



Los derechos del paciente frente a la responsabilidad

Felipe Amenábar Atria

Profesor Ayudante de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Introducción

Nuestra facultad abordó el tema de la Responsabilidad Médica, organizando un seminario relativo a la materia, que se llevó a cabo en julio del año 2000, con la participación de destacadas personas del área salud, y de profesores de nuestra Universidad. Los trabajos y conferencias fueron publicados en la revista *Actualidad Jurídica*, número 3, de enero de 2001.

En esas exposiciones, y posteriormente con la lectura de las ponencias, que subsumen en un grado bastante avanzado los problemas de la responsabilidad médica (tal vez el único tema que no fue directamente abordado fue el tema del seguro por responsabilidad médica), nos hemos percatado que la problemática de este tipo de responsabilidad radica en un hecho fundamental: la relación médico-paciente.

De la manera como pretendamos conceptualizar, definir y calificar esta relación, desde diversos puntos de vista, es como más perfectamente podremos comprenderla, normarla y aplicarla.

Por otra parte, el Ejecutivo, por medio del boletín número 2727-11, de fecha 8 de junio de 2000, ha enviado al Congreso Nacional un proyecto de ley para establecer *Los Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud*, el cual actualmente aún se encuentra en trámite, no obstante señalarse en su mensaje que *el presente proyecto constituye la primera etapa de la Reforma a la Salud. En efecto, queremos dejar en claro que el eje de dicha reforma lo constituye la persona. Nada sacamos con modificar o reestructurar el financiamiento, la administración de los establecimientos o regular lo relativo a la autoridad sanitaria, si no establecemos previamente los derechos y deberes fundamentales que todos tenemos y podemos exigir en salud*.¹

¹ Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.

En este proyecto se establecen una serie de derechos específicos de las personas cuando solicitan atención o ingresan con carácter de pacientes a las instituciones públicas o privadas de salud.

El establecimiento definitivo de los derechos que se pretenden incidirá directamente en la relación médico-paciente, afectando en particular la faz de responsabilidad de la misma, como pasaremos a señalar.

II. Consideraciones acerca de la relación médico-paciente

1. Consideraciones de índole médica

El doctor Gonzalo Grebe Barros, Decano de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su intervención en el Seminario de Responsabilidad Médica, aludido, expresaba que la actividad médica se funda en una relación interpersonal médico-paciente de naturaleza particular. Señala: *"ella es "un encuentro entre una confianza y una conciencia". La "confianza" de un hombre marcado por el sufrimiento y la enfermedad, y por tanto la necesidad, el cual confía a la "conciencia" de otro hombre que puede hacerse cargo de su necesidad y que lo va a encontrar para asistirlo, cuidarlo y sanarlo".*²

Por su parte, el doctor Enrique Accorsi Opazo, Presidente del Colegio Médico de Chile, conceptualiza la relación médico-paciente como *"el conjunto de interacciones que entran en juego cuando un paciente recurre a un médico en búsqueda de tratamiento, consejo o alivio a sus dolencias... Reposa en conocimientos y competencias reconocidos, responsabilidades, servicios y esperanzas, derechos y necesidades humanas fundamentales".*³ Por ello, afirma, es que la relación médico-paciente es normada por códigos deontológicos.

Continúa señalando el autor, que hoy por hoy, la relación médico-paciente ha evolucionado desde una relación exclusivamente científica de la enfermedad, en donde el médico es el depositario del saber, de la competencia y de la objetividad científica suficiente para corregir lo que no funciona en el cuerpo de un individuo, a otra donde se concibe que la medicina

² Dr. Gonzalo Grebe Barros, Decano de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su conferencias "Responsabilidad Médica", en seminario del mismo nombre organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Publicada en la revista *Actualidad Jurídica*, Año II, número 3, enero 2001, pág. 157.

³ Dr. Enrique Accorsi Opazo, Presidente del Colegio Médico de Chile, en su ponencia "Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica", en seminario "La Responsabilidad Médica" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, publicada en la revista *Actualidad Jurídica*, Año II, número 3, enero 2001, pág. 161.

pertenece ante todo al dominio de lo racional. *“En esta perspectiva, el acto médico y el juicio clínico deben respetar el todo de la persona, incluyendo lógicamente lo vivido por el sujeto enfermo”*.⁴ Luego, citando a Edmundo Pellegrino y David Thomas, en su libro *Bases Filosóficas de la Práctica Médica*, plantea que los deberes de un médico reposan antes que nada en el hecho que *“un ser humano tiene intrínsecamente necesidad de ayuda para recobrar la salud”*. *“La relación médico-paciente es, por ende, una relación humana que se nutre de un fundamento antropológico profundo, y para que sea auténtica requiere de ciertas características fundamentales que se constituyen en cualidades esenciales que deben definir los comportamientos de profesionales y pacientes, de unos a otros, recíprocamente”*.⁵

2. Aspectos jurídicos de la relación médico-paciente

A. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente

Se afirma tradicionalmente, en términos generalmente aceptados, que la relación que une al médico y al paciente, y más allá del carácter “fáctico”, que como hemos visto le pretenden dar los profesionales médicos, es de índole contractual⁶, por cuanto se prestan servicios profesionales, y ello sin perjuicio del pago dinerario que pueda mediar por ellos.

En efecto, se sostiene por la doctrina nacional:

a) Don Enrique Paillas cita una sentencia de la Corte de Casación Francesa, de fecha 20 de mayo de 1936, en el sentido que: *“Pero considerando que se forma entre el médico y su cliente un verdadero contrato que comporta para el médico la obligación, si no evidentemente de curar al enfermo, lo que, por otra parte, no se ha alegado jamás, de prestarle al menos cuidados, y no cualesquiera, sino concienzudos, atentos y, hecha la reserva de circunstancias excepcionales, conforme a los resultados logrados por la ciencia; que la violación, incluso involuntaria, de esta obligación contrac-*

⁴ Dr. Enrique Accorsi Opazo, ob. cit., pág. 163.

⁵ Dr. Enrique Accorsi Opazo, ob. cit., pág. 163.

⁶ En sentido contrario, el profesor Enrique Barros Bourie. “Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual”, texto preparado por don Eduardo Ugarte D. y Alejandro Vicari, V., como memoria de prueba para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2001, pág. 233. Sostiene que en materia de responsabilidad médica para determinar la acción que se interpondrá como consecuencia de un daño deberá precisarse si existe un acuerdo contractual con el médico o clínica respectiva, debiendo así ser una responsabilidad de tipo contractual. De no ser así, se aplicarán las normas sobre responsabilidad extracontractual, y eventualmente podrá concurrir la responsabilidad por el hecho ajeno si el médico trabaja para la clínica o el daño es causado por miembros de su equipo. En consecuencia, este autor no define la relación médico-paciente *a priori* contractual, por el hecho de prestarse servicios médicos al paciente, cree necesario la comprobación de la existencia de un contrato entre ellos, de manera tal que si no existe, vuelve a la regla general, que la considera la responsabilidad extracontractual.

tual, está sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual".⁷

Agrega el autor que *"se trata de un contrato sinalagmático" que pone a cargo del médico la obligación de dar cuidados al paciente, y obliga a éste a remunerar al profesional, y, en todo caso, de no ir en contra de las prescripciones del médico sin advertírselo. Es un contrato intuito persona... civil y nunca comercial... sus cláusulas van subentendidas... La más de las veces este contrato es simplemente verbal"*.⁸

b) Don Arturo Alessandri señala: *"La responsabilidad de un médico, cirujano, dentista o matrona, por los daños que cause al paciente que ha contratado sus servicios, ya por negligencia o imprudencia en su cuidado, como si omite indicarle las precauciones esenciales que su estado exige o los riesgos o consecuencias que puede acarrear la operación o el tratamiento que le aconsejó... es contractual"*.⁹

c) El Profesor Lorenzo de la Maza en su trabajo "El Contrato de Atención Médica", publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 1, año 1989, opina en el mismo sentido, agregando que *"hay que convenir que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha relación inicial es una estipulación por otro (art. 1449) o el otorgamiento de un mandato (arts. 2116 y 2123) o un cuasi contrato de agencia oficiosa (arts. 2284 y 2286), lo que en su opinión no excluye que, en todo caso, la responsabilidad civil será contractual"*.¹⁰

B. La naturaleza jurídica del contrato celebrado entre médico-paciente.

El profesor Ambrosio Rodríguez Q., en su intervención en el seminario "Responsabilidad Civil: La Reparación del Daño", de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, y posteriormente, en su conferencia a propósito del seminario sobre "La Responsabilidad Médica" de esta casa de estudios superiores, ha señalado que el artículo fundamental del Código Civil que se refiere a la materia que nos ocupa es el 2118: *"Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"*.

⁷ Enrique Paillás, *Responsabilidad Médica*. Editorial Jurídica Conosur, 1995, pág. 27

⁸ Enrique Paillás, ob. cit., pág. 28.

⁹ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Editorial Jurídica Conosur, año 1983, tomo I, pág. 75, N° 42.

¹⁰ Lorenzo de la Maza R., "El Contrato de Atención Médica". *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 16, N° 1, año 1989.



Sostiene el profesor Rodríguez Q. que el Código Civil en el artículo 2118 no entra a calificar la naturaleza jurídica de los contratos que tienen por objeto estos servicios, sino que se limita a señalar que “se sujetan” a las reglas del contrato de mandato. Luego continúa señalando que según el artículo 2012 del mismo texto legal, esos mismos servicios se sujetan, también, a las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no tienen de contrario a las reglas del mandato.

Así concluye, de las normas referidas, que “los servicios a que nos estamos refiriendo no pueden calificarse de contrato de mandato”, y que “en principio, los servicios a que se refiere el artículo 2118 dan origen al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, y pueden darlo a su vez al contrato de trabajo en dos casos: a) Cuando para el desempeño de estas funciones no se requiere de un título profesional; b) Cuando, requiriéndolo, el profesional presta sus servicios a un solo empleador bajo vínculo de subordinación o dependencia”.¹¹

De esta manera los servicios profesionales que debe brindar un médico a su paciente se rigen primeramente por las normas dadas para el contrato de mandato, luego, en forma subsidiaria, y en lo que no fueren contrario a ellas, por el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.¹²

¹¹ Ambrosio Rodríguez Q., conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez, 15 de junio de 2000, Seminario “Responsabilidad Civil: La Reparación del Daño”; y en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 27 de julio de 2000, Seminario: “La Responsabilidad Médica”. Publicado en la revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo, año II, número 3, pág. 186.

¹² Sostiene el Profesor A. Rodríguez Q., ob. cit, pág. 186, que “La prestación de los servicios por las personas a que se refiere el artículo 2118 se rige en primer término por las reglas del mandato, porque así lo dispone esta norma, y subsidiariamente, en lo que no fueren contrarias a esas reglas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Los preceptos que rigen a este último contrato, y que por tanto se aplican al que nos ocupa, se refieren, según el artículo 2006, a las siguientes materias:

1. A la determinación del precio u honorario; en esta materia prima el artículo 2117, en consecuencia, estos servicios serán siempre remunerados y la remuneración se determina primeramente por la voluntad de las partes, a falta de estipulación por la ley, si no hay disposiciones legales por la costumbre, y en último término por el juez, ya que el artículo 2117 entrega al tribunal esta facultad discrecional.
2. El derecho de reclamar perjuicios se rige por las reglas generales de los contratos (artículo 1999); salvo los que se dirá más adelante sobre el peso de la prueba.
3. Aplicando preferentemente las reglas del mandato, puede concluirse también que el médico puede renunciar en cualquier momento, sin perjuicio que deba continuar cumpliendo sus obligaciones por un tiempo razonable para evitar perjuicios al cliente.
4. El cliente puede revocar el contrato a su arbitrio.
5. Ambas situaciones descritas, renuncia y revocación, están sujetas a las reglas generales de los contratos en lo que se refiere a las reclamaciones de perjuicios.
6. En caso que se alegue por el cliente que los servicios no se han ejecutado debidamente, rige el artículo 2158, cuyo inciso final dispone que no puede el mandante excusarse de cumplir con sus obligaciones alegando que el asunto encomendado no ha tenido buen éxito, salvo que le **pruebe culpa**. En consecuencia, la prueba incumbe al cliente y si no la produce será obligado a pagar la remuneración.
7. El resto de las disposiciones del contrato se regirán por las normas de arrendamiento de servicios inmateriales”.

III. Referencia al proyecto de ley “Derechos y deberes de las personas en materia de ley”¹³

1. Disposiciones generales y definiciones

A. Ambito de la aplicación.

Señala el mensaje del proyecto de ley que los derechos y deberes que se establecen los poseen las personas respecto a la atención de salud que requieran frente a cualquier tipo de prestador, teniendo siempre en consideración, en los casos que proceda, con observancia de la normativa específica reguladora del sistema público o privado de que se trate.

B. Conceptos generales.

Se definen en el proyecto una serie de términos tales como prestador de salud y miembro del equipo de salud, esenciales para comprender acertadamente el alcance y naturaleza de esta normativa.

2. Derechos de las personas en salud

En el título II de la iniciativa legal, destaca su mensaje, se contiene un catálogo de derechos fundamentales de las personas en salud, que pretenden dar materialidad específica, frente a los prestadores de salud, a la garantía constitucional de protección del libre e igualitario acceso a las acciones de salud.

a. Libre e igualitario acceso a las acciones de salud.

Se pretende garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de aquellas destinadas a la rehabilitación.

Asimismo, se prohíbe que, cualquiera sea la entidad que otorgue la atención, se puedan efectuar discriminaciones arbitrarias de ningún tipo.

b. Trato digno y respetuoso

¹³ Este capítulo se ha desarrollado sobre la base del mensaje del Proyecto de Ley “Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud”, Boletín número 2727-11, fecha de Ingreso a la Cámara de Diputados 8 de junio de 2001, incluyéndose en términos similares a su desarrollo y redacción con el fin de dar una visión global del proyecto que incluye la normativa objeto de este estudio.



Se contempla el derecho de las personas al trato digno y respetuoso que el equipo de salud respectivo debe prodigar a las personas que decidan atenderse con ellos; trato digno que involucra, como mínimo, el uso del lenguaje adecuado, la adopción de una actitud cordial y amable, y el absoluto respeto de la privacidad y pudor de las personas.

c. Derecho a recibir compañía y asistencia religiosa o espiritual

Señala el mensaje que estrechamente relacionado con la protección y garantía de la dignidad de las personas, así como con la mejor y más pronta recuperación de los pacientes hospitalizados, se establece el derecho a recibir la compañía de parientes y amigos cercanos y de recibir apoyo espiritual si así lo desearan, todo ello de acuerdo a la normativa reglamentaria especificada vigente.

d. Derecho a formular consultas y reclamos

Se establece el derecho de todas las personas de efectuar, en forma verbal o por escrito, las consultas, reclamos y sugerencias, así como de manifestar sus opiniones a los prestadores de salud, relativas por cierto a materias de su competencia.

e. Derecho a la información.

Otro derecho esencial, que recoge la iniciativa legal, es el de información que las personas pueden solicitar a los prestadores de salud y el correlativo deber de éstos de proporcionarla, respecto de materias administrativas como las acciones o prestaciones de salud que ofrecen los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a ellas, y las condiciones exigidas para la obtención de atención de salud.

En relación con lo anterior, materia que abordamos en detalle en el próximo capítulo, se establece el derecho a ser informado respecto de materias directamente relacionadas con la atención de la salud específica de que se trate, en especial el derecho de toda persona a ser informada, en forma adecuada, oportuna y comprensible, y con estricta consideración de sus características personales, respecto a su condición de salud, los tratamientos posibles, su evolución y pronóstico.

Se establece que podrán ser informadas personalmente o a través de familiares debidamente autorizados por el interesado o representantes legales, así como de manifestar por escrito la voluntad de no ser informados.

f. Consentimiento informado.

Una de las mayores innovaciones introducidas en este proyecto está representada por el "consentimiento informado", el cual sólo enunciamos en este acápite, por cuanto lo desarrollaremos en el siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que el mensaje sostiene que el consentimiento informado contribuirá decisivamente a fortalecer la relación de confianza entre médicos y pacientes y, de paso, disminuirá las asimetrías de información propias de dicha relación, en la medida que institucionaliza una instancia que permite que el facultativo entregue oportunamente información completa, adecuada y necesaria para que las personas y/o sus familiares puedan adoptar ilustradamente las decisiones más acertadas para el cuidado de su salud.

También se ocupa, como veremos, el proyecto de la situación de los pacientes terminales, la que el mensaje se preocupa de diferenciar de la eutanasia. Luego aborda la situación relativa a la muerte cerebral, para finalmente darnos normas sobre responsabilidad, todo lo cual trataremos en los capítulos siguientes.

g. Privacidad de la ficha clínica.

Por otra parte, el proyecto contiene normas relativas al uso de los datos consignados en las fichas clínicas, señalando que toda la información en ellas contenida será considerada como dato sensible, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N°19.628.

Asimismo, se establece que las fichas clínicas deberán permanecer en poder del prestador de salud, sin perjuicio que el paciente o sus herederos, en caso que éste fallezca, podrán obtener copia de todos o parte de los datos consignados en ellas.

Finalmente, y como consecuencia de su carácter de datos sensibles, se consagra el derecho de los pacientes a que nadie que no esté involucrado directamente en su atención médica tenga acceso a la información de su ficha clínica, salvo autorización por escrito del titular, orden judicial o, respecto del Ministerio de Salud y sus organismos dependientes, razones estadísticas, de salud pública o de fiscalización.

3. Deberes de las personas en salud

En términos genéricos, la iniciativa contempla un catálogo de deberes destinados a obtener, de parte de las personas, su colaboración en la creación



de condiciones que permitan gozar de un ambiente saludable, lo que por cierto constituye una importante medida de prevención sanitaria, contribuyendo igualmente al cuidado de su propia salud, al de su familia y al de la comunidad toda.

a. En este sentido, se determina que es un deber de las personas informarse de los riesgos y alternativas de procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se le indiquen o apliquen, así como solicitar la debida atención de salud para sí y sus familiares.

b. Se contempla, igualmente, que las personas deben cumplir las prescripciones generales de carácter sanitario, comunes a toda la población, así como las indicaciones del equipo médico respectivo, si hubiere aceptado someterse a un tratamiento o procedimiento específico.

c. Se establece que las personas deben informarse acerca de los procedimientos de consulta y reclamación que los prestadores de salud respectivos hubieren habilitado al efecto.

d. Finalmente, las personas deben contribuir a la mantención de los establecimientos de salud, a través del cuidado de sus instalaciones y el uso responsable de sus servicios y prestaciones.

4. Fiscalización y sanciones

En lo que se refiere a la fiscalización de las normas de esta ley y la sanción por su incumplimiento, teniendo presente que el Código Sanitario, en su artículo 129, encomienda a los Servicios de Salud la autorización sanitaria de los establecimientos asistenciales así como su fiscalización, se estimó apropiado entregar tales funciones a dichos servicios, todo ello conforme a las normas del Libro Décimo del referido Código, sobre procedimiento y sanciones.

Respecto de los Servicios de Salud mismos, en su carácter de prestadores de salud, se encarga a su Director velar por el cumplimiento de esta normativa y sancionar sus infracciones conforme a las disposiciones de la Ley N°18.834, Estatuto Administrativo, cualquiera sea el estatuto específico que rija al funcionario infractor.

IV. El consentimiento informado

1. Concepto

El mensaje del proyecto conceptualiza el consentimiento informado como *"una institución en virtud de la cual las personas tienen derecho, una vez que se les haya entregado información completa al respecto por parte de los profesionales tratantes, de aceptar o rechazar los procedimientos de cirugía mayor o compleja u otros que determine el Ministerio de Salud, que le hayan sido propuestos o sugeridos por los profesionales tratantes"*.¹⁴

2. Consagración positiva del derecho

En el proyecto de ley, bajo el Párrafo 7^º, que trata del consentimiento informado, no se define la institución, prefiriendo la técnica legislativa de consagrar directamente el derecho, así el artículo 16 inciso 1^º señala: *"Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su consentimiento para someterse a cualquier procedimiento invasivo, de cirugía mayor o compleja, y otros que defina el Ministerio de Salud, salvo que la negativa pueda implicar su muerte y siempre que no exista otro procedimiento alternativo"*.

Para ejercer este derecho el proyecto les impone una obligación a los profesionales médicos, en el inciso 2^º del artículo 16, cual es el de *"proporcionar información completa al respecto, en forma oral y también por escrito, en un formulario que deberá firmar la persona o su representante legal en caso que decida otorgar o denegar el consentimiento"*, debiendo llevarse a cabo el proceso en forma previa al tratamiento o intervenciones, y en lenguaje comprensible.

Si estamos en presencia de menores de edad, debe consultárseles su opinión, cuando sea posible, correspondiendo la decisión definitiva a su representante legal (Artículo 16, inciso 3^º).

Finalmente, en el inciso 5^º del artículo en comento se establece que, *"en caso de pacientes cuyo estado impida obtener su consentimiento, se presumirá que acepta el tratamiento respectivo hasta que su voluntad pueda ser recabada"*.

La consecuencia legal de la decisión adoptada por el paciente, luego de informado en los términos exigidos por el legislador por su médico tratan-

¹⁴ Mensaje del Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.



te, es que tal decisión debe ser acatada por el cuerpo médico, según lo señala el artículo 17 del proyecto.

Sin embargo, señala el mismo artículo 17, no se requerirá el consentimiento del paciente, y por ende no producirá sus efectos, en caso de:

a) que se genere un riesgo para la salud pública, de conformidad a lo señalado por el Código Sanitario, en este caso, el paciente debe someterse a las decisiones que al respecto adopten los profesionales médicos.

b) que se trate de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, que haya riesgo vital o consecuencia funcional grave.

Ahora bien, aun cuando el paciente haya rechazado el tratamiento, por el ejercicio que el legislador le pretende conferir, y ello pueda significar o acarrear la muerte del paciente, esta voluntad no debe ser acatada por el médico tratante, sino cuando se den los siguientes supuestos, señalados en el artículo 18 del proyecto:

a) Que se trate de un paciente en estado terminal, situación de hecho que define el legislador como aquel que *“padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida”*.

b) Que los cuidados sean innecesarios, es decir, sólo prolonguen su agonía.

c) Que un segundo médico, que no haya participado en las tratativas médicas, esté conteste con el carácter de terminal del médico y con lo innecesario del tratamiento.

d) Que no haya riesgo para la salud pública.

Se trata también por el proyecto la situación de los pacientes en estado de muerte cerebral, que además estén en la situación de estado terminal, artículo 19 del proyecto de ley:

a) Tratándose de menores de edad, o de legalmente incapaces, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos corresponde al representante legal; a falta de éste, al cónyuge; a falta de éste, corresponde a los parientes consanguíneos en línea recta de grado más próximo presentes; a falta de ellos, a los consanguíneos en línea colateral de grado más próximo, hasta el tercer grado.

b) La muerte cerebral, para estos efectos, se debe acreditar por medio de una certificación unánime e inequívoca de un cuerpo o equipo médico, de los cuales uno de ellos, al menos, debe desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.

La certificación se debe otorgar cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acredita con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por pruebas o exámenes calificados.

c) Un reglamento establecerá que se debe declarar la muerte cuando, al menos, se presenten en el paciente: i) ningún movimiento voluntario observado durante una hora; II) apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador; III) ausencia de reflejos troncoencefálicos.

d) En estas condiciones la decisión de no someter al paciente a los tratamientos médicos, o cirugías correspondientes, será acatada.

3. Elementos

Los elementos que integran el consentimiento informado, deducidos a partir de su concepto y normativa, estimamos serían los siguientes:

1. Información completa del médico tratante, oral, escrita en un formulario, y comprensible.
2. Se refiere exclusivamente a determinados procedimientos médicos, que deben ser invasivos, de cirugía mayor o compleja, o bien determinados por el Ministerio de Salud.
3. Solemne, se requiere sea otorgado en forma previa, en formulario firmado al efecto.
4. En principio no se puede actuar por intermedio de representante legal, sólo está permitido ello en determinadas situaciones.
5. Se debe consultar la opinión del menor de edad.
6. Se presume el consentimiento en caso de pacientes con un estado tal que impida conocer voluntad.
7. Es jerárquicamente inferior al derecho a la vida.



Analizaremos cada uno de ellos:

1. La información del médico tratante.

Primeramente, es importante destacar que el legislador establece un requisito esencial para el ejercicio del derecho, y lo hace imponiendo una obligación, que, a todas luces, era una necesidad y así ha sido ampliamente reconocido por la doctrina nacional: el deber de informar por parte del médico tratante.

Hemos indicado este elemento en primer lugar porque, como veremos, pasará a ser fundamental al momento de analizar la responsabilidad del médico tratante.

El profesor Ambrosio Rodríguez, en las conferencias citadas, hacía referencia a la obligación del médico tratante, como parte del contenido contractual que une al médico con el paciente, a la luz del artículo 1546 del Código Civil.¹⁵

“El enfermo antes de consentir en algo debe conocer y comprender el alcance de su decisión sea para aceptar o rechazar lo que se le propone. El deber del médico de informar al paciente debe comprender *“de manera completa y continua, verbal y escrita al enfermo, familiares o allegados, acerca del diagnóstico y pronóstico y alternativas del tratamiento”*, así lo dice expresamente la Ley General de Sanidad de España, promulgada el 25 de abril de 1986, artículo 10.”¹⁶

En el proyecto se exige que la información que el médico debe entregar al paciente debe darse en forma oral, esto es, verbalmente, explicando la situación, ello basado en las características humanas de la relación médico-paciente que hemos destacado más arriba, pero, además, el proyecto ha pretendido que el consentimiento se manifieste en forma solemne, por ello, la información del médico también debe constar por escrito, y para ello, deberá llenarse un formulario al efecto, no basta cualquier medio de información escrita.

En la información a que hacemos referencia se debe explicar cabalmente las eventuales actuaciones médicas que corresponda, el diagnóstico, los tratamientos que se van a seguir u otros posibles, los riesgos y efectos secundarios, si existen, e incluso las alternativas posibles que existen a las medidas que se proponen.

¹⁵ A. Rodríguez Q., ob. cit, pág. 187

¹⁶ A. Rodríguez Q., ob. cit, pág. 188

Estimamos, aunque el proyecto no lo expresa, pero lo deducimos de la característica que la información debe ser completa, que ella debe además comprender las consecuencias que se generarían de no llevarse a cabo el tratamiento sugerido.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde sí establecer que la información debe comprender ciertos límites que son conocer las características más típicas del o los tratamientos informados, los riesgos y dificultades más comunes.¹⁷

El proyecto rescata otra realidad dada por la naturaleza de las cosas, al exigir que la información, además, deba ser dada en un lenguaje comprensible. Es de público conocimiento que la medicina, por lo técnico y complejo de las materias que trata, emplea un lenguaje particularmente especializado, que el común de las personas dista de dominar. El legislador se ha preocupado de ello, y ha pretendido exigir que la información sea entregada en un lenguaje que sea comprensible para el paciente. Puede que así brindada no sea todo lo especializada y técnica que se requiera, o no se logre una cabal explicación médica, pero no se está frente a una cátedra de medicina, sólo frente al paciente, y él ciertamente la comprenderá; ello es fundamental para que su consentimiento sea informado.

Reiteramos que lo que se ha dicho respecto de la calidad de la información, como veremos más adelante, será fundamental al momento de analizar la responsabilidad del médico tratante.

Finalmente, en este contexto, creemos que el profesional médico se acercará en nuestro país, empleando la terminología del Profesor Extraordinario de Medicina de la Universidad de Chile Dr. Jaime Pérez-Olea,¹⁸ al llamado "médico cibernético", que basa sus conclusiones sólo en hechos que comprueba, descartando en principio los juicios de valor, tratándose de un profesional "lógico y frío", "bien informado", "formula un diagnóstico y propone la terapéutica", por cuanto, salvo las excepciones legales, la aceptación o rechazo del tratamiento dependen del paciente.

¹⁷ Mayor información sobre los límites de la información en Ambrosio Rodríguez, ob. cit., pág. 189.

¹⁸ Jaime Pérez-Olea, "Tratamiento Médico y la Práctica Quirúrgica." *Revista de Ciencias Penales*, año 1982; citado por el Profesor A. Rodríguez, ob. cit.: "a) El "Médico cibernético", que basa sus conclusiones sólo en hecho que comprueba, descartando en principio los juicios de valor. Es un profesional "lógico y frío", "bien informado", "formula un diagnóstico y propone la terapéutica". La aceptación o rechazo del mismo dependen del paciente. b) El médico paternalista, sobreprotector, que apoya emocionalmente al paciente, pero que actúa como si la responsabilidad fuese exclusivamente suya. "A menudo le oculta al enfermo la verdadera naturaleza de la enfermedad y prescribe el tratamiento sin requerir el consentimiento del enfermo". c) El médico que establece una relación contractual con el paciente, en el cual la responsabilidad es compartida, su rol es de un médico dispuesto a tomar sólo aquellas decisiones en las cuales el enfermo ha convenido".



2. El tratamiento médico.

De la lectura del artículo 16 del proyecto, podemos concluir que no cualquier enfrentamiento a un procedimiento médico pone al paciente en la necesidad de otorgar o denegar su consentimiento a ello.

Así, estará el paciente en la situación de consentir o no en los procedimientos médicos que reúnan las siguientes características:

- i) invasivos;
- ii) de cirugía mayor o compleja;
- iii) o cualquiera otro que determine para tales efectos el Ministerio de Salud.

Se presenta así el problema de determinar qué debemos entender por invasión, y luego por complejo o de cirugía mayor.

A priori no podemos indicar o catalogar cuáles procedimientos reúnen una o ambas características. Puede darse el caso que se trate de un procedimiento invasivo, como la extracción de sangre, pero ciertamente no se trata de una cirugía mayor o compleja. A su turno, el trasplante de piel a una persona quemada puede perfectamente no ser invasivo desde el punto de vista que se ingrese al cuerpo del paciente, pero por cierto que es complejo o de cirugía mayor.

Para dilucidar la materia, podemos entregar algunos criterios que nos permitan tratar de clasificar si el tratamiento es invasivo y de cirugía mayor o compleja, con las prevenciones que se trata de una materia altamente técnica, y que lógicamente un facultativo tendrá más cosas que agregar:

- Tipo de anestesia empleada, distinguiendo entre la local propiamente tal (anestesia la piel y los planos subcutáneos, por ejemplo las hernias), raquídea (anestesia nervios sensitivos y motores a nivel de columna, en espacio tres o cuatro lumbar), o troncular (anestesia un tronco nervioso que da sensibilidad a un sector determinado del organismo y se utiliza generalmente en cirugías en secciones superiores), o general, siendo más compleja la intervención que requiere anestesia general. Reiteramos que estos criterios se deben tomar con cierta amplitud, por cuanto no es determinable que siempre que se requiera anestesia local, la cirugía es menor, por ejemplo, como ocurre con la operación werthtin, que consiste en una extirpación de úteros u anexos (ovarios y trompas) frente a un cáncer de ovarios o mioma uterino, en que se utiliza anestesia local raquídea. O bien cuando se opera una extremidad superior, por ejemplo fractura de antebrazo o brazo, que

emplea una anestesia troncular, en donde se anestesian los troncos nerviosos que emergen de la columna cervical, y que dan la sensibilidad correspondiente al miembro sobre el cual se intervendrá.

- El factor riesgo de la intervención también es un elemento a considerar. Por ejemplo, una biopsia hepática practicada al hígado tiene un porcentaje de mortalidad del 4 al 5 %, y se trata sólo de un examen, lo mismo vale para la biopsia renal, en que el riesgo es un poco mayor.
- Características del periodo postoperatorio, si éste es corto, si requiere cuidados intensivos, hospitalización, o es simplemente ambulatorio.
- Otro elemento, que dejo planteado al análisis, por que no creo que sea capaz de determinar a priori si una intervención es no compleja, son las características y habilidades del equipo médico, por cuanto una operación determinada puede revestir distintas dificultades para un equipo médico respecto de otro, según la experiencia que tenga cada cual, y la infraestructura del pabellón.

El proyecto legal, consciente de esta dificultad, señala que el Ministerio de Salud puede determinar cuáles procedimientos serán los que reúnan estas características.

3. Solemne.

Se requiere que el consentimiento conste por escrito en el formulario que da la información por parte del médico al paciente, y ello debe ocurrir en forma previa a la realización del procedimiento que corresponda. Se exige al efecto una firma del paciente.

Estimamos necesario destacar que en el proyecto se habla de "formulario", de manera tal, que, aunque no se menciona, al parecer habría intención de estandarizar la entrega de información, tal vez por un sistema universal entregado por el Ministerio de Salud.

4. Se debe actuar en persona.

Estimamos que el proyecto exige que la entrega del consentimiento debe ser dada en persona, no permitiendo la actuación de mandatario alguno.

Sostenemos lo anterior, basándonos en la norma del artículo 16 inciso final, que prescribe que en aquellos casos en que la voluntad de la persona no puede ser conocida, podría serlo por intermedio de un mandatario, se

presumirá que da su consentimiento al tratamiento que corresponda. Además en el mensaje se señala que se ha estimado como necesario que sea la persona quien deba consentir: *"Ahora bien, nos ha parecido fundamental que la decisión la adopte exclusivamente el paciente, pues él es, en definitiva, el sujeto del derecho, el que soberanamente debe aceptar o rechazar el pertinente tratamiento. Es por ello que, mientras no sea posible recabar la voluntad del paciente, se presume que él la ha dado, debiendo aplicarse los tratamientos correspondientes"*.¹⁹

Excepcionalmente se permite la actuación por intermedio de un representante legal: tal es el caso de los menores de edad (sin perjuicio que deban ser consultados), cualquiera sea el caso; o que se trate de legalmente incapaces en estado de muerte cerebral, y además, terminal, artículos 16, 18 y 19 del proyecto.

5. Se debe consultar la opinión del menor de edad.

Siguiendo las tendencias internacionales sobre los derechos de los niños, el legislador pretende establecer la obligación de escuchar la opinión del menor, la que será informativa, pero no determinante, por que quien debe manifestar el consentimiento es el representante legal del mismo. Artículo 19.

6. Presunción de consentimiento.

Establece el artículo 18 inciso final del proyecto, que tratándose de un paciente cuyo estado impida obtener su consentimiento, se presumirá que acepta el tratamiento respectivo, hasta que su voluntad pueda ser recabada.

Se establece una presunción legal de haberse consentido. En efecto, del hecho conocido, gravedad del paciente e imposibilidad de conocer si consiente, debemos concluir, presumir, que significa que consiente. Ello, en consecuencia, permitiría, al menos en teoría, desvirtuar el consentimiento o hecho conocido de la presunción. Decimos en teoría, porque en la práctica los únicos medios para atacar la presunción serían el establecer que el paciente no se hubiese encontrado en un estado que impidiera conocer su voluntad, por cuanto atacar el hecho desconocido es imposible, si el paciente en esa época no podía manifestarse.

Sería pertinente agregar que no estamos en presencia de un caso de silencio circunstanciado en la formación del consentimiento, desde el momen-

¹⁹ Mensaje Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.

to que la presunción tiene una duración en el tiempo, toda vez que se concluye el consentimiento del paciente hasta que él pueda manifestar su voluntad. Como sabemos, el silencio circunstanciado forma consentimiento, aunque sólo excepcionalmente en nuestro sistema.

7. Es jerárquicamente inferior al derecho a la vida.

En efecto. Se consagra el derecho a consentir o no en un tratamiento médico de las características mencionadas, en la medida que la negativa no vaya a implicar la muerte y siempre que no exista un tratamiento alternativo.

En la medida que la negativa del paciente implique la muerte, y no exista un tratamiento alternativo, se le debe efectuar el tratamiento originalmente prescrito.

En el mismo sentido, no se acata la voluntad del paciente si se ve involucrada la salud pública, o bien estamos frente a atenciones médicas de urgencia que de no practicarse implican riesgo vital o secuela funcional grave.

Sólo puede acatarse la decisión de no aceptar un tratamiento médico que implique la muerte, en caso de estar frente a un paciente terminal, a la luz del propuesto artículo 18, cuando se den las siguientes condiciones, copulativas:

- Que se trate de un paciente en estado terminal, situación de hecho que define el legislador como aquel que *“padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida”*.
- Que los cuidados sean innecesarios, es decir, sólo prolonguen su agonía.
- Que un segundo médico, que no haya participado en las tratativas médicas, esté conteste con el carácter de terminal del médico y con lo innecesario del tratamiento.
- Que no haya riesgo para la salud pública.

Ahora bien, si además el paciente en estado terminal se encuentra en estado de muerte cerebral, se debe:

- Tratándose de menores de edad, o de legalmente incapaces, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos corresponde al representante legal; a falta de éste, al cónyuge; a falta de éste, corresponde a los



parientes consanguíneos en línea recta de grado mas próximo presentes; a falta de ellos, a los consanguíneos en línea colateral de grado mas próximo, hasta el tercer grado.

- La muerte cerebral, para estos efectos, se debe acreditar por medio de una certificación unánime e inequívoca de un cuerpo o equipo médico, de los cuales uno de ellos, al menos, debe desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.
- La certificación se debe otorgar cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acredita con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por pruebas o exámenes calificados.
- Un reglamento establecerá que se debe declarar la muerte cuando, al menos, se presenten en el paciente: i) ningún movimiento voluntario observado durante una hora; II) apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador; III) ausencia de reflejos troncoencefálicos
- En estas condiciones la decisión de no someter al paciente a los tratamientos médicos, o cirugías correspondientes, será acatada.

El Ejecutivo en el mensaje sostiene la necesidad de consagrar estas normas sobre el paciente terminal al permitir no prolongar innecesariamente la agonía que le aqueja, dejando que su enfermedad siga su curso normal, hasta que fallezca, si así lo decide, diferenciándola de la eutanasia:

"En efecto, la eutanasia implica poner fin voluntariamente a la vida de una persona enferma, con miras a evitarle intensos sufrimientos.

En estos casos, la decisión del paciente de que se le ponga fin a su vida no puede obligar a un tercero (médicos, en este caso) a acatar esa voluntad.

Ni tampoco el tercero podría, libremente, aceptar tal decisión, pues ello configuraría lo que penalmente se denomina auxilio de suicidio.

Una ley de derechos como la que se pretende, no puede indirecta y tácitamente modificar el tipo penal de auxilio del suicida. Esto es algo que deberá resolverse directamente sobre el tipo penal y no en una ley de bases, como la planteada".²⁰

²⁰ Mensaje Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.

V. Efectos del consentimiento informado. Normas sobre responsabilidad médica.

1. La propuesta normativa

El ejecutivo sostiene que en forma consecuente con la normativa sobre consentimiento informado, es necesario establecer normas sobre responsabilidad médica.

Para ello si, la decisión del paciente es fundamental para la realización de los tratamientos propuestos, se indica que *"parece lógico establecer que, en tales casos, no existirá responsabilidad médica, salvo, claro está, aquella que derive de una mala praxis"*,²¹ debiendo ocurrir lo mismo en aquellos casos en que, por ley, la decisión del paciente se presume o es irrelevante.

La norma fundamental y única es la establecida en el artículo 21 del proyecto de ley: *"En los casos señalados en el presente párrafo, no existirá responsabilidad penal ni civil para los médicos o para el establecimiento asistencial que haya atendido al paciente, derivada de la aceptación o rechazo de los tratamientos propuestos."*

Igual regla se aplicará cuando la voluntad del paciente no sea necesaria, en los términos indicados en el artículo 17".

2. Análisis

La norma propuesta por el Ejecutivo implica que logrado que sea el consentimiento por parte del paciente hacia el médico tratante, éste queda eximido de todo tipo de responsabilidad.

En efecto, de obtenerse la firma del formulario que exige el proyecto de ley, el médico tratante no responde ni civil ni penalmente. No hay más requisitos que los señalados para el consentimiento informado, y ello acarrea la exención de responsabilidad, absoluta.

Pero aun más, la eximente de responsabilidad no consagra sólo en favor del médico, sino que exime, además, al establecimiento asistencial que haya atendido al paciente.

Para el caso de estar en presencia de un paciente en que no sea necesaria su voluntad, esto es, cuando esté involucrada la salud pública, o estemos

²¹ Mensaje Proyecto de Ley "Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud", Boletín número 2727-11, fecha de ingreso a la Cámara de Diputados, 8 de junio de 2001.



frente a atenciones médicas de urgencia de las cuales se arrastraría riesgo vital o secuela funcional grave, también se establece la inimputabilidad del médico y establecimiento tratantes.

3. Observaciones y comentarios

No estamos de acuerdo con los términos en que se establece la eximente de responsabilidad para el médico tratante y el establecimiento que atiende al paciente, por las siguientes razones:

A. En primer lugar, aparece una inconsistencia entre el mensaje y el texto legal.

En efecto, en el mensaje se indica que se establece la eximente de responsabilidad de los médicos, pero que ello no afecta a las situaciones que se deriven de una mala praxis.

No vemos la razón por la cual el Ejecutivo no haya establecido la contraexcepción de la responsabilidad médica derivada de la mala práctica del facultativo.

B. Ahora bien, corresponde preguntarse cómo podremos determinar cuáles casos importan responsabilidad derivada de mala praxis, y cuáles no, y en consecuencia no acarrear responsabilidad; se abre un vasto campo para las discusiones y precisiones jurídicas y médicas.

C. Nos parece insólito, por decir lo menos, que se establezca que los centros asistenciales que hayan atendido al paciente no tendrán responsabilidad al atender al paciente que ha dado el consentimiento, si en el articulado que trata el derecho en comento nada dice de los centros asistenciales.

Respecto de esta materia, relación hospital-paciente, es menester determinar si estamos frente a un contrato o no, si corresponde aplicarle el estatuto sobre responsabilidad contractual o extracontractual.²² El proyecto de nada de esto se ocupa, e inexplicablemente favorece con la eximente al establecimiento asistencial.

D. De estar frente al caso de consentimiento presumido, artículo 18 inciso final, corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad, porque

²² Se puede consultar sobre la materia relación entre el centro hospitalario y el paciente, el contrato de asistencia hospitalaria, el estatuto de responsabilidad aplicable, y en general sobre la responsabilidad de los establecimientos de salud, la conferencia dictada por el profesor Gustavo Cuevas Manríquez en el Seminario sobre "La Responsabilidad Médica" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, publicada en la revista *Actualidad Jurídica*, año II, número 3, pág. 169.

legalmente estamos ante un consentimiento, aunque pueda ser limitado en el tiempo.

E. En el inciso segundo del artículo 21 se prescribe que igual norma –la exigente de responsabilidad– es aplicable cuando no se requiera el consentimiento del paciente para el caso del artículo 17, esto es, frente al peligro de la salud pública, o bien frente a casos de urgencia que acarreen riesgo vital o consecuencia funcional grave.

F. Creemos que simplemente liberar de toda responsabilidad en los términos propuestos es pernicioso y va a desencadenar una búsqueda de consentimientos por parte de los médicos y establecimientos asistenciales, para la realización de todo tipo de intervenciones, en donde la categoría de cirugía mayor o compleja abarcará prácticamente todas las intervenciones o tratamientos.

G. Estimamos que hay matices en la realidad de la materia que tratamos, que el legislador no puede desconocer, por ejemplo, ¿qué ocurriría frente al error de diagnóstico?; ¿qué pasa frente a operaciones fáciles que durante su ejecución se complican?, ¿quién da el consentimiento para seguir?; ¿qué acontece con las llamadas operaciones peligrosas que se complican a medio camino?; ¿qué hay si el paciente no recibe los cuidados postoperatorios adecuados, o se da de alta antes del tiempo adecuado? En fin, hay un sinnúmero de situaciones que no pueden ser olvidadas por el Ejecutivo, que requieren un mayor estudio y análisis en una materia tan importante.

H. Como mencionamos más arriba a propósito del carácter contractual de la relación médico-paciente, el profesor Ambrosio Rodríguez plantea la responsabilidad médica, sintetizadamente, señalando que: *“la responsabilidad de un médico por los daños que cause a un paciente que ha contratado sus servicios, sea por negligencia o imprudencia, es contractual... debiendo destacarse que por estar sujeto este contrato a las reglas del mandato y a las del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarios a ellas, el médico responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo, responsabilidad que se apreciará con criterio más estricto si es remunerado (Artículo 2129).*

La aplicación de las reglas generales de los contratos para hacer efectiva esta responsabilidad, a que alude el artículo 1999, debe entenderse con la salvedad expuesta en relación con la primacía del inciso final del artículo 2158, que creemos prevalece sobre el artículo 1547. No es que lo modifique, es que se trata de cuestiones distintas, porque la ley en este caso impone al paciente la necesidad de probar infracción de la obligación general



de diligencia o cuidado que pesaba sobre el médico, o sea, la de probar la culpa".²³

El problema que plantea el proyecto es que dificulta aun más la prueba del paciente. En efecto, actualmente, siguiendo la doctrina citada, le corresponde probar la falta de diligencia o cuidado en el tratamiento médico; de aprobarse el proyecto tal y como está, tendrá el actor paciente que probar que no existió consentimiento, que él no fue informado, que se efectuaron tratativas médicas diferentes a las informadas, y por ello no están amparadas por su consentimiento, nulidad del mismo, etcétera, y luego establecer la falta de diligencia o cuidado.

Así una norma que se plantea como un derecho de las personas, resulta que sobreviene en una carga mucho mayor para ellas, y si ya establecer la negligencia médica es complejo, la probanza en juicio se torna ahora aun más difícil.

I. Si las consecuencias que se le atribuyen al consentimiento en el proceso médico son tales que eximen de responsabilidad, parece lógico que el legislador se preocupe de tener la mayor certeza respecto de la existencia del mismo; en este sentido la firma del formulario que contiene la información médica debería ser autorizada por un ministro de fe, y al efecto establecer como tal en esa función al director del centro hospitalario.

J. Creemos importante, también, el establecimiento de normas especiales sobre vicios del consentimiento informado, considerando las clásicas, error, fuerza y dolo, pero agregándole matices como la calidad de la información que se le brinda al paciente, las aptitudes y conocimientos del médico, la especialidad que pueda tener, la idoneidad del tratamiento que se propone, todas circunstancias que afectan la formación del consentimiento, y en definitiva, la entrega del mismo por parte del paciente.

En este mismo sentido, sería también conveniente normar o prever la situación del paciente que se ve angustiado y aquejado por su dolencia, y cómo estas circunstancias no pueden afectar el consentimiento que da al médico.

K. Creemos que de establecerse una eximente de responsabilidad para el caso de obtener el consentimiento, es justo el establecimiento de agravantes de responsabilidad para el caso que no se obtenga el consentimiento, o

²³ Ambrosio Rodríguez Q., ob. cit., pág. 198. En el mismo sentido David Stitchkin, citado por el profesor Rodríguez. Sin perjuicio de lo anterior, reconoce el profesor Rodríguez determinados casos en que puede coexistir la responsabilidad extracontractual, para ello ver ob. cit., pág. 199.

que obtenido que haya sido, se hayan desarrollado procedimientos médicos distintos o diferentes de los informados, o, incluso, si la información que se dio para obtenerlo no fue completa o fidedigna.

L. Creemos ver una suerte de discriminación del Ejecutivo entre los profesionales médicos y los centros hospitalarios, respecto del resto de los profesionales y empresas, por cuanto estos últimos responden por su actuación profesional, y por los servicios que dan a sus consumidores, toda vez que ha existido consentimiento entre ellos y sus clientes; ¿por qué el consentimiento informado habría de abonar una diferencia tal?

En conclusión, consideramos que el consentimiento informado debe ser enriquecido y mejor normado que en los términos propuestos; y rechazamos absolutamente la eximente de responsabilidad del médico tratante, y aun más del centro hospitalario, creemos que hay matices que el proyecto debe recoger, y diferenciar, porque se trata de una materia sensible y compleja, que no puede borrarse de un solo plumazo la posibilidad de los afectados de ser indemnizados por las actuaciones de los médicos y centros asistenciales que les han afectado, aun cuando hayan consentido en ellas.