

EL CONSENTIMIENTO AL ACTO MÉDICO UNA MIRADA COMPARADA ENTRE EL DERECHO FRANCÉS Y CHILENO

CONSENT TO THE MEDICAL ACT. A COMPARATIVE LOOK BETWEEN THE FRENCH AND CHILEAN LEGAL SYSTEMS

PILAR RODRÍGUEZ PEÑA*

RESUMEN

El consentimiento al acto médico, constituye un principio fundamental basado en la dignidad de los seres humanos. No obstante, en ocasiones se confronta con otros derechos fundamentales que permiten realizar una serie de derogaciones al principio. Veremos en qué consiste el principio y cual es su extensión, y al mismo tiempo, estudiaremos cuales son las limitaciones que se han impuesto al consentimiento, todo desde una visión comparada.

Palabras claves: *Consentimiento al acto médico, dignidad, rechazo al tratamiento, tratamientos obligatorios, muerte digna.*

ABSTRACT

The consent to the medical act constitutes a fundamental principle based on the dignity of human beings. However, in occasions, it is confronted with other fundamental rights allowing a series of overruling of the principle. We will see the essence of the principle, its extension, and we will also study the limitations imposed to consent from a comparative viewpoint.

Key words: *Consent to medical act, dignity, rejection of treatment, mandatory treatments, dignified death.*

*Abogada. Master II Recherche, en Derecho Privado General y Master II, profesional en Contienda arbitraje y solución alternativa de conflictos, Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Candidata a doctor en derecho por la referida universidad. Profesora de derecho civil de la Universidad San Sebastián. Dirección postal: General Cruz N°1577, Concepción, Chile. Correo electrónico: pillarrodriguez1977@yahoo.es

I. INTRODUCCIÓN

La dignidad es un atributo de los seres humanos que descansa en su racionalidad y en su poder creador, ya que las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad. La dignidad equivale a la autonomía. En este orden de cosas, se ha señalado que el médico debe, como todo ser humano, respetar a aquel que le solicite sus servicios en calidad de persona. Es en esa calidad que se configura como requisito indispensable a todo acto médico el obtener el consentimiento del paciente. Sin embargo, la consagración del principio no es del todo absoluta, ya que se pueden establecer una serie de excepciones al mismo que se presentan específicamente cuando la dignidad humana se confronta a otro derecho fundamental como el derecho a la vida y el derecho a la salud.

En este estudio veremos el consentimiento al acto médico desde una visión comparada, lo que nos servirá para ilustrar la situación chilena, que ha tenido una escasa regulación jurídica sobre el tema, y una jurisprudencia aun más escasa. Empezaremos por la consagración del principio (II) en el derecho francés y en el derecho chileno, para luego estudiar las excepciones al principio (III) que se han establecido en ambas legislaciones.

II. LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO

En Francia, el consentimiento al acto médico fue aceptado como un principio ligado a la dignidad de la persona humana. Fue considerado por primera vez por el orden civil en 1913, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Lyon¹. Esta sentencia consagró implícitamente la idea que el cuerpo es el sustrato de la persona. Sin embargo, la maduración de este principio fue lenta y sólo se dictaron decisiones puntuales, inducidas por el reconocimiento de la existencia del Contrato médico en 1936 por la sentencia de la Corte de Casación, en el famoso “Arret Mercier”².

Posteriormente, el consentimiento al acto médico fue poco a poco madurando de la mano del principio de dignidad de la persona humana, consagrado por la sentencia de 1942, Teyssier³ que lo elevó al rango de principio general de derecho. La primera sentencia que relacionó formalmente la dignidad y el consentimiento médico es de 1949, de la Corte de Apelaciones de Douai⁴.

Esta regla, hoy universalmente reconocida, fue consagrada en el derecho internacional, específicamente en los esfuerzos de represión de los crímenes de la segunda guerra mundial.

En efecto, el Tribunal militar internacional de Nuremberg, cuyo estatuto fue anexado al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, fue creado por las fuerzas aliadas con el fin de conocer los crímenes realizados por los “grandes criminales de guerra de las potencias de eje”. La sentencia dictada en agosto de 1947, por esta jurisdicción establece una decena de reglas consideradas como indispensables a la realización de experimentaciones médicas sobre los hombres.

Este dispositivo fue retomado por la Asociación médica mundial creada en Ginebra, en septiembre de 1947, que bajo el nombre de Código de Nuremberg, le otorga el carácter de nor-

¹ Corte de Apelaciones Lyon, 27 junio 1913, DP 2, p. 73. (Citado por LECA Antoine, *Droit de la médecine libérale*, Aix en Provence, Librería de la Universidad, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2005, p. 150.

² Corte de Casación francesa, 20 de mayo de 1936.

³ Corte de Casación francesa. 28 de enero de 1942, D.C. 1942, p. 63. “Un cirujano, está obligado, salvo caso de fuerza mayor, de obtener el consentimiento del enfermo antes de practicar una operación, caso en el cual el apreciara, con plena independencia, y bajo su responsabilidad, la utilidad, naturaleza y los riesgos; violando esta obligación, impuesta por el debido respeto a la persona humana, el médico comete un atentado grave a los derechos del enfermo”.

⁴ Corte de Apelaciones de Douai, 10 de julio de 1949. LECA Antoine, *Droit de la médecine libérale*, Aix en Provence, Librería de la Universidad, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2005, p. 151.

ma jurídica. El primer artículo indica que “*Es absolutamente esencial obtener el consentimiento del enfermo*”⁵.

El pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, llamado Pacto de Nueva York, instituye la prohibición de someter a una persona a un experimento médico o científico sin su libre consentimiento.

Más tarde, diversos textos ampliaron el campo de esta prohibición a todo acto médico, principalmente la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, firmada en Ámsterdam el 28 y 30 de marzo de 1994, la Convención sobre los derechos del hombre y la biomedicina, firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997, como también la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea del 18 de diciembre de 2000. Aun cuando todos estos textos no tienen el mismo valor jurídico, se desprende un conjunto de principios de los cuales ha sido posible inspirarse para elaborar una regla jurídica y deducir la necesidad del consentimiento previo.

En el derecho interno francés encontramos las primeras manifestaciones del principio del consentimiento en las disposiciones deontológicas aplicables tanto al sector público como al sector privado. El decreto N°55-1591 de 28 de noviembre de 1955, en una época donde el paternalismo médico estaba en boga, imponía al médico la obligación de esforzarse en obtener la ejecución del tratamiento. La norma se interesaba sólo en la ejecución del tratamiento, legitimando ciertas presiones o manipulaciones de los médicos en el interés del paciente, pero no hacía ninguna referencia al consentimiento. Posteriormente, el decreto N°79-506 de 28 de junio de 1979, dictado en un momento donde la obligación de información se había desarrollado de manera considerable, tanto en la jurisprudencia administrativa como judicial, afirma alto y fuerte un principio, que sin embargo, se vio limitado en cuanto a su importancia por una fórmula que se consideró por la doctrina como equivocada⁶: “*la voluntad del enfermo debe ser siempre respetada en toda la medida de lo posible*”. El actual código de deontología, del 6 de septiembre de 1995 elimina toda ambigüedad. Por primera vez establece, en su artículo 36 inserto en el artículo R. 4127-36 del Código de la salud pública, el principio del consentimiento. Esta vez lo establece sin límites, al menos para los mayores: “*El consentimiento de la persona examinada o tratada debe ser buscado en todos los casos*”.

La consagración legislativa del principio del consentimiento en Francia proviene de esta evolución reglamentaria y jurisprudencial. Hoy plasmado en el artículo 16-1 del Code civil que consagra una libertad pública fundamental que permite a cada individuo rechazar la posibilidad de sufrir el más mínimo atentado a su integridad corporal. El artículo señala que “*Cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo, el cuerpo humano es inviolable*”.

El artículo 16-3 en su inciso 2° señala que “*Sólo podrá atentarse contra la integridad del cuerpo humano en caso de necesidad “médica” para la persona o, excepcionalmente, por razones de interés terapéutico de la misma*”.

El consentimiento del interesado deberá obtenerse previamente, salvo en el caso en que su estado haga necesaria una intervención terapéutica que no está en condiciones de consentir”.

Se podría afirmar que el consentimiento es indudablemente el corazón del derecho de la salud, y luego de la introducción de los artículos 16-1 y 16-3 al Código civil, podríamos señalar que el consentimiento al acto médico en Francia se beneficia de un verdadero estatuto jurídico⁷.

De una manera más general, la ley de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los pacientes

⁵ Código de Nuremberg, Centro interdisciplinario de estudios de bioética de la Universidad de Chile. Disponible en: www.bioetica.uchile.cl/doc/nurem.htm. [Consulta: 10 febrero 2010]

⁶ DORSNER-DOLIVET, Annick, *La Responsabilité du Médecin*, colección práctica del derecho, Editorial ECONOMICA, 2006, p. 40.

⁷ CLEMENT, Cyril, “*Quelques propos sur le principe du consentement en droit médical et hospitalier*”, *Petites Affiches*, 76, (1996), p. 7.

y la calidad de los sistemas de salud, se inscribe en la tarea de reforzamiento de los derechos de la persona humana, reconociendo al enfermo sus propios derechos, principalmente frente al poder médico, en particular a través del derecho al respeto de la voluntad individual.

En el capítulo II, consagrado a los derechos y responsabilidades de los usuarios, el artículo L.1111-4 del Código de la salud pública, inciso 3, indica que *“ningún acto médico ni ningún tratamiento puede ser practicado sin el consentimiento libre e informado de la persona y este consentimiento puede ser retirado en todo momento”*.

En el derecho chileno en cambio, no encontramos una norma general expresa, como en el derecho francés, sobre el consentimiento previo obligatorio a todo acto médico. Sin embargo, ella podría ser deducida de las normas que protegen la dignidad de la persona y derecho a la vida y a la integridad física y psíquica contenidas en la Constitución Política⁸, en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, como el pacto de los derechos civiles y políticos, la Convención americana de derechos humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica (artículo 5º) y de la jurisprudencia.

Podemos mencionar además el Código de ética del colegio médico, que en su artículo 25 nos indica que *“Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente”*.

De una manera más específica, la ley N°20.120, sobre la investigación científica sobre el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana, prescribe en su artículo 11 que *“toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e informado, o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley”*.

Esta ley nace en la intención de otorgar un marco legislativo a los principios éticos ya establecidos por el derecho internacional, específicamente para la investigación sobre los seres humanos y de legislar sobre dos temas emergentes, el genoma humano y la clonación.

El proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación consideraba en su primera versión un artículo 6, que de una manera general, establecía la obligación de obtener previamente a todo acto médico, el consentimiento del paciente. En efecto, el artículo 6 del proyecto indicaba que *“ninguna intervención podrá ser realizada sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento libre e informado”*. Esta norma habría sido el primer reconocimiento legislativo en el derecho chileno de la obligación de obtener previamente a todo acto médico, el consentimiento del paciente. Sin embargo, este artículo fue eliminado del proyecto de ley, ya que fue considerado por la Cámara, como un artículo de aplicación muy general y poco preciso en sus límites, para estar inserto en una ley específica sobre la investigación científica relativo al ser humano, el genoma y la clonación. Este proyecto de ley, tenía como objeto principal, dar un marco legislativo a los principios bioéticos ya consagrados por los tratados internacionales ratificados por el gobierno chileno, y al mismo tiempo hacer compatible el desarrollo de la investigación científica sobre el ser humano con el respeto de los derechos fundamentales⁹, pero no era parte de la intención de este proyecto, el dar un marco legislativo a los derechos de los pacientes.

No obstante que, la ley chilena no contiene una regla de carácter general que consagre el principio de la obtención previa del consentimiento del enfermo a todo acto médico, los esfuerzos por otorgar un marco legislativo a las prestaciones de salud y sobre todo a los derechos de los pacientes, llevaron a un grupo de parlamentarios a presentar el 10 de noviembre de 2000 un proyecto de ley sobre la materia. Este proyecto de ley ha sido objeto de numerosas modificaciones, que finalmente llevaron a la presentación el 26/07/2006 de un proyecto de ley, que en su artículo 14, que nos in-

⁸ Art. 19 N°1 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁹ Historia de la Ley 20.120. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/566/1/HL20120.pdf>. [Consulta: 15 enero 2010]

dica que “*todo paciente tiene la libertad de decidir sobre las acciones que puede o que no puede iniciar para la protección o recuperación de su salud. Este derecho incluye:*

1. *Todo acto médico debe ser efectuado con el consentimiento, explícito o tácito, del paciente. Esto se extiende igualmente a todo acto de investigación biomédica efectuado sobre el paciente, acto que no podrá en ningún caso poner en peligro su vida o su salud”.*

El proyecto de ley sobre los derechos del paciente fue presentado hace casi 10 años, actualmente se encuentra en 2º trámite constitucional, en espera de aprobación bajo urgencia simple. No obstante, constituye un gran avance en la consagración legal del principio, ya aceptado por la jurisprudencia chilena en algunas ocasiones¹⁰. En efecto, los tribunales después de haber reconocido y aceptado que el consentimiento informado como uno de los pilares fundamentales de la bioética, lo exigen cada vez más, como un requisito previo a la realización de cualquier acto médico.

III. EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO

1. Urgencia e inconciencia

La consagración legal del principio del consentimiento previo a todo acto médico no es del todo absoluta. Veremos a continuación que tanto el derecho chileno como el derecho francés establecen una serie de excepciones a este principio, las que por su carácter excepcional deben tener una interpretación restrictiva, ya que cualquier interpretación analógica en esta materia tan delicada, puede ocasionar una serie de dificultades que en la práctica pueden llegar a condenar a un médico o a un establecimiento de salud.

El código civil francés nos señala en su artículo 16-3 inciso 2, que “*el consentimiento del interesado debe ser obtenido previamente, fuera de los casos donde su estado hace necesario una intervención terapéutica a la cual él no está en condiciones de consentir”.*

Por su parte, el Código de la salud pública francés, establece en el artículo L.1111-4 inciso 4º que “*En el caso en que la persona se encuentre imposibilitado de expresar su voluntad, ninguna intervención o investigación puede ser realizada, salvo urgencia, sin que la persona de confianza o la familia o en su defecto un cercano haya sido consultado”.*

En Chile, el código de Ética del Colegio médico dispone en su artículo 27 que “*Si el paciente no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, por estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y no es posible obtenerlo de su familia, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.*

A su vez, el artículo 14 del proyecto de ley, nos indica el caso en los cuales el consentimiento del paciente puede ser omitido:

- a) *“Cuando la falta de intervención hace correr un riesgo inminente a la vida del paciente”.*
- b) *“Cuando el paciente no es capaz de tomar decisiones, el derecho corresponderá a sus padres o a su representante legal”.*
- c) *“Cuando la urgencia no permita la espera, ante la inminencia de posibles lesiones irreversibles o de peligro de muerte para el paciente”.*

Nuestro proyecto de ley y las normas éticas, al igual que el derecho francés, establecen la urgencia como una excepción a la obligación de obtener el consentimiento previo del paciente. Noción que será apreciada en cada caso particular por el juez. Sin embargo, no hay que perder de vista que

¹⁰ Braña Villagrán, María del P. y otro c/ Celis Araya, Ricardo - Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de enero de 2009, rol 628-08, MJJ19450; J. H. V.V. - Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de julio de 2008, rol 23760-05, Microjuris 17889.

la exención de información y de consentimiento, en este caso responde a consideraciones de orden práctico y como excepción debe ser interpretada de manera restringida.

La palabra urgencia no ha sido definida por el legislador, por lo tanto, aplicando las reglas de interpretación dadas por el Código Civil, artículo 20, debe entenderse la expresión en su sentido natural y obvio. “Urgencia” deriva de la palabra urgir que significa “conducir o empujar a alguien a una rápida actuación”.

En este punto, resulta importante la distinción entre necesario y urgente. Todo acto médico puede ser considerado necesario desde un punto de vista terapéutico para la vida o la salud del paciente, pero no todo acto médico es urgente y sólo la urgencia puede eximir de la obligación de obtener el consentimiento previo. Existe una relación de género a especie.

En la discusión del proyecto de ley se ha considerado que la “urgencia” existe cada vez que la no intervención inmediata tenga como consecuencia un “riesgo vital” o una “secuela grave para la persona”, y que el paciente no es capaz de recibir y de comprender las informaciones necesarias para otorgar su consentimiento informado¹¹.

La noción de urgencia ha sido desarrollada por la doctrina francesa de una manera más acuciosa. En la legislación sanitaria, la urgencia médica, es considerada como una noción que concierne al orden público y privado. El código de la salud pública, y el código de deontología médica, evocan la urgencia en numerosas ocasiones, pero lo hacen sin especificar sus características, se conforman con hacerla producir efectos jurídicos sin determinar su naturaleza¹². En el diccionario de vocabulario jurídico, publicado bajo la dirección del Profesor Gerard Cornu¹³, la urgencia está definida en sustancia como “*un estado susceptible de provocar, si no se aplica un remedio en breve plazo, un perjuicio irreparable, sin que exista necesariamente ‘peligro inminente’*”. Según esta definición, no es necesario que exista riesgo de perjuicio inmediato para que se presente la urgencia en actuar. Se podría sostener que si el peligro a descartar es menor, el grado de urgencia se hace menos importante¹⁴. La urgencia se caracteriza principalmente por la obligación material de realizar un gesto clínico que no se puede evitar o diferir. La urgencia dirige sus esfuerzos a la necesidad de intervenir sin demora¹⁵.

Aún cuando resulta muy difícil definir la noción de urgencia, la que será finalmente apreciada por el juez, solo resta decir que se trata de un estado de peligro que no se presume, sino que es una noción objetiva, y que sólo la urgencia habilita al médico a hacerse juez de los intereses de su paciente, y por lo tanto, corresponderá a él, aportar la prueba que se ha omitido el consentimiento previo, en razón de una situación de urgencia.

Como podemos apreciar, nuestro proyecto de ley, a diferencia del derecho francés, no contempla la hipótesis en la cual el paciente se encuentra inconsciente. Ya que sólo establece el supuesto en el que el enfermo no sea capaz (vale decir, la hipótesis de incapacidad legal) en cuyo caso el consentimiento, que por regla general es personal, lo entregan sus padres o representantes legales. Pero si la persona mayor de edad se encuentra inconsciente, la ley no distingue. Estimamos que en dicho caso habrá que distinguir si estamos frente a una intervención de carácter urgente. Si estamos ante un caso de urgencia, el médico podrá actuar sin el consentimiento del paciente, pero si no es de dicho carácter, tendrá que esperar a que el paciente recupere su consciencia su consciencia para informarle previamente y obtener su consentimiento. El derecho francés habilita en cambio, en caso de inconciencia, a la persona de confianza a consentir a nombre del paciente.

¹¹ Segundo informe de la comisión de salud del Senado de Chile, sobre el proyecto de ley de los derechos y deberes de los pacientes. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. [Consulta: 10 diciembre 2009]

¹² MOREAU, Julie, *L'urgence médicale*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2005, p. 31.

¹³ CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, ouvrage réalisé para L'Association Henri Capitant, Paris, Ed. P.U.F., 2003.

¹⁴ MOREAU, Julie, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ GARAY, Alain, “L'urgence, danger immédiat, pronostic vital, nécessité évidente, risque thérapeutique: Le point de vue du juriste”. *Revista latinoamericana de derecho médico y medicina legal*, 5, (2000), p. 34.

2. Rechazo al acto médico

Este principio del consentimiento al acto médico, implica la obligación para el médico, de recibir este consentimiento, por una parte y por otra, de respetar la voluntad del paciente, y esto comprende el caso, en que la voluntad del paciente sea la de rechazar el tratamiento.

Son la libertad individual y la autonomía de la voluntad las que están en juego, y que obligan a respetar la voluntad del paciente. El artículo 36 inciso 2 del Código de deontología médica, introducido en el código de la salud pública en el artículo R.4127-36, establece el principio del respeto a la voluntad del enfermo: *“Cada vez que el enfermo, en estado de expresar su voluntad, rechaza las investigaciones o el tratamiento propuesto, el médico debe respetar este rechazo después de haber informado al enfermo de sus consecuencias”*.

El problema se ha presentado cuando la vida del paciente está en peligro, ya que el derecho del enfermo de rechazar el tratamiento se confronta con la obligación del médico de salvar la vida de su paciente. El médico, según el Código de la salud pública francés, artículo R. 4127-9, tiene una obligación de prestar asistencia a toda persona en peligro¹⁶: *“Todo médico que se encuentra en presencia de un enfermo o de un herido en peligro, o informado que un enfermo o un herido está en peligro, debe prestar asistencia médica o asegurarse que reciba los cuidados médicos necesarios”*.

En Chile, aún cuando no existen normas sobre el rechazo al acto médico, su estatuto jurídico puede ser deducido de la jurisprudencia y de los proyectos de ley en la materia, y en base a ello, podemos constatar que no es muy distante al derecho francés.

El artículo 28 del Código de Ética del Colegio médico señala que *“El derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deberá ser respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa. En casos de urgencia médica impostergable, el médico actuará en conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente”*.

La interrogante que se nos presenta es si el respeto a la voluntad del paciente implica para el médico la obligación de dejar morir a aquel que rechaza los cuidados médicos. Resulta necesario entonces, conocer los límites a la libertad de rechazar el acto médico.

Se ha establecido en la jurisprudencia francesa, que si el enfermo, en estado de expresar su voluntad, rechaza los cuidados médicos que le son propuestos, el médico no debe conformarse con una decisión tomada a la ligera. Es necesario indicarle al enfermo las consecuencias de su rechazo, y explicarle por qué su decisión puede ser contraria a sus intereses. En todo caso, el médico no está obligado a convencer absolutamente a su paciente de aceptar el acto médico que le es propuesto ni del peligro de su rechazo¹⁷. La Corte de Casación francesa en una sentencia de 18 de enero de 2000, en un caso de operación de catarata en un ojo, determinó que no es posible considerar responsable al médico que, habiendo informado a su paciente, de los riesgos de una anestesia local, no logró convencerla de los peligros que presentaba ese tipo de anestesia en relación con la anestesia general, propuesta originalmente por el médico¹⁸, y que provocó una pérdida de la visión del ojo. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Lyon, que había considerado responsable al médico por no haber convencido a su paciente de los riesgos de la anestesia local, fue casada por la Corte de Casación, bajo el siguiente argumento: una exigencia de ese tipo significa imponer al médico una

¹⁶ Antiguo artículo 9 del código de deontología médico francés.

¹⁷ HALPERN, Céline, *Guide juridique et pratique de la responsabilité médicale*, Paris, Ediciones de Vecchi, 2002, p. 79.

¹⁸ En la especie, un paciente debía someterse a una operación de catarata ocular y éste rechazó la anestesia general que le había sido propuesta por su médico. La intervención tuvo lugar bajo anestesia loco regional. Producto de la inyección de la anestesia apareció una chemosis hemorrágica que provocó la ruptura del globo ocular y la pérdida de la visión del ojo. La Corte de Casación, casó la sentencia de la corte de Apelación de Lyon que había condenado al médico por su responsabilidad. 1° sala civil de la Corte de Casación, 18 de enero de 2000, Bull. N°13.

cuasi-obligación de resultado en un dominio donde el enfermo tiene libertad de elección.

Antes de la entrada en vigencia de la ley de los derechos del paciente y de la calidad de los sistemas de salud en Francia, ley de 4 marzo 2002, el derecho al rechazo del acto médico ya había sido limitado por la jurisprudencia. El Consejo de Estado, en una sentencia dictada el 26 de octubre de 2001, se esforzó por determinar las condiciones en las cuales el médico puede no respetar el rechazo del paciente al acto médico. En el caso concreto, se trataba de un rechazo a la transfusión sanguínea por razones religiosas. La alta jurisdicción intentó establecer tres criterios que permiten al médico actuar no obstante el rechazo del paciente¹⁹:

- i) Que la vida de la persona esté en juego
- ii) Que no exista ninguna alternativa terapéutica
- iii) Que los actos realizados por el médico sean indispensables para la supervivencia del paciente y proporcionales a su estado.

Es importante recalcar que el Consejo de Estado ha determinado que no existe, para el médico, una jerarquía abstracta e intangible entre la obligación de sanar y la obligación de respetar la voluntad del paciente. El médico debe respetar la voluntad del enfermo, aún cuando su decisión esté fundada en razones religiosas, pero en atención a la situación extrema del paciente, los médicos que lo atendieron no han cometido ninguna falta que permita condenar al servicio hospitalario, por el sólo hecho de ejecutar un acto indispensable y proporcional a su estado, con el solo objetivo de intentar salvarle la vida²⁰.

La ley de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los pacientes y de la calidad que de los sistemas de salud, consagró entre los derechos de los usuarios, la posibilidad de rechazar los actos médicos (artículo L.1111-4 C.S.P.). El legislador ha hecho referencia al caso en que el rechazo o la interrupción de un tratamiento ponen la vida de la persona en peligro, pero coloca un solo límite, que es la obligación para el médico de “*intentar por todos los medios de convencerlo de aceptar los cuidados médicos indispensables*”. El artículo citado no prevé expresamente la actitud que el médico debe adoptar en la hipótesis en que el paciente persista en su rechazo al tratamiento. No podríamos afirmar que el legislador ha cuestionado la jurisprudencia anterior. Sin embargo, el juez administrativo en dos ordenanzas dictadas después de la entrada en vigencia de la ley de 4 marzo 2002, ha retomado la limitación del derecho al rechazo a los cuidados médicos impuesto por la jurisprudencia anterior. En una primera sentencia, los jueces establecieron expresamente que si el paciente se encuentra en una situación de extrema gravedad con pronóstico vital, el hospital debe proceder a una transfusión sanguínea aun en contra de la voluntad del paciente²¹.

El Tribunal Administrativo de Lille, se pronunció nuevamente el 25 de agosto de 2002²². La sentencia fue favorable a la demandante, por el hecho que el establecimiento hospitalario haya procedido forzosamente a una transfusión sanguínea contra la voluntad de la paciente. El motivo de la decisión fue que el demandado no probó que la paciente se encontraba en extrema urgencia que hacía indispensable la intervención médica.

En todo caso, nos parece poco probable que el juez administrativo francés, en el estado actual de las cosas, condene a un médico por no haber respetado hasta la muerte la voluntad del paciente, y en cambio haber intentado salvarle la vida, ya que eso implicaría el reconocimiento de un derecho a mo-

¹⁹ MEGHOUCHE, Samia, “Le refus de soins”, Centro de documentación multimedia en derecho médico, Universidad Paris V, noviembre 2003, lectura N°5940.

²⁰ Consejo de Estado, N°198546, 26 octubre 2001, *JCP, Semaine Juridique*, II, (2002), N°10025.

²¹ Consejo de Estado, 16 agosto 2002. N°249552. Disponible en: <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/base-de-jurisprudence/>. [Consulta: 12 diciembre 2009].

²² Tribunal administrativo de Lille, 25 agosto 2002, *JCP, Semaine Juridique*, II, (2003), N°10098.

rir. Esto es sin perjuicio de la ley de fin de vida, en la cual y bajo condiciones particulares, la voluntad del paciente debe ser respetada, porque el objetivo perseguido es completamente diferente.

En nuestro país, la voluntad del enfermo debe ser respetada, y el médico debe obtener previamente a todo acto médico el consentimiento del paciente, pero cuando su voluntad toma la forma de un rechazo, es necesario hacer una distinción antes de determinar si el médico está obligado a aceptar dicho rechazo.

- i) Si el rechazo pone en peligro la vida del enfermo,
- ii) Si el enfermo está en fase terminal y las terapias son consideradas inútiles.

Si el enfermo no se encuentra en estado terminal y su rechazo puede poner en peligro su vida, la jurisprudencia ha determinado que constituye una obligación de los médicos tratantes procurar por todos los medios y técnicas que componen la *lex artis* médica, el hecho de mantener la vida de sus pacientes, utilizando la transfusión sanguínea si ella es indispensable, aun contra la voluntad del paciente y de sus padres que se oponen por razones de orden religioso. En una situación como la mencionada debe primar la preservación de la salud y sobre todo de la vida de las personas por sobre cualquier otra consideración, aun cuando ella sea de naturaleza religiosa, toda vez que el rechazo pone inútilmente en peligro la vida del enfermo²³.

Ahora bien, si el rechazo no pone en peligro la vida o existen otros medios alternativos, debe respetarse la voluntad del enfermo²⁴.

El artículo 14 del proyecto de ley sobre los derechos de los enfermos, después de establecer el principio del respeto de la voluntad del enfermo, nos indica en su inciso 2 los casos en los cuales el consentimiento del paciente puede ser omitido: *“Cuando la falta de intervención haga correr un peligro inminente para la vida del paciente”*.

Podemos percatarnos que nuestro proyecto de ley es más restrictivo que la jurisprudencia mencionada. En efecto, de una manera general todo rechazo de una terapia recomendada por un médico puede poner en peligro la vida del enfermo. Todo tratamiento aconsejado por el médico puede resultar favorable para la preservación de la salud. No obstante, si consideramos que la preservación de la salud y de la vida debe prevalecer sobre la voluntad del enfermo, éste no podría rechazar jamás un tratamiento, lo que nos parece excesivo y atentatorio a la libertad individual. El proyecto de ley autoriza igualmente la omisión del consentimiento del paciente, pero esta omisión no es posible sino en los casos de peligro inminente para la vida del paciente, vale decir un peligro inmediato, o muy próximo a presentarse.

Podemos concluir, que la voluntad del enfermo debe ser respetada en todo momento, aun cuando ésta tome la forma de un rechazo. Pero en el caso que este rechazo ponga en peligro la vida o la salud del enfermo encuentra una necesaria limitación²⁵. Ahora bien, mientras el proyecto de ley no sea adoptado, el peligro deberá ser apreciado por el juez y el rechazo al acto médico podrá ser ignorado aun cuando el peligro no presente el carácter de inminente.

3. El consentimiento y los tratamientos obligatorios

El derecho reconocido a la persona humana sobre su propio cuerpo y la dignidad humana, que constituyen el fundamento de la obligación de obtener el consentimiento previo a todo acto médi-

²³ Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge - Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de agosto de 1995, *Fallos del Mes*, 443, (1995), p. 1378. Microjuris 2213.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de agosto de 2002, rol 2496. Disponible en: www.poderjudicial.cl. [Consulta: 20 noviembre 2009].

²⁵ PAILLAS, Enrique, *Responsabilidad médica*, 5ª edición, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 27.

co, reconocen como límite la protección de la salud pública y la lucha contra las taras antisociales. Se trata de un derecho supra individual y que permite omitir al consentimiento del enfermo.

En virtud del inciso 11 del preámbulo de la Constitución Francesa de 27 de octubre de 1946, la nación “garantiza a todo, especialmente al niño, a la madre y a los viejos trabajadores, la protección de la salud”. Por su parte la Constitución Política de Chile, en su artículo 19 N°9, nos indica que la Constitución Política “garantiza a todos el derecho a la protección de la salud”. Además el artículo 1 inciso 4°, nos indica que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.

Es en virtud de estas normas que los legisladores establecen en ciertos casos una obligación de tratamiento que introduce ciertos límites al consentimiento. Los tratamientos médicos pueden ser impuestos contra la voluntad del paciente o sin que éste haya alcanzado a manifestar su voluntad.

La legislación chilena contiene ciertas derogaciones al principio del consentimiento libre y voluntario del paciente. Éstas, de la misma manera que el derecho francés, están ligadas a las enfermedades venéreas, la hospitalización obligatoria de las personas que sufren alteraciones mentales, toxicomanía o alcoholismo y la vacunación obligatoria.

El Estado, tiene igualmente una misión de evitar la propagación de enfermedades transmisibles, como una manera de proteger a la población. Para el éxito de esta misión, el Código Sanitario establece ciertas obligaciones para los profesionales y para la población. Una de las medidas ordenadas por el código, tendiente a evitar la propagación de las enfermedades, es la vacunación. El Presidente de la República, a proposición del Director de salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para las cuales existan procedimientos eficaces de inmunización²⁶.

En este caso, el consentimiento de la persona al acto médico no es del todo libre, porque el rechazo acarrea ciertas consecuencias sobre la persona. En efecto, la autoridad sanitaria puede ordenar el aislamiento domiciliario o en un establecimiento hospitalario (artículo 22 del Código Sanitario).

4. Fin de vida

En Francia, la ley de fin de vida de 22 abril de 2005, autoriza la suspensión de los tratamientos médicos desde el momento en que aparecen como “*inútiles, desproporcionados o que no tienen otro efecto que la mantención artificial de la vida*”. Tratamientos paliativos eficaces pueden ser administrados al enfermo, en fase avanzada o terminal de una enfermedad grave e incurable, aun cuando estos tratamientos paliativos tengan como efecto secundario acelerar el deceso.

En Chile, aún no tenemos norma jurídica sobre la materia, sin embargo, el artículo 17 del proyecto de ley sobre los derechos de los pacientes, establece que si el enfermo se encuentra en estado terminal, éste tiene el derecho a rechazar todo tratamiento. En efecto el artículo 17 prescribe que “*La persona que ha sido informada que su estado de salud es terminal, tiene el derecho de aceptar o de rechazar someterse a todo tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. En ningún caso, el rechazo al tratamiento podrá tener por objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte*”.

El proyecto de ley intenta proteger la voluntad del enfermo en etapa terminal de rechazar un tratamiento curativo que se torna inútil. El enfermo podrá recibir tratamientos paliativos, pero el paciente no puede ser objeto de una acción u omisión que pretenda acelerar artificialmente la muerte. El Senado de Chile, ha sido enfático en indicar que la idea principal de establecer este

²⁶ Artículo 32 y siguientes del Código Sanitario.

derecho al paciente, es de entregar un derecho a una muerte digna, pero no se trata de entregar el derecho de solicitar la eutanasia, porque esto sería atentatorio al derecho a la vida garantizado por nuestra Constitución Política²⁷. Podemos encontrar en esta normativa una gran diferencia con el derecho francés. En efecto, la ley francesa de fin de vida, admite que tratamientos antidolores eficaces puedan administrarse al enfermo en fase avanzada o terminal de una enfermedad incurable, aun cuando estos tratamientos paliativos tengan como efecto secundario provocar la muerte más rápida al enfermo.

IV. CONCLUSIONES

1. El principio del consentimiento previo obligatorio emana de la dignidad de la persona humana y del respeto a la autonomía del paciente. El respetar su autonomía, implica respetar su voluntad, aún cuando ésta implique rechazar el tratamiento.
2. No obstante, este principio del consentimiento, en ciertas ocasiones puede confrontar la dignidad de la persona humana versus el derecho a la vida del paciente, lo que permite ciertas excepciones:
 - i) La urgencia, aunque no está bien determinado su alcance, permite al médico actuar, cada vez que exista un peligro inminente a la vida del paciente o la posibilidad de que se ocasione un daño irreparable a la salud de éste, sin obtener el consentimiento.
 - ii) Cuando el rechazo al acto médico pone en peligro la vida del paciente y éste no se encuentre en estado terminal, se permite al médico no respetar la voluntad del paciente de rechazar el tratamiento.
3. En los casos que la dignidad humana se enfrente a la salud pública (bien común), el Estado puede imponer a los particulares ciertos tratamientos médicos contra la voluntad del paciente o cuando éste no haya alcanzado a manifestar su voluntad.
4. En estado terminal, la dignidad del paciente le permite rechazar todo tratamiento médico. Ya que se considera que es parte de la dignidad humana el poder decidir evitar una prolongación innecesaria de su agonía.

[Recibido el 5 de mayo y aprobado el 8 de junio de 2010]

BIBLIOGRAFÍA

- CLEMENT, Cyril, "Quelques propos sur le principe du consentement en droit médical et hospitalier", *Petites Affiches*, 76, (1996).
- Código de Nuremberg. Centro interdisciplinario de estudios de bioética de la Universidad de Chile. Disponible en: www.bioetica.uchile.cl/doc/nurem.htm. [Consulta: 10 febrero 2010]
- CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, ouvrage réalisé para L'Association Henri Capitant, Paris, Ed. P.U.F., 2003.
- DORSNER-DOLIVET, Annick, *La Responsabilité du Médecin*, colección práctica del derecho, Editorial ECONÓMICA, 2006.

²⁷ Segundo informe de la comisión de salud del Senado de Chile, sobre el proyecto de ley de los derechos et deberes de los pacientes, p. 42. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. [Consulta: 10 diciembre 2009]

- GARAY, Alain, "L'urgence, danger immédiat, pronostic vital, nécessité évidente, risque thérapeutique: Le point de vue du juriste". *Revista latinoamericana de derecho médico y medicina legal*, 5, (2000).
- HALPERN, Céline, *Guide juridique et pratique de la responsabilité médicale*, Paris, Ediciones de Vecchi, 2002.
- Historia de la Ley 20.120. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/566/1/HL20120.pdf>. [Consulta: 15 enero 2010]
- LECA Antoine, *Droit de la médecine libérale*, Aix en Provence, Librería de la Universidad, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2005.
- MEGHOUCHE, Samia, "Le refus de soins", Centro de documentación multimedia en derecho médico, Universidad Paris V, noviembre 2003, lectura N°5940.
- MOREAU, Julie, *L'urgence médicale*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2005.
- PAILLAS, Enrique, *Responsabilidad médica*, 5ª edición, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- Segundo informe de la comisión de salud del Senado de Chile, sobre el proyecto de ley de los derechos et deberes de los pacientes, p. 42. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. [Consulta: 10 diciembre 2009]