campea en la mayor parte de la jurisprudencia, sosteniéndose que la obligación asumida por el médico en la atención del enfermo es de “medios” y no de “resultado”; que cuando los facultativos prestan sus servicios no se comprometen a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad y que la naturaleza misma del ministerio del médico lo expone, a menudo, a pesar de sus concientes esfuerzos, no solamente a ver frustrada la curación sino también a ver agravado el estado del enfermo; por ello, el buen sentido impide exigirle éxito, pues no está a su alcance prometerlo de antemano.

O sea, que la naturaleza –o esencia- de la relación implica una obligación de “medios”, no siendo acertado el criterio doctrinario o jurisprudencial que ve en aquélla obligaciones de “medios” o de “resultados”, según los casos, o de estos últimos; ni siquiera en el supuesto de que se eligiera un médico de gran prestigio –y altos honorarios- a quien sí podrían exigírseles los mejores “medios” pero nunca “resultados” y sin perjuicio de su responsabilidad, que podrá juzgarse con mayor severidad que en el caso de un médico recién egresado.”⁶¹

4.8 Características del contrato de asistencia médica-odontológica

Habiendo definido con anterioridad el contrato de asistencia médica-odontológica, y explicados sus elementos, se procederá a enumerar las características de este contrato.

Partiendo de la clasificación de los contratos provista en los capítulos I y II de esta investigación, podemos aseverar que el contrato de asistencia médica-odontológica está investido de las siguientes características:

“a) Por regla general será un contrato *intuitu personae*, ya que el grado de confianza que por norma deposita el paciente en el profesional que escoge, lo es con

⁶¹ **Ibid.** Pág. 106.

fundamento en sus cualidades personales, todo ello sin perjuicio del derecho-deber que posee el facultativo de realizar interconsultas o derivaciones cuando a criterio médico el estado de salud del paciente así lo aconseje.⁶²

b) Es bilateral, en razón de que del vínculo nacerán obligaciones para ambas partes. El paciente, por una parte, se obligará a cumplir con las indicaciones terapéuticas y con el pago de los honorarios que la atención médica devengue; el odontólogo por la otra, se compromete a asistir al paciente con la prudencia, diligencia y pericia que las reglas de la ciencia indiquen.

c) Es consensual, en función de que la manifestación de voluntad podrá ser expresa, verbal o excepcionalmente escrita, y quedará perfeccionado cuando las partes manifiesten recíprocamente su consentimiento.

d) Es oneroso, de acuerdo con el Artículo 2027 del Código Civil, el cual indica que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago.

e) Es conmutativo, porque las prestaciones que a cada parte competen son ciertas y se encuentran preestablecidas, sin perjuicio del resultado esperado propio y específico siempre presente en el servicio odontológico.

f) De tracto sucesivo, pues las prestaciones generalmente se continúan en el tiempo, principiándose con la consulta inicial, luego con la realización del procedimiento odontológico requerido, y por último las consultas de seguimiento que siempre son necesarias.

Habiendo agotado todo lo relativo al contrato de asistencia médica-odontológica, y a manera de propuesta emanada de este trabajo de tesis, se acompañará en la

⁶² Yungano, Arturo Ricardo, López Bolado, Jorge y otros. **Ob. Cit.** Pág. 55

sección de “Anexos”, un proyecto de contrato escrito de asistencia médica-odontológica que lleve implícito el consentimiento informado.

Asimismo, se adjuntará un modelo de formulario de aplicación del consentimiento informado.

CONCLUSIONES

1. El consentimiento es un elemento fundamental de cualquier tipo de contrato, no solamente en el de servicios profesionales entre un odontólogo y su paciente, y está constituido por dos o más declaraciones de voluntad provenientes de personas capaces, que coinciden plenamente en un asunto patrimonial de interés común. Dichas manifestaciones de voluntad han de ser verbales o escritas, pero en todo caso claramente indubitables.
2. No existe la regulación legal del consentimiento informado en la legislación guatemalteca; esto a pesar de que el Código de Salud regula la labor de los odontólogos sin entrar a estipular la forma en que se desarrolla dicha relación de odontólogo y paciente de manera general, mucho menos en cuestiones tan especiales y específicas como el consentimiento informado.
3. El odontólogo incurre en responsabilidad civil al no estar implícito el consentimiento informado en los contratos en la relación médico profesional con el paciente; además, el paciente tiene derecho a ser informado de los riesgos, beneficios y repercusiones del tratamiento al cual será sometido, por tal razón, el consentimiento informado es un elemento esencial en la relación odontólogo paciente.
4. El consentimiento informado es un proceso gradual y verbal en el seno de la relación médico-paciente, en virtud del cual, el paciente acepta, o no, someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico, después de que el médico le haya informado en calidad y cantidad suficientes sobre la naturaleza, los riesgos y beneficios que el mismo conlleva, así como sus posibles alternativas.

RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario que el Organismo Legislativo reforme que en todo contrato profesional se establezca el consentimiento informado el cual debe ser de forma comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica y científica sobre el paciente, ya que no puede concebirse que un paciente esta debidamente informado, si no tiene claro cada uno de los elementos que incluye el consentimiento informado.
2. Es imperativo que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Código de Salud en el sentido que : el Odontólogo celebre con su paciente un contrato de servicios profesionales médico – odontológicos, el cual incluya una cláusula en donde se regule todo lo relativo al consentimiento informado para que el profesional no incurra en responsabilidad civil.
3. Se hace preciso que el Odontólogo implemente in formulario de aplicación del consentimiento informado, para que le paciente firme, acepte comprenda y este enterado e informado de todo lo relativo al tratamiento al que va a someterse evitando malos entendidos posteriores. Este formularios puede ser preimpreso y únicamente ser llenado con los datos del paciente.
4. El Odontólogo a pesar de estar cubierto con el otorgamiento de un contrato de servicios profesionales médico – odontológicos o el formulario de aplicación del consentimiento informado, debe obtener un seguro de responsabilidad por terceros, a manera de prever cualquier incidente que pudiere afectarle económica, jurídica o profesionalmente.

A N E X O S

ANEXO A:

Modelo de formulario de aplicación del consentimiento informado

A través del presente formulario, declaro y manifiesto, en pleno uso de mis facultades mentales, libre y espontáneamente y en consecuencia AUTORIZO al Odontólogo identificado en el subcuadro 2 del presente formulario, lo siguiente:

- 1. He sido informado/a y comprendo la necesidad y fines de ser atendido/a por el especialista más abajo reseñado.*
- 2. He sido informado/a de las alternativas posibles del tratamiento.*
- 3. Acepto la realización de cualquier prueba diagnóstica necesaria para el tratamiento médico, incluyendo la realización de estudios radiográficos y analíticos, interconsultas con cualquier otro servicio médico y en general, cualquier método que sea propuesto en orden a las consecuencias de los fines proyectados y conocer el estado general de mi Salud.*
- 4. Comprendo la necesidad de realizar, si es preciso, tratamientos tanto de carácter médico y quirúrgicos, incluyendo el uso de anestesia local y/o General; siempre que sea necesario y bajo criterio del especialista.*
- 5. Comprendo los posibles riesgos y complicaciones involucradas en los tratamientos médicos y quirúrgicos, y que en mi caso la duración de estos fenómenos, no esta determinada, pudiendo ser irreversible. Comprendo también que la medicina no es una ciencia exacta, por lo que no existen garantías sobre el resultado exacto de los tratamientos proyectados.*
- 6. Además de esta información que he recibido, seré informado/a en cada momento y a mi requerimiento de la evolución de mi proceso, de manera verbal y/o escrita si fuera necesaria y a criterio del Odontólogo.*

7. Si surgiese cualquier situación inesperada o sobrevenida durante la intervención o tratamiento, autorizo al Odontólogo a realizar cualquier procedimiento o maniobra distinta de las proyectadas o usuales que a su juicio estimase oportuna para la resolución, en su caso, de la complicación surgida.
8. Me ha sido explicado que para la realización del tratamiento es imprescindible mi colaboración con una higiene Oral escrupulosa y con visitas periódicas para mi control clínico y radiográfico, siendo así que su omisión puede provocar resultados distintos a los esperados
9. Doy mi consentimiento al Odontólogo y por ende al equipo de ayudantes de la Clínica que él designe, a realizar el tratamiento pertinente PUESTO QUE SE QUE ES POR MI PROPIO INTERÉS, con el buen entendido que puede retirar ese consentimiento por escrito cuando así lo desee.

Guatemala _____ de _____ de 200 .

EL PACIENTE, TUTOR O REPRESENTANTE LEGAL

Cédula No _____

(f)

DR _____

Colegiado Número _____

(f)

ANEXO B:

Contrato de asistencia médica-odontológica

En la ciudad de Guatemala, el catorce de abril de dos mil ocho, NOSOTRAS: IRMA JUDITH VALENZUELA RAMÍREZ de cuarenta años de edad, casada, guatemalteca, Odontóloga, de este domicilio, me identifico con la Cédula de Vecindad número de orden A guión uno y de registro ciento ocho mil cien, extendida por el Alcalde Municipal de esta Ciudad, del departamento de Guatemala, y a quien en lo sucesivo se le denominará LA DOCTORA; y la señorita MARTA ALICIA MARTINEZ OCHAETA de veinticuatro años de edad, soltera, Estudiante, guatemalteca, de este domicilio, me identifico con la cédula de vecindad número de orden L guión doce y de registro veinte mil ciento ocho extendida por el Alcalde Municipal de San Pedro Sacatepéquez del departamento de San Marcos, y a quien en el cuerpo del presente instrumento se le denominará LA PACIENTE. Las comparecientes aseguramos hallarnos en el libre ejercicio de nuestros derechos civiles, y por el presente instrumento celebramos **CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES**, de conformidad con las siguientes cláusulas: PRIMERA: DEL OBJETO DEL CONTRATO: Manifiesta LA PACIENTE que por este acto **contrata los servicios profesionales** de la DOCTORA IRMA JUDITH VALENZUELA RAMÍREZ para que realice un TRATAMIENTO DE ORTODONCIA, de acuerdo a las siguientes estipulaciones: a) El tratamiento se dividirá en tres partes de la siguiente manera: una primera parte con duración de un año, una segunda parte con duración de un año, y una última parte con duración de dos años. b) La Doctora debe entregar un informe a la paciente al final de cada una de las fases, a efecto de comprender el avance del tratamiento. c) El horario de trabajo será cubierto por LA DOCTORA de conformidad con las necesidades reales del tratamiento. d) Por el trabajo realizado LA PACIENTE pagará la cantidad de VEINTE MIL QUETZALES EXACTOS, entregándole la cantidad de CINCO MIL QUETZALES en este momento a manera de adelanto, por la prestación de sus servicios profesionales; comprometiéndose en este acto a entregar un segundo pago de CINCO MIL QUETZALES al finalizar la segunda fase, y un último pago de DIEZ MIL QUETZALES al finalizar el tratamiento. SEGUNDA: DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: La

paciente expresamente asegura comprender y estar informada de la necesidad y fines de ser atendida por la doctora, así como de las alternativas posibles del tratamiento. Acepta la realización de cualquier prueba diagnóstica necesaria para el tratamiento médico, incluyendo la realización de estudios radiográficos y analíticos, interconsultas con cualquier otro servicio médico y en general, cualquier método que sea propuesto en orden a las consecuencias de los fines proyectados y conocer el estado general de su salud. Comprende la necesidad de realizar, si es preciso, tratamientos tanto de carácter médico y quirúrgicos, incluyendo el uso de anestesia local y/o General; siempre que sea necesario y bajo criterio de la doctora. Asimismo, comprende los posibles riesgos y complicaciones involucradas en los tratamientos médicos y odontológicos, también que la medicina no es una ciencia exacta, por lo que no existen garantías sobre el resultado exacto de los tratamientos proyectados. Además de los informes al final de cada fase, será informada en cada momento a su requerimiento respecto a la evolución del proceso, de manera verbal y/o escrita si fuera necesaria. Si surgiese cualquier situación inesperada o sobrevenida durante la intervención o tratamiento, la paciente autoriza a la Doctora a realizar cualquier procedimiento o maniobra distinta de las proyectadas o usuales que a su juicio estimase oportuna para la resolución, en su caso, de la complicación surgida. La paciente se compromete a prestar su colaboración con una higiene oral escrupulosa y con visitas periódicas para su control clínico, aceptando desde ya que su omisión puede provocar resultados distintos a los esperados. TERCERA: En caso de incumplimiento LA DOCTORA deberá pagar en concepto de daños y perjuicios las dos terceras partes de lo pactado como sus honorarios. CUARTA: La paciente manifiesta estar informada de todo lo relativo a su tratamiento odontológico, y ambas partes manifiestan que están conformes con lo estipulado y que aceptan cada una de las cláusulas del presente instrumento. Leemos lo escrito y enteradas de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales lo aceptamos, ratificamos y firmamos.

f

f

En la Ciudad de Guatemala, el catorce de abril de dos mil ocho, como Notaria DOY FE:
Que las firmas que anteceden y que calzan CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, son auténticas, por haber sido puestas el día de hoy en mi presencia por IRMA JUDITH VALENZUELA RAMÍREZ y MARTA ALICIA MARTINEZ OCHAETA, ambas de mi anterior conocimiento. Las signatarias firman nuevamente al pie de la presente Acta de Legalización junto a la Notaria autorizante quien de todo lo actuado DA FE.

f

f

Ante Mí:

Firma y sello de la Notaria.

BIBLIOGRAFIA

ALCÁNTARA SUÁREZ, Verónica. **Utilización del consentimiento informado por odontopediatras en la ciudad de México.** (s.e.) Distrito Federal, México, Ed. Asociación Dental Mexicana, 2004.

CABANELLAS TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** 14a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 1a. ed; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1976.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 4a. ed.; Revisada, actualizada y ampliada por Luís Alcalá-Zamora y Castillo; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.

CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles.** (s.e.) Guatemala, Ed. Universidad Rafael Landívar. , 2003.

ESPASA CALPE, S.A. **Diccionario jurídico espasa lex.** (s.e.) Madrid, España Versión electrónica. Fundación Tomás Moro, 2001

LORDA, Pablo Simón. **Problemas prácticos del consentimiento informado: El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas.** (s.e.). Barcelona, España Ed. Fundación Víctor Grífols Lucas. 2002.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** (s.e.) (s.l.i.) Versión electrónica.

PAZOS, Arturo. **Fundamentos antropológicos de las directrices del magisterio en temas de Bioética.** (s.e.), Madrid, España Ed. Editores Médicos SA., 2001.

PÉREZ DE LEAL, Rosana. **Responsabilidad civil del médico: Tendencias clásicas y modernas.** Buenos Aires, Argentina (s.e.) Ed. Universidad, 1995.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano,** Santo Domingo, República Dominicana, (s.e.) Ed. Dalis, 2000.

PIERAGELI, José Enrique. **El Consentimiento del Ofendido una teoría del delito,** Buenos Aires, Argentina, (s.e.), Ed. Del Puerto S.R.L, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Problemas prácticos del consentimiento informado: El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos.** Ed. Fundación Víctor Grífols i Lucas. Barcelona, 2002.

SÁNCHEZ-CARO, Joaquín. **Derechos y deberes de los pacientes.** Madrid, España (s.e.) Ed. Granada, 2003.

YUNGANO, Arturo Ricardo; Jorge López Bolado y otros. **Responsabilidad profesional de los médicos: Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas.** Buenos Aires, Argentina (s.e.) Ed. Universidad, 1992.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Del Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 106.

Código Procesal Civil y Mercantil. Del Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 107.

Código de Salud. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 90-97.