



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**Una revisión del contenido de los deberes de información al paciente y de
obtención del consentimiento informado en la relación jurídica entre un
médico y su paciente**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

**IGNACIO JAVIER VARAS GARCÍA
PROFESORA GUÍA: GISSELLA LÓPEZ RIVERA**

Septiembre de 2019

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Jorge y Blanca.

A mi hermano Jorge y a los doctores Fuenzalida, Gaete, Acuña y Dollenz.

A Ricardo Vergara y Carlos Troncoso.

A Francisco González y Thomas Bullemore.

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS.....	iv
RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I. CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	5
a. Concepto.....	5
a.1. Deber de información.....	5
a.2. Consentimiento informado.....	5
a.3. Interacción del deber de información con el consentimiento informado.....	6
b. Fundamentos.....	9
b.1. Autodeterminación y dignidad del paciente.....	9
b.2. Asimetría informativa.....	10
b.3. Asunción de riesgos.....	11
b.4. Interacción de los fundamentos.....	14
c. Contenido.....	16
CAPÍTULO II. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	19
a. Textura abierta y requisitos de la ley 20.584.....	19
b. Requisitos del cumplimiento del deber de información.....	21
b.1. Información suficiente.....	22
b.1.1. Análisis normativo.....	22
b.1.2. Análisis doctrinal.....	28
b.2. Información oportuna, veraz y comprensible.....	31
b.2.1. Oportunidad.....	31
i) Antes de iniciar el procedimiento.....	31
ii) Después de finalizado el procedimiento.....	32
iii) Durante el procedimiento.....	33

b.2.2. Veracidad.....	34
b.2.3. Comprensibilidad.....	35
i) Paciente apto para comprender la información.....	36
i.1. Discusión a proposito del realismo sobre el consentimiento informado.....	37
ii) Paciente imposibilitado de comprender la información.....	41
ii.1. "Representante" legal del paciente.....	44
ii.2. Persona a cargo del cuidado del paciente.....	45
c. Requisitos de validez del consentimiento informado.....	46
c.1. Consentimiento voluntario y libre.....	47
c.2. Consentimiento expreso.....	50
c.2.1. Expreso verbal.....	50
c.2.2. Voluntad expresa escrita: intervenciones invasivas y procedimientos que conlleven riesgos relevantes y conocidos.....	50
i. Escrituración como formalidad solemnidad.....	51
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....	54
a. Corte de Apelaciones de Santiago. Morales con Clínica Alemana de Santiago S.A. Rol N°4281-2017. 6 de noviembre de 2017.....	54
b. Corte Suprema. Serce y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros. Rol N° 89.635-2016. 29 de diciembre de 2017.....	68
c. Corte de Apelaciones de Santiago. C. S. con Pontificia Universidad Católica de Chile y Otra. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014.....	63
CONCLUSIÓN.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	72
TEXTOS LEGALES.....	75

TABLA DE ABREVIATURAS

LDP:	Ley 20.584 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes.
Decreto 31	Decreto del Ministerio de Salud del 26 de noviembre del 2012 que aprueba reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en atenciones de salud
Decreto 38	Decreto del Ministerio de Salud del 26 de diciembre de 2012 que aprueba reglamento sobre derechos y deberes de las personas en actividades vinculadas con su atención de salud
Decreto 41	Decreto del Ministerio de Salud del 24 de julio de 2012 que aprueba reglamento sobre fichas clínicas
CECM	Código de Ética del Colegio Médico de Chile (2011)
CSP:	Código de Salud Pública francés
Cass. Civ:	Corte de Casación francesa, Cámara Civil.

RESUMEN

La presente tesis intentará exponer, en primer lugar, cuál es el contenido de los deberes de información de los profesionales de la salud respecto de sus pacientes y de la obligación de obtener de aquellos su consentimiento informado. Se indicará que la correlación que existe entre estos deberes se expresa en que la obligación del médico de informar a su paciente sobre el plan terapéutico propuesto y los riesgos de su aceptación o rechazo, permitirían al paciente consentir o rechazar aquel plan terapéutico solo en la medida que la información otorgada por el facultativo cumpla con los requisitos que el legislador complementada por la *lex artis* le imponen. Se procederá a dar cuenta de cuáles son los fundamentos que parte de la doctrina chilena de los últimos veinte años ha desarrollado sobre dicha obligación. En específico, se desarrollarán los fundamentos dados, a saber, el de autodeterminación y dignidad del paciente, el de asimetría informativa y el de la asunción de riesgos, para luego establecer cuál es el contenido de tal deber que surge de aquellos fundamentos. En segundo lugar, se indicarán y analizarán los requisitos que la ley establece para que el deber de información y el consentimiento informado se vean cumplidos, exponiendo qué es lo que el legislador ha querido establecer al ordenar que la información que se debe entregar sea suficiente, oportuna, veraz y comprensible, así como también qué implica que el consentimiento deba ser expreso, voluntario y libre. Finalmente, se analizarán tres fallos de los tribunales de justicia chilenos (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4281-2017, Corte Suprema, Rol N° 89.635-2016 y Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°6350-2014) para observar la aplicación jurisprudencial de los deberes analizados en esta tesis.

INTRODUCCIÓN

“Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho (...) La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada”¹

Con estas palabras Hans KELSEN comienza a definir qué es lo que se entiende por imputación, como un juicio que analiza el comportamiento de una persona en base a una regla de derecho para atribuir, o no, una sanción. La sanción será atribuida si el acto es ilícito y si la sanción puede ser dirigida contra la persona.² La persona a la cuál puede atribuirse la sanción será responsable si ha cometido un acto ilícito y si el ordenamiento jurídico permite que la sanción se dirija contra ella.³

Un tipo de responsabilidad jurídica es la responsabilidad civil. Hernán CORRAL, siguiendo a Orlando TAPIA, ha indicado que “ella es la necesidad en que un individuo se coloca, de satisfacer toda violación dañosa a la conducta que debe observar en su vida en sociedad (...)”⁴. Enrique BARROS, por su lado, ha indicado que la responsabilidad civil “supone un juicio de valor respecto de la conducta del deudor, porque sólo tiene lugar la obligación indemnizatoria si el incumplimiento resulta atribuible a un hecho del cual el Derecho lo hace responsable”.⁵

De lo anterior puede extraerse que la responsabilidad civil es el resultado de un juicio de imputación en el que el comportamiento de una persona se analiza para determinar si esta ha cometido un acto antijurídico que ha traído consecuencias dañosas a otro, siempre que el ordenamiento jurídico prescriba que dicha persona es susceptible de ser responsable.

La antijuridicidad, según RODRÍGUEZ, puede entenderse como “la contradicción entre una determinada conducta y el ordenamiento normativo considerado en su integridad. En

¹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (Buenos Aires: Eudeba, 2009) 20.

² Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. 23.

³ Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. 22.

⁴ Hernán Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Santiago: jurídica, 2011) 20

⁵ Enrique Barros. “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos”. *Estudios de Derecho Civil II*. (Santiago: LexisNexis, 2006) 722.

otras palabras, la conducta de la cual se sigue la responsabilidad –sanción civil que consiste en reparar los daños causados– es contraria a derecho.”⁶ Dicha antijuridicidad puede expresarse en el evento de que una persona actúe en la infracción de un estándar de conducta debida que redunde en un comportamiento negligente⁷. Si el comportamiento es negligente y causa daños, habrá responsabilidad civil.

Las personas que ejercen profesiones liberales están sujetas, en lo que respecta sus respectivas profesiones, a ciertas normas de conducta que regulan la forma de su ejercicio. Los médicos, en tanto profesionales se encuentran igualmente sujetos a ciertas normas de conducta en sus relaciones con sus pacientes.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha indicado que la culpa “constituye un elemento esencial para que un médico quede obligado a indemnizar al paciente. La culpa médica puede darse a través de distintas formas: impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos, error (...)”⁸

Al respecto, en derecho comparado, Jean PENNEAU establece que los médicos estarían sujetos a normas de conducta que imponen deberes humanitarios y deberes técnicos.⁹ Dentro de los deberes humanitarios, se encuentra el deber de información, que permite al paciente otorgar un consentimiento informado.¹⁰ En este sentido, aquel deber importa una regla de comportamiento que el médico debe seguir para no actuar negligentemente.

Así, el propósito de esta tesis es analizar la culpa médica en uno de los ámbitos específicos que se encontraría dentro de los “deberes humanitarios” del médico: el consentimiento informado y el deber de información, mediante el análisis de las normas jurídicas vigentes en Chile.

A partir de la ley 20.584 del año 2012 sobre derechos y deberes de los pacientes (LDP) cuyas disposiciones son aplicables a cualquier tipo de prestador de salud, sea público o privado (art. 1º), mi objetivo es establecer cuál es el contenido del deber de conducta del

⁶ Pablo Rodríguez. *Responsabilidad Extracontractual*. (Santiago: Jurídica, 2009) 131.

⁷ Enrique Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. (Jurídica: Santiago, 2010) 78.

⁸ Corte Suprema. 19 de enero de 2015. Rol N°7215-2014. (identificador vlex: 553506314)

⁹ Jean Penneau. *La responsabilité médicale*. (París: Sirey, 1977) 57.

¹⁰ Jean Penneau. *La responsabilité médicale*. (París: Sirey, 1977) 57.

médico en lo que respecta a la obligación de informar al paciente. Para ello, utilizaré el siguiente plan de exposición:

En el primer capítulo expondré cómo ha sido entendido el deber de información y el consentimiento informado por parte de la doctrina chilena. Luego, observaré cuáles han sido las razones que esta doctrina ha expuesto para fundamentar el deber de información y el consentimiento informado, y destacaré la forma en la que estos fundamentos operan conjuntamente. Finalmente, indicaré cuál es el contenido que la legislación le da al deber de información y al consentimiento informado.

En el segundo capítulo analizaré qué exigencias permiten calificar a la información que debe entregarse por parte del médico de suficiente, oportuna, veraz y comprensible y que el consentimiento sea informado, voluntario, libre y expreso. Para ello analizaré las normas legales, la *lex artis* y cómo la doctrina pertinente reconstruye estas normas.

En el tercer capítulo comentaré tres sentencias, para observar si en tales casos los tribunales han aplicado de forma correcta, a nuestro juicio, las disposiciones legales que regulan el deber de información y el consentimiento informado.

CAPÍTULO I
CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y DEL CONSENTIMIENTO
INFORMADO

a. Concepto: El deber de información al paciente y el deber de obtener un consentimiento informado de aquél son deberes que, aunque distintos, operan conjuntamente. Esto quiere decir que confluyen para realizar un fin común: el reconocimiento de la dignidad de la persona y la autonomía de ella sobre el cuerpo en el marco de una relación terapéutica.

a.1. Deber de información: El deber de información, en términos generales, es el deber que tiene el médico de informarle a su paciente sobre el estado de salud de éste, así como del posible diagnóstico, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación, de los riesgos que ello pueda representar para el paciente, así como del pronóstico esperado y de su eventual cura¹¹.

Este deber ha sido entendido clásicamente como “un mecanismo para proteger la igualdad que debiese existir entre las partes contratantes”¹² de una prestación médica producto del desequilibrio o desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente¹³. De esta manera, el derecho corrige dicha desigualdad con el establecimiento de los deberes de información, y así se satisface la exigencia impuesta por el principio de autodeterminación del paciente¹⁴. Este deber también se ha definido como “un derecho de los pacientes, [...] es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* médica, que constituye una exigencia de ella para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica”¹⁵

a.2. Consentimiento informado: El consentimiento informado es el derecho que tiene todo paciente de aceptar o rechazar, de forma libre, espontánea e informada, cualquier

¹¹ Art. 10 de la ley 20.584. Darío Parra, “La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado”, *Revista Médica de Chile*, 141 N°12. (2013): 1578-1583.

¹² Anamaria Verdugo, “Efectos del Incumplimiento del Deber de Información del Profesional Médico”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N°6 (octubre de 2013):76-99

¹³ 15° Juzgado Civil de Santiago. 8 de septiembre de 2011. Rol N°5291-2009

¹⁴ 15° Juzgado Civil de Santiago. 8 de septiembre de 2011. Rol N°5291-2009

¹⁵ 3° Juzgado Civil de Concepción. 21 de agosto de 2010. Rol N°7408-2009.

tratamiento terapéutico o examen que el médico le ofrezca.¹⁶ Tal derecho ha sido previsto en el mensaje presidencial que introduce el proyecto de la LDP, que reza:

“3. Derecho de las personas a decidir informadamente: El ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que éstas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento. Este derecho, en principio, no tiene más limitaciones que excepciones basadas en razones de salud pública; también, en que los procedimientos médicos obedezcan a situaciones de emergencia (...)”¹⁷

Este derecho queda finalmente consagrado en el art. 14 de la LDP,¹⁸ que indica:

Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud (...). Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada.

a.3. Interacción de ambos deberes: La forma en que opera el deber de información del médico en conjunto con el deber de obtener un consentimiento informado del paciente puede ser descrita como una relación de necesidad. En efecto, para que el facultativo pueda realizar un acto médico sobre el cuerpo del paciente es necesario que este dé su consentimiento. Tal consentimiento debe producirse de forma libre, espontánea, e informada. En este sentido, el facultativo tiene el deber de informar al paciente, salvo urgencia,¹⁹ sobre la forma en que procederá la intervención, así como los riesgos que de esta se sigan y las alternativas a dicho procedimiento. Una vez que el paciente se represente aquella información, este puede consentir.

Solo si tal autonomía se encuentra resguardada, el paciente podrá consentir informadamente. La forma en que dicha protección opera es a través de la corrección de la desigualdad de las partes en la relación terapéutica. Ahora bien ¿de qué forma la corrección

¹⁶ Véase: Pizarro. *La Responsabilidad Civil Médica*. 40. Art. 14 ley 20.582.

¹⁷ “Historia de la ley 20.584” Biblioteca del Congreso Nacional, visitado 10 de octubre de 2018, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4579/>

¹⁸ En legislación comparada se han acuñado definiciones similares. Véase por ejemplo el art. 3 de la ley española 41/2002 que define el consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.”

¹⁹ Ver infra

de la desigualdad de las partes permite satisfacer el principio de autodeterminación del paciente?

En primer lugar, se debe mencionar que la desigualdad no siempre se funda en el hecho de que el médico tenga mayor conocimiento que el paciente. La desigualdad se funda en el hecho de que el médico tendrá el poder de controlar el cuerpo del paciente según se lo indique la *lex artis*, debiendo el último tolerar dicha intromisión.²⁰

En segundo lugar, por autodeterminación debe entenderse autonomía. Según Enrique BARROS, el concepto de autonomía se ha presentado en su versión moderna como “*autorregulación o autorreglamentación*, e implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo”²¹ Esta libertad de autogobierno, según Jorge LÓPEZ, supone que “el hombre no podría quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir efectos”.²²

Para el autor recién citado, una de las expresiones de la autonomía de la voluntad es la capacidad para obligarse contractualmente, lo que se expresa bajo el principio de libertad contractual.²³ Dicha libertad puede ser de conclusión y libertad de configuración. La primera es aquella libertad que tienen las personas para contratar o no contratar, y en caso afirmativo, de decidir con quien contratar. Por otro lado, la libertad de configuración es la libertad que tienen las partes para configurar el contenido interno del contrato.²⁴

El contrato médico puede entenderse como un contrato dirigido. Este tipo de contrato ha sido definido por ALESSANDRI como aquel “reglamentado y fiscalizado por los Poderes Públicos en su formación, ejecución y duración”²⁵ Por otra parte, doctrina más reciente ha establecido que en este tipo de contratos el Estado interviene en beneficio del contratante más débil, con el fin de situar a las partes en un plano de igualdad al momento de celebrar el

²⁰ Esta aseveración será justificada en la letra b) de este capítulo.

²¹ Enrique Barros, en Gonzalo Figueroa. *Curso de Derecho Civil. Tomo III*. (Santiago: Jurídica, 2011) 50

²² Jorge López. *Los Contratos. Parte General. Tomo I*. (Santiago: Jurídica, S/I) 236

²³ López. *Los Contratos*, 261

²⁴ López. *Los Contratos*, 261

²⁵ Arturo Alessandri. “El Contrato Dirigido” en *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo I*, ed. Raúl Tavolari, (Santiago: Jurídica, 2010) 81-91.

contrato, a través de mecanismos tales como la introducción obligatoria de ciertas cláusulas.²⁶

En opinión de Carlos PIZARRO el contrato médico es un contrato dirigido porque el legislador ha establecido una serie de remisiones a la potestad administrativa, la que viene a determinar conductas obligatorias para los facultativos. Tales conductas, según el autor, se plasman tanto en protocolos como en prácticas clínicas, pero también en la *lex artis*, siendo ésta la fuente principal de deberes médicos.²⁷

Toda vez que el contrato médico no es susceptible de negociación respecto de su contenido, ya que este se encuentra regulado por la ley, la potestad administrativa y la *lex artis*, el paciente solo tiene libertad de conclusión: el paciente solo puede acceder a aceptar o rechazar la oferta realizada por parte del facultativo ya que no puede determinar la forma en la cuál el médico procederá a realizar su labor terapéutica.²⁸

Atendiendo al hecho de que la desigualdad entre el médico y el paciente se basa en que el primero queda a merced de las prácticas del segundo, junto con los riesgos que tales prácticas conllevan, y que el paciente solo tiene la posibilidad de aceptar o rechazar, es que el deber de información se presenta como una herramienta que le permite al paciente evaluar si quiere que su cuerpo sea expuesto en la forma indicada por el médico, y si acepta los riesgos que tal exposición implica. En efecto, el deber de información es una de las obligaciones que impone el legislador al médico en la LDP.²⁹

Así, la respuesta a la pregunta planteada en este punto se responde de la siguiente manera: El paciente no sabe cómo el médico manipulará su cuerpo para tratar una enfermedad o para practicar un examen diagnóstico. Ante esa desigualdad inicial, el legislador prescribe un derecho para el paciente y un deber para el médico. El derecho del paciente es ser informado sobre el procedimiento, el deber del médico es informar.

²⁶ Figueroa. *Curso de Derecho Civil*. 148

²⁷ Carlos Pizarro. "El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad" *Revista chilena de derecho*. 41 N°3, (diciembre de 2014): 825-843.

²⁸ Gerard Meméteau y Marion Girer. *Cours de Droit Médical*. (Burdeos: LEH) 2017. p. 225. El paciente no puede determinar la forma en que el médico realizará la intervención médica, aun cuando se pueda escoger entre dos o más alternativas de tratamiento. En este sentido, el paciente y el médico solo pueden negociar qué es lo que se hará, pero no cómo se hará, pues lo anterior es un espacio de autonomía profesional.

²⁹ La forma en que esta obligación se impone será revisada en el capítulo II.

Corrigiéndose esa desigualdad, el paciente queda en la situación de poder decidir libremente si acepta o no someterse al tratamiento informado.

b. Fundamento: La doctrina chilena considera tres fundamentos del deber de información y del de obtención del consentimiento informado, a saber (1) la autodeterminación y dignidad del paciente; (2) la asimetría en la información y (3) el riesgo.

b.1. Autodeterminación y dignidad del paciente: La autodeterminación, en materia médica, puede ser entendida como el derecho subjetivo, que bajo la propuesta de HOHFELD, debe ser entendido como el derecho que tienen las personas para determinar qué hacer y dejarse hacer, en este caso, respecto de su cuerpo. Este autor plantea el siguiente ejemplo para expresar cómo un derecho subjetivo se relaciona de forma correlativa a un deber: “si X tiene el derecho de excluir a Y de un inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que Y tiene frente a X el deber de permanecer fuera de aquel lugar”³⁰. La autodeterminación es un derecho subjetivo para el paciente, pues su ejercicio implica el deber para el médico de no tomar decisiones en su lugar, salvo que este lo permita, o que se den situaciones de urgencia en donde el paciente esté impedido de otorgar su consentimiento.³¹

Carlos PIZARRO, siguiendo a Enrique BARROS, observa que el fundamento del deber de información es la autodeterminación de la persona, o de autonomía, toda vez que tal deber está orientado a satisfacer el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, expresando la libertad y voluntad de las personas.³² Por otra parte, según Iñigo DE LA MAZA “[s]uele afirmarse que el fundamento del consentimiento informado como requisito de una actuación médica es la protección de la autonomía o autodeterminación de los pacientes”,³³ en consonancia con lo previamente dicho acerca de que “la autonomía es la justificación que subyace al diseño legal del consentimiento informado y que los deberes de información impuestos a los profesionales de salud constituyen la técnica de protección de los pacientes”.³⁴

³⁰ Wesley Newcomb Hohfeld. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. (Ciudad de México: Fontamara, 2004), 53.

³¹ Tales excepciones se extraen de los arts. 10 y 15 de la ley 20.584. Un tratamiento detallado de estas excepciones se puede encontrar en el capítulo II.

³² Pizarro. *La Responsabilidad Civil Médica*. 44.

³³ Iñigo De la Maza. “Consentimiento informado, una visión panorámica.” *Ius et Praxis*. 16 N°2 (2010): 94

³⁴ Iñigo De la Maza. “Consentimiento informado, un poco de realismo” *Revista de Derecho*. 30 N°4 (2017): 112

Por su parte, el Grupo de Estudios de Ética de la Sociedad Médica de Santiago³⁵ ha emitido la siguiente opinión:

“El principio de autonomía del paciente y la obligatoriedad del tratante de respetarlo, hoy globalmente aceptados en los ambientes académicos dedicados al estudio de la bioética, se entendió como un reconocimiento al derecho del individuo a decidir en estas materias a partir de sus propios valores y objetivos vitales. Este principio ha sido caracterizado, en una de sus versiones más difundidas, como la posibilidad de gobierno de sí mismo, libre tanto de interferencia controladora de terceros, como de una insuficiente comprensión que impida una elección racional.”³⁶

El reconocimiento de la autonomía se debe al hecho de que, mediante su ejercicio, la dignidad de la persona puede ser respetada, afirmación que se ve expresada en el mensaje presidencial con que el proyecto de la LPD fue presentado al congreso:

“Respetar la dignidad de las personas no es una mera afirmación declarativa [...] Al contrario, ésta se traduce en formulaciones y hechos concretos, especialmente en el respeto por su libertad. Una sociedad democrática requiere avanzar en el desarrollo humano, una de cuyas expresiones es la ampliación de libertades, como la autonomía y control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos”.³⁷

Como se mencionó anteriormente, el cuerpo del paciente queda a merced de los procedimientos que el médico llevará a cabo. Si al paciente no se le hace participe activo de estos procedimientos, entonces se le niega su naturaleza de ser cognoscente y libre.³⁸ La necesidad del respeto por tal dignidad es la razón por la cuál la LDP establece el deber de informar al paciente, de modo tal que este pueda tomar una decisión informada. Solo así, el paciente podrá ser un partícipe autónomo dentro del procedimiento médico. En este sentido, la protección de la autonomía no es sino la protección de la dignidad del paciente.

³⁵ Grupo dedicado a la investigación académica sobre problemas éticos en la práctica médica. Forman parte de la Sociedad Médica de Santiago, fundada en 1896.

³⁶ Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago. “¿Tiene cabida, hoy, el “privilegio terapéutico”?” *Revista Médica de Chile*. 145. N°9 (septiembre de 2017): 1199

³⁷ *Historia de la ley 20.584*. Biblioteca del Congreso Nacional.

³⁸ Guillermo Leighton. “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” *Derecho Público Iberoamericano*. N°12 (abril de 2018): 188

b.2. Asimetría informativa: Este fundamento consistiría en que el médico debe otorgarle información al paciente sobre el procedimiento a llevarse a cabo por el hecho de que éste es un lego en la materia. Esta posición es seguida por VERDUGO, quien establece que “el contrato de prestación de servicios médicos es un contrato en que la desigualdad de información entre el paciente y el médico es patente, y es en estos casos en que el deber de información cobra especial importancia [...] su finalidad es equiparar los conocimientos de las partes contratantes para proteger así a la parte más débil [...]”.³⁹

DE LA MAZA reconoce que “[l]a justificación del uso de esta técnica [deber de información] para resguardar la consecución del consentimiento informado del paciente es evidente: la presencia de asimetrías informativas.”⁴⁰ El autor entiende que las asimetrías informativas tienen su base en el hecho de que la relación médico-paciente es una relación entre un profesional y un lego. En tales relaciones, según este autor, hay una característica típica, a saber, las diferencias “significativas en la cantidad de información relevante que manejan las partes. Lo más frecuente será que sea el médico quien disponga de mejor acceso a la información que requiere el paciente para tomar una decisión valiosa en términos de autodeterminación.”⁴¹ Es decir, el médico tiene un conocimiento profesional que el paciente no lo tiene, y es por ello que el médico tiene el deber de informar al paciente.

En derecho comparado se ha sostenido la misma opinión. Jean PENNEAU observa que “de una manera general, el enfermo es un extraño a la técnica médica. Sobre este terreno todo le separa del médico: los conocimientos, el lenguaje, los métodos de pensamiento. El médico debe pues, para informar, realizar una trasposición de los elementos técnicos para ponerlos al alcance del enfermo.”⁴² Siendo el médico poseedor de un conocimiento del que el paciente carece, este debe informarle.

b.3. Asunción de riesgos: Otro fundamento del deber de información y del consentimiento informado es la necesidad de distribuir los riesgos que implica el procedimiento médico. El acuerdo que genera las obligaciones en el marco médico es un contrato. Si entendemos al contrato como un mecanismo que permite repartir los riesgos

³⁹ Verdugo. “Efectos del Incumplimiento del Deber de Información del Profesional Médico”. 82

⁴⁰ De la Maza. “Consentimiento informado, una visión panorámica.” 97

⁴¹ De la Maza. “Consentimiento informado, una visión panorámica.” 97

⁴² Penneau. *La Responsabilité Médicale*. 59. Traducción libre. Extracto original: “*D’une manière générale, le malade est étranger à la technique médicale. Sur ce terrain, tout le sépare du médecin : les connaissances, le langage, les méthodes de pensée. Le médecin doit donc, pour informer, opérer une transposition des éléments techniques pour les mettre à la portée du malade.*”

entre las partes⁴³, el deber de información en el marco de un contrato médico tiene su asiento en la exposición de los riesgos que implica un procedimiento médico determinado.

Dado lo anterior, podríamos comprender que esta etapa del *iter* terapéutico se asemeja a las tratativas precontractuales, en las que las partes deben entregar información suficiente para llevar a cabo el negocio de que se trate. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha establecido que:

“La buena fe exige, pues, que al momento de negociar el contrato, las partes hablen claro (como dice el profesor López Santa María), lo que implica que se abstengan de hacer afirmaciones inexactas o de guardar silencio sobre aspectos que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato.”⁴⁴

El sentido de la decisión de la Corte expresa que dentro de las tratativas previas a todo contrato es necesario que las partes se informen de buena fe sobre las características de los objetos de la prestación o, dicho de otro modo, expresen cuáles son los riesgos que los objetos de la prestación pueden traer consigo.

Parte de la información que las partes deben otorgarse dice relación con los riesgos. El riesgo puede ser entendido como “una contingencia, un peligro de naturaleza particular el que hace a una persona (...) soportar las pérdidas o deterioros, que una persona esté expuesta a experimentar por consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor”⁴⁵

El ejercicio de la medicina trae consigo riesgos que escapan a la prevención y pericia del médico más diligente, por ello se entiende que la *lex artis* prohíba a los galenos prometer un resultado terapéutico exitoso.⁴⁶ En efecto, en derecho comparado se habla de “alea terapéutica”, concepto que designa tanto los accidentes médicos, las infecciones iatrógenas

⁴³ Al respecto, véase Iñigo De La Maza “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°37 (2011), 115-135

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de noviembre de 2007. *Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* Identificador Legal Publishing 39372.

⁴⁵ Luis Claro Solar. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Tomo X. (Santiago: Jurídica, 1988), 679.

⁴⁶ Art. 21. Código de Ética del Colegio Médico de Chile. Ningún médico, por la naturaleza de la ciencia y arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico, ni garantizar la curación del paciente

y las infecciones nosocomiales.⁴⁷ El accidente médico se define como “todo acontecimiento imprevisto que causa un daño accidental relacionado con un acto médico, cuya realización es independiente de toda culpa médica”⁴⁸ Por otra parte, las infecciones iatrógenas son aquellas que tienen relación directa con un acontecimiento imprevisto causado en el marco de la atención médica, y las infecciones nosocomiales son infecciones contraídas durante la estancia en un recinto hospitalario.⁴⁹

En el derecho chileno, tales riesgos han sido identificados bajo el concepto de “eventos adversos” o “eventos centinelas”. Según PIZARRO, ambos eventos describen situaciones inesperadas, pero los eventos primeros no necesariamente causan daños al paciente, en cambio, los centinela tienen consecuencias graves, pudiendo ocasionar “la muerte o serias secuelas físicas o psicológicas”.⁵⁰

El alea terapéutica y los eventos centinela, sumados a los riesgos propios de cada intervención en particular comprenden los riesgos que deben ser informados al paciente antes de solicitar su consentimiento informado, y antes de proceder con el acto médico de que se trate.⁵¹ De esta forma se cumpliría tanto con aquellos deberes precontractuales de información que son integrados al aplicar el art. 1546 del Código Civil, pero al mismo tiempo, con aquellos deberes de información tipificados en la LDP en sus arts. 8, 10 y 11. La forma y extensión con que deben informarse tales riesgos será analizada en el capítulo II.

Así también lo ha entendido la Corte Suprema, asumiendo que el consentimiento informado es una herramienta que permite al paciente sopesar los riesgos de una intervención médica, pero estableciendo el límite en los riesgos propios de una ejecución diligente del acto médico:

“Que en lo concerniente al consentimiento informado, su objeto consiste en entregar al paciente un saber que le permita ejercer una elección fundada,

⁴⁷ Mónica Fernández extrae del sistema legal francés este concepto en “El alea terapéutica como límite a las obligaciones médico-hospitalarias. Una perspectiva desde el derecho comparado” *Prolegómenos. Derechos y Valores*. N°22 (julio-diciembre de 2008): 15-28

⁴⁸ Mónica Fernández. “El alea terapéutica como límite a las obligaciones médico-hospitalarias. Una perspectiva desde el derecho comparado” 19

⁴⁹ Mónica Fernández. “El alea terapéutica como límite a las obligaciones médico-hospitalarias. Una perspectiva desde el derecho comparado” 19

⁵⁰ Pizarro. *La Responsabilidad Civil Médica*. 30.

⁵¹ Art. 4° LDP. Sin embargo, la extensión con la cuál deben informarse dichos riesgos es un asunto que, como se mencionó, aun no se encuentra suficientemente claro en el derecho chileno. Por otro lado,

permitiéndole conocer tanto los riesgos de la operación como los que derivarían de no proceder a la misma. Pero una aprobación informada adecuadamente, como el total consentimiento que se puede prestar, no dicen relación con los perjuicios corporales generados por un acto médico negligente. En efecto, ninguna estipulación puede importar la renuncia anticipada a actuaciones culposas por parte del facultativo, quedando éstas siempre bajo la revisión de los tribunales.”⁵²

b.4. Interacción de los fundamentos: Habiéndose establecidos cuáles son los fundamentos identificados por la doctrina chilena, corresponde ahora ver cómo estos interactúan entre sí.

La asimetría de información, en la forma que se ha expuesto, proviene del hecho de que una parte en la relación sea concedora de la prestación a ejecutar -el profesional-, y que la otra, quien se verá afectada por tal ejecución, desconozca la técnica y el saber con que dicha prestación será ejecutada -el paciente lego-.

Tal aseveración es insuficiente como fundamento del deber pues no se produce en la totalidad de los casos. Es del todo probable que, por ejemplo, un cardiólogo que tenga patologías cardíacas pueda someterse a diversos tratamientos médicos con otro profesional, o bien tan calificado y conocedor del asunto como él o bien menos calificado que el paciente, y en esos casos, o bien no habrá tal cosa como una asimetría de información o esta asimetría se presentará de manera inversa, respectivamente.

Siendo así ¿es posible excusar al médico cardiólogo tratante por el hecho de no haber informado a una paciente más calificada que él, por la falta de información dada a ésta? La respuesta es no, porque la falta del médico tratante emana de un incumplimiento de la ley (art. 10 LDP), si es que se entiende que uno de sus principales propósitos es proteger la autonomía del paciente y su dignidad.

De esta forma, el consentimiento informado es el dispositivo mediante el cual se protege el interés de la autodeterminación de los pacientes. Sin embargo, lo anterior se garantiza a través del establecimiento de deberes legales de solicitar autorización del

⁵² Corte Suprema. 10 de Marzo de 2016. Rol N°21373-2015. Es necesario, empero, observar que la Corte confunde en este caso deber de información con consentimiento informado, pues el objeto del consentimiento informado no es la entrega de información al paciente, como se vio con anterioridad.

paciente y de informarle sobre el procedimiento a seguir. Por lo tanto, el fundamento del deber de información y de obtención del consentimiento informado es la dignidad de la persona y no la asimetría informativa.

En base a lo anterior es posible analizar el fundamento del deber de información en clave de riesgos, de manera que lo que importa conocer es la información sobre los daños que puedan provenir del tratamiento médico. Luego, además de que se deban informar los riesgos que representan los resultados desafortunados en un procedimiento médico, será un daño *per se* cualquier acto no informado sobre el cuerpo de un paciente.⁵³

Es en este último punto dónde habrá siempre una asimetría informativa: es el médico tratante quién sabe cómo actuará, qué decisiones terapéuticas tomará y en definitiva, cómo manipulará el cuerpo del paciente. Incluso, cuando el paciente sea también un médico, si el facultativo le indica que le hará un examen o lo someterá a un tratamiento, pero no cuál, este paciente conocedor de la medicina solo podrá adivinar cuál será, pero no tendrá certeza de qué es lo que realmente se hará con su cuerpo.

No importa que el paciente tenga conocimiento médico o no, por lo tanto la forma en que se expone la asimetría informativa por VERDUGO y DE LA MAZA como razón del deber de información no tiene fuerza explicativa. Es irrelevante que el paciente sea un lego en la materia, mientras que el médico no. Lo que importa es que el paciente sepa cuáles son los actos que se ejercerán sobre su cuerpo y cuáles los riesgos. De esta forma, aun cuando el paciente sea un médico, a este se le debe mencionar cuál es el tratamiento o examen y

⁵³ Sin embargo, ello no implica que dicho daño sea indemnizable. Para ser indemnizable el interés dañado debe ser legítimo y el daño debe ser significativo. (Enrique Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. (Jurídica: Santiago) 2010. p. 224-225). PIZARRO niega la posibilidad indemnizatoria a toda situación en donde únicamente se dañe la autodeterminación del paciente: "Aún si pudiere sostenerse aquello [indemnización por daño a la autodeterminación], lo que no comparto, no me parece que ese perjuicio cumpla con la entidad necesaria para satisfacer la relevancia del daño en cuanto elemento necesario para que una situación así pueda calificarse como perjuicio que amerite una indemnización (...) meras molestias o vulneraciones a determinados derechos pueden quedar sin indemnización si uno considera que la entidad de la lesión al interés comprometido no tiene la magnitud que amerite la indemnización en clave de responsabilidad civil". PIZARRO, *La Responsabilidad Civil Médica*. p. 48. La negativa de PIZARRO parece no tomar en cuenta que el interés que se alega vulnerado no es otro que el de la dignidad. Por otro lado, "todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, si no resulta contrario a la ley o a las buenas costumbres." (Enrique Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. p. 222). En este sentido, si la vulneración es lo suficientemente significativa ¿por qué debería negarse la indemnización? Por ejemplo, un paciente testigo de Jehová concurre al médico por malestares estomacales y el galeno le indica que se le hará una endoscopia digestiva alta, examen que será realizado con anestesia. En vez de practicársele ese examen, se le práctica una colonoscopia. Además de lo anterior, se le toma un examen de sangre durante el periodo en que operó la anestesia. ¿Podría indicarse que tales actos no han afectado suficientemente la dignidad del paciente, a pesar de no haber provocado daños patrimoniales?

cómo se procederá, pues de lo contrario hay una intromisión no consentida en su persona, afectándose su autonomía.

c. Contenido: La LDP, que entró en vigor en abril del año 2012, regula la prestación de servicios de salud por parte de entes privados y públicos a los usuarios, abarcando todo el proceso de atención sanitaria.⁵⁴

La LDP regula explícitamente el deber de información que pesa sobre los profesionales de la salud y las instituciones de salud respecto de los pacientes, indicando también cuáles son las características del consentimiento informado que debe preceder a la mayoría de las intervenciones médicas.

Respecto del derecho a la información, correlativo al deber de información del médico, el legislador ha establecido que tiene diversos objetos, lo que pueden agruparse de la siguiente manera:

En primer lugar, información diagnóstica y terapéutica, es decir, datos sobre el estado de salud del paciente, los posibles tratamientos y los riesgos probables que se siguen de la hipótesis terapéutica (arts. 8º a), 10, 11 c) y d)). En segundo lugar, información sobre la identidad de quien realizará los tratamientos médicos y la estructura jerárquica del equipo médico (art. 9º, 11, a). En tercer lugar, información sobre previsión, costos y acceso al sistema de salud (art. 8º b) y 11 inciso 2º). En cuarto lugar, información destinada al cuidado posterior al término de la hospitalización, que incluya identificación del médico tratante, periodo del tratamiento, diagnóstico de ingreso y de alta, indicaciones a seguir y medicamentos suministrados y prescritos. (Art. 11 letras a) a d)).

Por otro lado, el legislador ha establecido que la información entregada debe ser “suficiente, oportuna, veraz y comprensible”. Es decir, indica características que debe revestir la información entregada para que se entienda cumplido el deber de información.

⁵⁴ Paulina Milos. Francisca Lira. “La ley N°20.582 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Una visión panorámica” En Hernán Corral (ed) *Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios*. (Santiago: Universidad de los Andes) 2014. 10

Es necesario destacar que el riesgo es parte del contenido del deber de información, ya que si se analiza este deber en clave de riesgos, es posible situarla sin mayores dificultades en el marco de una relación civil, pero también, el análisis de los riesgos permite presentar al paciente como un agente racional y digno, capaz de disponer responsablemente de su cuerpo.

Sin embargo, la LDP no expresa cuáles son los riesgos que deben informarse, sino únicamente que la información debe ser suficiente, oportuna, veraz y comprensible, según se desprende de sus arts. 8 y 10. Por otro lado, el legislador también establece que cuando se trate de una intervención invasiva o que implique un riesgo relevante y conocido para la salud del paciente, el consentimiento debe ser escrito. Asimismo, la jurisprudencia aun no ha sentado una línea clara respecto de cuales han de ser los riesgos informados, lo que ha sido verificado por reciente bibliografía.⁵⁵⁻⁵⁶

Respecto del consentimiento informado, el legislador lo ha desarrollado en el párrafo 6° de la LDP titulado “De la autonomía de las personas en su atención de salud”. Este párrafo se inicia indicando que las personas están facultadas por el derecho a otorgar o denegar su consentimiento para someterse a cualquier procedimiento de salud, el cuál debe ser ejercido de forma libre, voluntaria, expresa e informada. (Art. 14 LDP).

Para que tal consentimiento revista aquellas características, el legislador establece que el profesional tratante debe entregar información “adecuada, suficiente y comprensible”. (Art. 14 incisos 1° y 2°). Es decir, bajo la lógica del legislador, el cumplimiento del deber de información es condición necesaria para que se produzca un consentimiento informado.

Asimismo, el legislador regula la forma en que debe otorgarse el consentimiento. En efecto, establece que por regla general este debe otorgarse verbalmente, pero deberá ser escrito cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y para todos aquellos procedimientos que impliquen un “riesgo relevante y conocido para la salud del afectado” (art. 14 inciso 4°). La escrituración de tal información, así como la aceptación del procedimiento y su rechazo debe constar en la ficha clínica del paciente.

⁵⁵ En esta dirección, véase Carlos Pizarro. *La Responsabilidad Civil Médica*. p. 53.

⁵⁶ Este tema será abordado con detención en el capítulo II.

El legislador opta por establecer una regla de presunción respecto de la aquiescencia informada del paciente: frente al caso en que la información y la aceptación o negación del procedimiento deba ser escriturada en virtud del art. 14 inciso 4º, y tal información se encuentra escriturada en los términos que exige la ley, se presume que ha concurrido un consentimiento informado: “Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.”

Por otro lado, el legislador establece una serie de casos en los se dispensa del consentimiento informado para poder proceder igualmente a la realización de una intervención médica, a saber: a) cuando la falta de intervención devenga en un riesgo para la salud pública, b) cuando la condición de salud de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención inmediata y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni tampoco sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, apoderado, o persona que se encuentre a su cuidado y, c) cuando la persona es incapaz y no es posible obtener el consentimiento de su representante legal por no existir este o por no ser habido. (Art. 15).

CAPÍTULO II

CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En este capítulo se analizarán los requisitos que debe reunir la información otorgada para que pueda entenderse cumplido el deber de información y bajo qué condiciones se está ante un consentimiento informado.

Ambos puntos son determinantes en el juicio del cumplimiento de los deberes del médico para con su paciente. En efecto, al determinarse el incumplimiento por parte del galeno, este puede ser tenido por responsable civilmente siempre que se den los otros elementos del juicio de responsabilidad, a saber, capacidad, daño y causalidad.

Si bien la LDP ha establecido una serie de requisitos para determinar el cumplimiento del deber de información y la existencia del consentimiento informado, tales requisitos están enunciados de forma genérica. Los arts. 8 y 10 de la LDP establecen que la información a ser entregada al paciente debe ser “suficiente, oportuna, veraz y comprensible”. Por otro lado, el art. 14 de esta ley establece que el paciente tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento médico, derecho que debe ser ejercido “en forma libre, voluntaria, expresa e informada”. El problema de tales pautas es que su contenido, a *prima facie*, es “abierto”, lo que implica un grado de indeterminación semántica.

a. Textura abierta y requisitos de la ley 20.584: El problema de la indeterminación de los conceptos normativos ha sido tratado por HART, en *El Concepto de Derecho* a través del concepto de “textura abierta”. El autor indica:

“Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standars of behaviour, these, however smoothley they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture”⁵⁷

El problema que HART intenta expresar, según entiende ATRIA, se extrae del hecho de que el significado de los conceptos está dado por su uso, ya que los conceptos adquieren significado aplicándose a ciertas instancias. Teniendo ello en cuenta, habrá muchas

⁵⁷ H.L.A. Hart. *The Concept of Law*. (Oxford: Oxford University Press, 1994) 128.

situaciones donde la aplicación de los conceptos será obvia, pero también existirán ciertos casos en donde aquella aplicación distará de ser tal. “Estos eventos están en lo que Hart llamó la ‘penumbra’ del significado de la palabra (concepto) relevante, donde diferentes opiniones acerca de su aplicabilidad pueden existir entre usuarios competentes del lenguaje en cuestión.”⁵⁸

La necesidad del derecho de utilizar términos clasificatorios de uso general en el lenguaje trae consigo que tales términos tengan una zona marginal en la que exista falta de certeza sobre su significado.⁵⁹ Sin embargo, dicha consecuencia puede ser evitada. HART propone que una forma de evitar la “penumbra” de significado es congelando el significado de la regla, de manera tal que sus términos generales deban tener el mismo significado en cada caso en que su aplicación se requiera.⁶⁰ Tal solución lleva a la estabilidad jurídica, pues se sabrá de antemano cómo solucionar el caso, pero de forma ciega: “*To do this is to secure a measure of certainty or predictability at the cost of blindly prejudging what is to be done in a range of future cases.*”⁶¹

Pero, por otra parte, aquella penumbra puede entenderse por el hecho de que existen dos necesidades sociales que compiten entre sí: la necesidad de reglas dotadas de certeza, y la necesidad de reglas que queden abiertas para una determinación posterior mediante una elección oficial informada, puesto que los conceptos de tales reglas sólo pueden ser adecuadamente apreciados y resueltos frente a un caso concreto.⁶²

Al observar los requisitos que entrega la LDP en sus arts. 8, 10 y 14 podemos encontrar una serie de conceptos cuya determinación únicamente puede extraerse en el marco de la relación médico-paciente. Es decir, el contenido de tales conceptos únicamente puede ser obtenido en su aplicación a instancias prácticas determinadas.

Podría entenderse que el legislador no optó por establecer en la propia ley herramientas que permitieran determinar de forma exacta el contenido de los términos empleados en los artículos 8, 10 y 14. En efecto, si se procede a comparar los artículos

⁵⁸ Fernando Atria. “H.L.A. Hart y la textura abierta del derecho.” En *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G.H. Von Wright*. (Valparaíso: IVR, 1999) 380

⁵⁹ Atria. “H.L.A. Hart y la textura abierta del derecho.” 382

⁶⁰ Hart. *The Concept of Law*. 129.

⁶¹ Hart. *The Concept of Law*. 130.

⁶² Fernando Atria. “H.L.A. Hart y la textura abierta del derecho.” 384

originales que se encontraban el proyecto de ley con los conceptos de suficiencia, oportunidad, veracidad y comprensibilidad de los artículos 8 y 10, y los de consentimiento libre, espontáneo, expreso e informado del artículo 14, se observa que no sufrieron cambios respecto de su tratamiento, respecto de los artículos originales 6, 8 y 14 respectivamente.

Ya que el legislador optó por no dar un contenido cerrado a tales conceptos, es tarea de los órganos administrativos, de los tribunales de justicia y de la doctrina concretar su significado. Ello es consistente con la idea de HART anteriormente expuesta, a saber, que la indeterminación semántica de ciertos conceptos normativos es necesaria frente a situaciones en que su aplicación solo puede darse frente a casos concretos.

El hecho de que la determinación de los conceptos establecidos en los artículos 8, 10 y 14 de la LDP sea tarea de interpretación judicial, doctrinal y administrativa es consistente con la realidad: las relaciones entre el médico y el paciente están cruzadas por una serie de variables que hacen imposible establecer de una vez y para siempre lo que se haya de entender por información suficiente, oportuna, veraz y clara, o que el consentimiento sea espontáneo, libre e informado.

Por ejemplo, si el paciente es analfabeto y presenta severos problemas de entendimiento, pero es mayor de edad y es legalmente capaz, la información que entregue el médico debe ser mayor y más clara que la que el galeno deba entregarle a un paciente estudiante de medicina. Por otro lado, si el médico se enfrenta a un paciente que presenta síntomas de una peritonitis, la oportunidad con que se entregue la información no será medida con la misma vara en una situación en que el paciente presente síntomas de un simple resfrío.

En el entendido de que la LDP nos entrega requisitos de evaluación del cumplimiento del deber de información y de existencia de consentimiento informado que se identifican con el concepto de textura abierta desarrollado por HART, es que expondré el modo en el cuál nuestro sistema jurídico ha ido dando contenido a tales requisitos.

b. Requisitos del cumplimiento del deber de información.⁶³

⁶³ Se ha optado por seguir la forma de análisis planteada por LEIGHTON en "Derecho de información al paciente. Alcances prácticos" *Revista de derecho público iberoamericano*. N°12 pp. 175-203. Sin embargo, he agregado el

El artículo 8º de la LDP establece que “toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito” respecto de las atenciones de salud que el prestador ofrece o tiene disponibles, y sobre los mecanismos y precios para acceder a tales prestaciones. Asimismo, se debe informar de la forma indicada sobre las condiciones previsionales de salud requeridas para la atención, el contenido del reglamento interno del establecimiento asistencial y las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Por otro lado, el art. 10 de la LDP establece que toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, de las alternativas de tratamiento disponibles, del diagnóstico de su enfermedad, de los riesgos que ello pueda representar y del pronóstico esperado, como del posoperatorio cuando procediere. Todo lo anterior debe informarse teniendo en cuenta la edad y condición personal y emocional del paciente.

Lo que corresponde ahora es entender qué quiere decir “suficiente, oportuna, veraz y comprensible”. En los siguientes puntos se expondrá qué es lo que se debe informar para que la información sea suficiente, y luego, se expondrá cómo es que dicha información se debe informar para que sea oportuna, veraz y comprensible.

b.1. Información suficiente

b.1.1. Análisis normativo: Si se aplica la regla del art. 20 del Código Civil a los arts. 8 y 10 de la LDP podemos observar lo siguiente. La Real Academia Española define el concepto de suficiente como “[b]astante para lo que se necesita” y como “apto o idóneo”.⁶⁴ Ambas definiciones del concepto apuntan a un sentido teleológico del concepto, pues por un lado se habla de algo que se necesita, y por otro se habla de idoneidad o aptitud. Luego, las preguntas que deben hacerse son ¿Qué es lo que se necesita hacer con la información entregada? ¿Cuándo podrá entenderse que dicha información es apta?

requisito de comprensibilidad. Por otro lado, he aplicado la misma técnica para analizar los requisitos del consentimiento informado. De todas formas, tales requisitos los provee el legislador en los artículos que son objeto de análisis de este capítulo. Además, LEIGHTON, fuera del análisis sobre la LDP, únicamente se remite al Decreto 38 de 2012 que aprueba el reglamento de la LDP, pero no se refiere al Decreto 31 de 2012 que aprueba el reglamento sobre entrega de información al paciente.

⁶⁴ “Suficiente” Diccionario de la Real Academia Española. visitado 4 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=YehleTO>

El art. 19 inciso 2º del Código Civil indica que para interpretar un pasaje obscuro de la ley se podrá recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento. El pasaje analizado es obscuro puesto que la sola definición del concepto “suficiente” no basta para entender el sentido de los arts. 8 y 10 de la LDP, y de ahí que surjan las dos preguntas establecidas en el párrafo anterior. Entendiendo que la historia del establecimiento de la ley se refiere a la “historia, normalmente documentada, que el intérprete puede reconstruir al momento de tener que establecer el o los sentidos posibles que la ley interpretada pueda tener”⁶⁵, debemos referirnos a su proceso de formación.

Como se mencionó en el apartado sobre los fundamentos del derecho a la información y el consentimiento informado, los principales objetivos que tuvo el legislador al dictar la LDP fueron la protección de la dignidad de las personas y el respeto por su autodeterminación, según indica el mensaje presidencial.⁶⁶ A mayor abundamiento, se destacó que las herramientas que otorgó el legislador a los pacientes para la protección de aquellos bienes jurídicos fueron el deber de información y el consentimiento informado. En este sentido, el fin de la información entregada es velar porque el paciente pueda tomar una decisión autónoma. Si la información sirve a ese fin, se entenderá que es apta.

Desde una perspectiva reglamentaria, el Decreto 38 del 26 de diciembre de 2012 que aprueba el reglamento de la LDP (Decreto 38) no ofrece información respecto del concepto de suficiencia, puesto que no se pronuncia sobre este al tratar la información que debe ser entregada al paciente, sino que solo hace referencia a los requisitos de oportunidad y comprensibilidad en su art. 12. Sin embargo, el Decreto 31 del 26 de noviembre de 2012 que aprueba el reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud (Decreto 31) contiene una serie de reglas que pueden ser útiles para dar mayor claridad al concepto de “suficiente”.

El art. 1º en su inciso primero del Decreto 31 indica las materias que deben ser informadas por el profesional de la salud de la siguiente forma:

⁶⁵ Agustín Squella. *Introducción al derecho*. (Santiago: Jurídica, 2011) 590.

⁶⁶ *Supra*, capítulo I b.1.

“Todo profesional de la salud, que otorgue atención a una persona, en calidad de tratante, sea en un establecimiento público o privado, de atención abierta o cerrada, o en otro lugar, debe comunicar a su paciente, *de acuerdo con los antecedentes de que dispone*, la situación o condición de salud que lo afecta, su diagnóstico de la misma, los tratamientos disponibles para su recuperación o para la mejor mantención de su vida, el pronóstico previsible, el proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, *las posibles complicaciones o riesgos y costos personales que implican dichos tratamientos* y, en general, toda situación que considere relevante para que éste tenga conocimiento de su situación, de sus posibilidades de mejoramiento y de los eventuales riesgos que corre.” (Énfasis añadido)

Del texto transcrito es posible concluir que el médico debe informar de acuerdo con los antecedentes de que dispone en el momento. Esto quiere decir que el médico no puede extender su información extrapolando datos que no tiene.

Tales datos constarán en la ficha clínica, documento que es definido por el Decreto 41 de 2012 del Ministerio de Salud (Decreto 41) en su art. 2 como un instrumento obligatorio en que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de una persona, que cumple la finalidad de mantener integrada la información necesaria para el otorgamiento de atenciones de salud al paciente.

El contenido de la ficha está determinado por lo dispuesto en el art. 6 del mismo decreto, cuya letra c) establece que este documento debe contener un “[r]egistro cronológico y fechado de todas la atenciones de salud recibidas: consultas, anamnesis, evoluciones clínicas, indicaciones, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, intervenciones quirúrgicas, protocolos quirúrgicos u operatorios, resultados de exámenes realizados, interconsultas y derivaciones, hojas de enfermería, hojas de evolución clínica, epicrisis y cualquier otra información clínica.”

El deber de que tienen los prestadores de salud de registrar en una ficha clínica información concerniente al estado de salud del paciente tiene su fundamento en el “principio

de beneficencia”, esto es el de perseguir el bienestar del paciente⁶⁷. VACAREZZA⁶⁸ y NUÑEZ⁶⁹ explican que

“Si el médico lleva un registro de los datos que conciernen al paciente, y anota todo aquello que le pueda ser útil para obtener un diagnóstico correcto, un pronóstico lo más certero posible y un tratamiento adecuado, es porque persigue el bien del paciente. Principio que ha guiado a la Medicina (sic) desde siempre.”⁷⁰

Dado que el fin perseguido por el médico, según los autores citados, es perseguir el bienestar del paciente, la ficha médica presenta la utilidad de fijar datos precisos que le permitan elaborar un plan terapéutico para tratar el malestar presentado por el paciente, ya que

“[I]e interesa al médico no olvidar ningún detalle que le permita cumplir adecuadamente con este objetivo [velar por el bienestar del paciente], y dejar constancia de ellos, le facilita volver continuamente a analizarlos, buscando claridad o explicaciones para lo que está observando en el presente.”⁷¹

Por otro lado, no siempre será el mismo médico el que registre información sobre el paciente. Por ello cada prestador de salud⁷² debe mantener una ficha clínica por cada paciente que atienda.⁷³ Así, los facultativos que atiendan a un paciente podrán contar con la información que otros médicos hayan consignado en este instrumento.

Lo anterior puede traer ciertos problemas. Por ejemplo, el médico tratante elabora un plan terapéutico “P” en base a los datos “A”, “B” y “C” que se encuentran en la ficha clínica del paciente. Aquel plan terapéutico trae como riesgos típicos los eventos “X” e “Y”. Tales riesgos son informados. Sin embargo, en la ficha no se encontraba el dato “D”, dato que tampoco pudo ser extraído de la entrevista con el paciente y que, analizado en conjunto a los

⁶⁷ Una definición de este principio en infra, b.2.2.

⁶⁸ Hematólogo, miembro del comité de ética del Hospital del Salvador de Santiago.

⁶⁹ Enfermera del Hospital del Salvador de Santiago

⁷⁰ Ricardo Vacarezza y Elena Núñez. “¿A quién pertenece la ficha clínica?” *Revista médica de Chile*. 131 N°1 (diciembre de 2000): 112

⁷¹ Ricardo Vacarezza y Elena Núñez. “¿A quién pertenece la ficha clínica?” 113

⁷² Art. 3° LDP. “Se entiende por prestador de salud, en adelante el prestador, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud.”

⁷³ Art. 4° Decreto 41.

datos “A”, “B” y “C”, habría dado indicios de que el paciente padece de la condición “E”. Está comprobado que si un paciente con la condición “E” es tratado con el plan terapéutico “P” hay un riesgo asociado “R”.

De acuerdo al art. 6 c) del Decreto 41 en relación al art. 1º del Decreto 31, no puede entenderse que en el caso propuesto el médico no haya cumplido con el deber de información de informar el riesgo R ya que no contaba con la información suficiente (D) para calcular los riesgos (R) que implicaba su plan terapéutico P. Si el médico no podía prever R, no los podía informar.

Es así como la ficha clínica, además de ser una herramienta para establecer un plan terapéutico, es también un instrumento probatorio ya que puede servir al médico que busca enervar la acción indemnizatoria de que se trate. En efecto, el médico cuenta con una serie de fuentes de información, tales como los exámenes, la anamnesis⁷⁴, y la propia ficha clínica. Si el médico solo puede informar en base a los datos que actualmente posee, podrá establecer en un juicio civil que le era imposible prever una consecuencia desafortunada determinada ya que no contaba con los datos necesarios para preverla, pues estos no pudieron ser extraídos de los exámenes clínicos, de la anamnesis o de la ficha clínica.

Por otro lado, el art. 10 del decreto 31 establece que “[c]on la información proporcionada por el profesional tratante, de conformidad con los artículos 1º, 2º y 3º precedentes, las personas podrán otorgar o denegar su consentimiento a someterse o recibir cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud que se le proponga.” Los arts. 2 y 3 del Decreto 31 no se refieren al contenido de la información, si no que al modo en que la información deba entregarse, esto es, de forma verbal o escrita, y de forma comprensible, atendiendo a la individualidad del paciente.

En este sentido, el sentido de la regla administrativa es claro: el contenido de la información expuesto en el art. 1º inciso primero del Decreto 31 es condición necesaria para

⁷⁴ “La anamnesis es el proceso de la exploración clínica que se ejecuta mediante el interrogatorio para identificar personalmente al individuo, conocer sus dolencias actuales, obtener una retrospectiva de él y determinar los elementos familiares, ambientales y personales relevantes” Pedro Rodríguez y Luis Rodríguez. “Principios técnicos para realizar la anamnesis en el paciente adulto” Revista cubana de medicina general integral. 15 N°4 (julio-agosto de 1999) 409-414.

que se produzca el consentimiento informado. Si falta alguno de los elementos enunciados en el artículo mencionado, la información entregada no es suficiente.

Por otro lado, al acudir a la *lex artis*, se observará que el CECM en su título II sobre “Las relaciones del médico con sus pacientes” incluye un apartado especialmente destinado a la información y consentimiento. Si bien, el concepto de suficiencia de la información no es tratado de forma explícita, el art. 24 de este código establece un catálogo de objetos que deben ser informados: (i) identidad del médico, área de competencia profesional y sus límites, y (ii) diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad. Por otra parte, el art. 25 del CECM indica que:

“Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente. En caso de procedimientos diagnósticos o terapéuticos *que entrañen un riesgo significativo para el paciente, el médico le proporcionará información adicional de los beneficios y riesgos del mismo*, con el fin de obtener su consentimiento específico, imprescindible para practicarlos.” (énfasis añadido)

El art. 25 entrega un dato de relevancia: si el procedimiento conlleva un riesgo significativo para la salud del paciente, el contenido de la información debe ampliarse a tales riesgos. Es decir, se prevee por parte de la *lex artis* un escenario en el que el deber de información se hace más extenso.

Se puede comprender, por tanto, que el CECM estima suficientes los objetos a informar establecidos en los arts. 24 y 25, pues de lo contrario, habría agregado otros objetos de información a la lista. De cualquier forma, al comparar el art. 24 del CECM con el art. 10 de la LDP y el art. 1º del Decreto 31 se observará que los objetos a ser informados son los mismos, a saber, estado de salud, diagnóstico, tratamientos, riesgos y pronóstico.

Por ende, un análisis normativo entrega la siguiente conclusión: La información será suficiente si se reúnen copulativamente las siguientes condiciones: (i) aptitud para proteger la dignidad del paciente y respetar su autonomía, (ii) inclusión de los objetos establecidos en las letras a) a d) del art. 8 y las señaladas en el art. 10 LDP, (iii) inclusión de los objetos indicados en el art. 1º del Decreto 31 y (iv) inclusión de los objetos establecidos en el art. 24 y 25 del CECM.

b.1.2. Análisis doctrinal: Parte de la doctrina, antes de la entrada en vigor de la LDP, comprendía que la información debía ser completa en lo que concierne a diagnóstico del paciente, utilidad de los tratamientos y sus riesgos.⁷⁵ Con posterioridad a la dictación de la LDP, tal deber se hace explícito.

La idea de la suficiencia, como característica de la información entregada al paciente, ha suscitado dificultades principalmente en lo que concierne a los riesgos. Ello es del todo entendible, ya que el legislador no se hizo cargo de establecer cuáles son los riesgos que deben ser informados. En cambio, el resto de los objetos a ser informados quedan determinados por el propio legislador.

PIZARRO comprende que el conocimiento de los riesgos es el objeto esencial de la información a que tiene derecho el paciente porque si el riesgo se informa, y este se actualiza, puede entenderse que el daño provocado es una circunstancia aciaga. *A contrario sensu*, si el riesgo actualizado no se informó, ello implica que el paciente no tuvo la oportunidad de haber tomado otra decisión, constituyendo dicha pérdida el objeto de la indemnización.⁷⁶

DE LA MAZA propone un ejemplo que puede ser ilustrativo para la pregunta sobre el alcance de los riesgos a informar: Una persona asiste al oftalmólogo ya que ha perdido parte de la visión en su ojo izquierdo después de un accidente. El médico le indica que debe someterse a una cirugía, la cual tiene un 50% de efectividad. Asimismo, el oftalmólogo indica que no hay tratamiento alternativo y que, si no se somete a tal intervención, perderá la vista en su ojo izquierdo en el plazo de seis meses. Por otro lado, informa también el facultativo sobre los riesgos generales de la anestesia.

Frente a lo anterior, el paciente accede a someterse a la cirugía. Al día siguiente de la intervención, el paciente comienza a sufrir molestias en su ojo derecho, el cual paulatinamente llega a presentar el mismo estado del ojo izquierdo antes de la intervención. El paciente reclama de esta situación al oftalmólogo, quien le indica que este presenta un cuadro de “oftalmía simpática”, cuadro de ocurrencia extremadamente baja (3 en 10.000

⁷⁵ Mauricio Tapia. “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. En *Revista de Derecho de Valdivia*. 15 (diciembre de 2013): 94

⁷⁶ Pizarro. *La Responsabilidad Civil Médica*. 48 – 50

casos). Ante ello, el paciente le indica que de haber sabido lo anterior, no hubiera dado su consentimiento para proceder con la cirugía.⁷⁷

La pregunta es ¿debió el oftalmólogo haber informado de tal riesgo, por más mínimo que este haya sido? Para poder responder lo anterior, el autor revisa dos tendencias jurisprudenciales comparadas. Una de tales tendencias dice razón con la tipicidad o atipicidad de los riesgos y la otra, da cuenta de la diferencia entre medicina curativa y voluntaria o estética.

Respecto de la primera, para determinar si un riesgo es atípico o típico se debe atender no tanto a la probabilidad de ocurrencia, sino más bien a si el riesgo se asocia al tratamiento o no.

Siguiendo a DOMÍNGUEZ y MACÍA, DE LA MAZA opina que “no cabe omitir información sobre consecuencias más o menos previsibles, con independencia de la verificación y cuantificación estadística”.⁷⁸ Lo anterior puede entenderse de la siguiente forma: El tratamiento X de la enfermedad A tiene como riesgo asociado el evento B. El evento B ocurre en el 0,001% de las veces en que se aplica el tratamiento X. El evento B debe informarse.

Por otro lado, respecto de la medicina estética, DE LA MAZA recoge lo señalado por doctrina francesa, expresando que, como lo que está en juego no es la salud del paciente, se comprende que se encuentra menos propenso a soportar riesgos, por lo que todo riesgo eventual debe ser informado.

Carlos PIZARRO, en una publicación del año 2008 adopta una posición similar, al establecer que la información entregada al paciente dependerá del tipo de prestación: “[a]sí, suele indicarse que tratándose de una cirugía estética existe un deber mayor de información al paciente. Al no concurrir una finalidad terapéutica, el médico debiera informar no sólo los riesgos normales, sino también aquellos excepcionales”⁷⁹

⁷⁷ Iñigo De la Maza. “Consentimiento informado, una visión panorámica”. 91

⁷⁸ Iñigo de la Maza. “Consentimiento informado, una visión panorámica.” 107

⁷⁹ Carlos Pizarro. “Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y Perspectivas” En *Revista Médica de Chile*. 136. N°4 (abril de 2008): 539-543

En el derecho francés, el legislador de la ley N° 303-2002 del año 2002, conocida como “ley Kouchner”, solucionó el problema aquí planteado utilizando los criterios que la jurisprudencia fue construyendo.⁸⁰ Esta ley modificó el Código de Salud Pública de Francia (CSP) en lo respectivo a los deberes de información de los médicos.⁸¹ De esta forma, el art. L. 1111-2 del CSP dispone:

“Toda persona tiene el derecho a ser informado sobre su estado de salud. Dicha información recae sobre las diferentes investigaciones, tratamientos o acciones de prevención que son propuestas, su utilidad, su urgencia eventual, sus consecuencias, *los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que comporten*, así como sobre las otras soluciones posibles y sobre las consecuencias previsibles en caso de rechazo. (...)”⁸² (Énfasis añadido).

Dicha solución es la confirmación de la solución jurisprudencial que queda zanjada con un fallo pronunciado por la primera cámara civil de la Corte de Casación de fecha 7 de octubre de 1998. En ella, los magistrados expresan que:

“Salvo el caso de urgencia, de imposibilidad o de negativa del paciente de ser informado, un médico tiene el deber de dar una información leal, clara y apropiada sobre los *riesgos graves asociados a la investigación y a los cuidados propuestos y no puede excusarse de esta obligación por el solo hecho de que estos riesgos no se realicen más que excepcionalmente.*”⁸³ (Énfasis añadido).

En este sentido puede observarse que, en el derecho civil francés, los riesgos que deben ser informados por el médico son los riesgos graves que vayan asociados con el tratamiento de que se trate, aun cuando su realización sea excepcional. Sin embargo, como

⁸⁰ Jeannette Namen Baquero. “Obligación de Información del Médico en el Derecho Francés”, *Revista de Derecho Privado*. N°15. (2008): 182

⁸¹ Namen Baquero. “Obligación de Información del Médico en el Derecho Francés” 190

⁸² Art. L 1111-2 CSP. *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus (...).*

⁸³ C. Cass, civ. 1°, 7 de octubre de 1998, Castagnet con CPAM de la Vienne y otros. Bull. Civ. I n°291. Extracto original: “*Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférent aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement.*”

se mencionó más arriba, si la intervención es estética, el médico tiene el deber de informar todos los riesgos, por lo que también deberá informar aquellos menos graves.

Por lo anteriormente mencionado, se concluye que:

(1) Actualmente en Chile no existe norma legal alguna que indique de forma expresa cuales son los riesgos que deben ser informados al paciente.

(2) Sin embargo, del análisis sistemático de las normas legales, reglamentarias y de la *lex artis* se puede establecer que los riesgos graves que traigan consigo los tratamientos o exámenes médicos elevan la exigencia de información.

(3) Por parte de la doctrina, se ha observado que el nivel de información a entregar sobre los riesgos dependerá del tipo de prestación médica, y así, cuando se trate de medicina voluntaria o estética, se deben informar todos los riesgos, ya que lo que se encuentra en juego en la intervención médica no es la salud del paciente. En cambio, cuando se trate de medicina terapéutica, deben informarse hasta los riesgos graves, aun cuando estos tengan un bajo nivel de probabilidades de manifestación.

b.2. Información oportuna, veraz y comprensible

En el punto b.1. se ha observado lo relativo al contenido de la información, respondiendo a la pregunta sobre qué es lo que debe ser informado. En este punto trataré el modo en el cuál dicha información debe ser otorgada.

b.2.1. Oportunidad: El adjetivo “oportuno” es definido por la Real Academia Española como la característica de algo que “se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene.”⁸⁴ Si el objetivo de regular el deber de información y el consentimiento informado es el respeto por la dignidad de la persona y autonomía, la oportunidad deberá determinarse según el estado en que se encuentre el paciente para poder aceptar o rechazar informadamente el tratamiento médico que se le propone.⁸⁵

⁸⁴ “Oportuno” Diccionario de la Real Academia Española, visitado 7 de noviembre de 2018) <http://dle.rae.es/?id=R6zLykN>

⁸⁵ Leighton. “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” 194

Esta misma idea sigue PARRA, quien indica lo siguiente: “[r]esulta claro que la única información eficaz es aquella que se proporciona antes de la intervención o el tratamiento de que se trate, siempre y cuando sea proporcionada con una antelación suficiente y en condiciones que permitan la adecuada reflexión por parte del paciente.”⁸⁶

Según LEIGHTON, si se analizan las reglas que entrega el legislador así como las normas reglamentarias que regulan la materia, podrá observarse los momentos en que la entrega de la información sea oportuna en atención al estado en que el paciente se encuentre.⁸⁷ En esta línea es posible identificar tres momentos: i) antes del inicio de cualquier procedimiento médico, información debe entregarse o al paciente, cuando este se encuentre en condiciones de recibir y entender la información⁸⁸, o sus representantes o personas que lo tengan a su cuidado, en casos de urgencia, ii) durante el procedimiento terapéutico y iii) al finalizar el procedimiento médico de que se trate.

i) Antes de iniciar el procedimiento. Desde el art. 8 letra a) de la LDP se observa que la oportunidad está dada para el momento anterior a que el tratamiento o examen de que se trate sea ejecutado, pues dicha letra se refiere a la oferta de la atención de salud. El art. 10 de la misma ley refuerza lo anterior, pues establece que la información debe versar, entre otras cosas, sobre el diagnóstico y los tratamientos disponibles para la recuperación del paciente.

Sin embargo, en casos de urgencia o emergencia, la regla del inciso primero del art. 10 se modifica. El inciso tercero de este artículo define “urgencia” o “emergencia” como aquellos casos en que “la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información”. En estos casos, la oportunidad está dada en atención a la necesidad imperante de proceder con los tratamientos necesarios que prevengan dichas secuelas, cambiando el destinatario de la información. Dado que el paciente no está en condiciones de recibir y comprender lo que se informa, serán los representantes del paciente, o las personas a cuyo cuidado se encuentre los destinatarios de la información.

⁸⁶ Parra. “La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado” 1579

⁸⁷ Leighton. “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” 194

⁸⁸ Respecto del caso de pacientes incapaces o que no se encuentren en condiciones de entender la información, véase el punto b.2.3.

ii) Después de finalizado el procedimiento: Por otro lado, el art. 11 inciso segundo de la LDP establece que el prestador de los servicios médicos debe entregar al paciente, finalizado sea el tratamiento, información concerniente a los tratamientos médicos aplicados, así como los exámenes realizados y medicamentos suministrados.

En un sentido similar, el Decreto 31, en su art. 7º establece que:

“Quienes han recibido atenciones de salud internados en un hospital, clínica u otro establecimiento de atención cerrada, tendrán derecho a que su profesional tratante les informe, al término de la misma, previa solicitud verbal o escrita, un informe claramente legible que indique: (...)

b) información comprensible sobre el diagnóstico de ingreso y de alta, con sus fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico, y las indicaciones que debe seguir el paciente en el futuro atendida su condición de salud, y

c) lista de medicamentos, con sus dosis respectivas, suministrados durante la hospitalización y aquellos prescritos.”

iii) Durante el procedimiento: LEIGHTON establece que “existe un evento que la ley no menciona, y que tiene relación con los sucesos durante la evolución de la intervención de salud. La enfermedad es un estado mórbido en constante evolución (...)”⁸⁹. Esta afirmación no es del todo correcta, pues la ley efectivamente reconoce que los tratamientos médicos no consisten en un acto determinado, sino que se enmarcan en una relación más extensa, compuesta de una serie de actos. En efecto, como bien indican MILOS y LIRA, el objeto de la ley “es el paciente en ‘su proceso de atención en salud’: período comprendido desde el primer contacto e ingreso a un establecimiento de salud hasta su egreso.”⁹⁰

El art. 5º de la LDP indica que “en su *atención de salud* las personas tienen derecho a recibir un *trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia*” (Énfasis añadido. Por lo tanto, dentro del marco de la atención de salud, el médico debe informar al

⁸⁹ Leighton. “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” 195

⁹⁰ Milos & Lira. “La ley N°20.582 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Una visión panorámica” 9

paciente sobre la serie de actos que comprende el tratamiento de que se trate. En el mismo sentido se pronuncia el art. 3º del Decreto 31, que indica que el médico tratante deberá complementar la información entregada dentro del curso del proceso.

b.2.2. Veracidad: El adjetivo veraz es definido por el diccionario de la Real Academia Española como la característica de aquello que “dice, usa o profesa siempre la verdad”.⁹¹ El decir la verdad en el marco de la relación médica es la condición necesaria para que esta se fundamente en la confianza.⁹² En efecto, el art. 12 del CECM establece que “[e]l médico debe obrar siempre con honradez y buena fe. No ha de afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni hacer certificaciones falsas”. Sin embargo, debe observarse que “el paciente no está constituido por un grupo de células que reaccionan frente a un tratamiento.”⁹³

Por ello, el deber de veracidad, expresado en las palabras de VACAREZZA, “no consiste en decir todo lo que pensamos, sino en no decir nada contrario a lo que pensamos”⁹⁴ En esta línea, lo que se produce entorno al deber de veracidad es un conflicto entre los principios de respeto por la autonomía y de beneficencia.⁹⁵

Según CHILDRESS y BEAUCHAMP el principio de respeto por la autonomía equivale al reconocimiento de que la persona es capaz de regularse a sí misma, “libre, sin interferencias externas que pretendan controlar, y sin limitaciones personales, como por ejemplo una comprensión inadecuada, que impidan hacer una elección”.⁹⁶ Por otro lado, el principio de beneficencia implica que los actos de los médicos deben siempre velar por contribuir positivamente al bienestar del paciente.⁹⁷

Este conflicto puede verse recogido en la *lex artis*. El art. 24 del CECM en su inciso quinto indica que “toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones mesuradas.” De esta manera, se hace patente que si bien el médico debe informar verazmente, la verdad

⁹¹ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=baz6o1q> (visitado 7 de noviembre de 2018)

⁹² Ricardo Vacarezza. “De los derechos del paciente.” *Revista médica de Chile*. 128 N°12. (diciembre de 2002) 1380-1384.

⁹³ Guillermo Leighton. “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” 195

⁹⁴ Ricardo Vacarezza. “De los derechos del paciente.” 1380-1384.

⁹⁵ Ricardo Vacarezza. “De los derechos del paciente.” 1380-1384.

⁹⁶ Tom L. Beauchamp y James F. Childress. *Principios de Ética Biomédica*. (Masson: Barcelona. 1999) p. 115.

⁹⁷ Beauchamp & Childress. *Principios de Ética Biomédica*. p. 246.

expresada en sus declaraciones debe estar matizada por el impacto emocional que ella pueda producir en el paciente.

b.2.3. Comprensibilidad. El adjetivo “comprensible” designa la cualidad de aquello que se puede comprender.⁹⁸ “Comprender” por su parte, es la capacidad de “[e]ncontrar justificados o naturales los actos o sentimientos de otro”⁹⁹. El hecho de que la información otorgada sea comprensible es fundamental para cumplir con el fin del deber de información, a saber, que el paciente pueda tomar una decisión autónoma e informada respecto de los tratamientos y exámenes que se le ofrecen, pues, como bien indica PARRA:

“entender que el facultativo cumple cabalmente con su obligación legal sólo con la entrega de una formula ininteligible para su paciente, implicaría transformar este importante deber en una mera formalidad a cumplir, atentando claramente contra su real finalidad, la que apunta a que sea el paciente quien pueda decidir, disponiendo sobre su propio cuerpo, pero con un cabal conocimiento sobre su decisión”.¹⁰⁰

En el contexto del requisito de comprensibilidad pueden encontrarse dos escenarios: el primero está dado por el caso en que el paciente tenga las aptitudes intelectuales suficientes para comprender información por sí mismo, lo que será evaluado por el médico tratante. El segundo escenario está dado por el caso en que el paciente no tenga aptitudes mentales suficientes para entender la información.

Ambos escenarios están contemplados en la LDP. El art. 10 de esta ley establece como regla general que toda persona tiene derecho a ser informada sobre su estado de salud, su diagnóstico, los tratamientos disponibles, sus riesgos y su pronóstico. Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo establece la siguiente excepción:¹⁰¹

“Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de

⁹⁸ “Comprensible” Diccionario de la Real Academia Española, visitado 8 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=A36DC1C>

⁹⁹ “Comprender” Diccionario de la Real Academia Española, visitado 8 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=A34eRFg>

¹⁰⁰ Parra. “La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado”. 1581

¹⁰¹ Existe además una tercera excepción que dice relación con las situaciones de urgencia en las que la vida del paciente corra peligro. Esta excepción fue tratada en el punto b.2.1.i) de este capítulo.

entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre.”

Asimismo, la propia ley prevee la situación en que el representante legal o persona que tiene bajo su cuidado a este paciente no pueda ser hallado. Así, el art. 15 letra c) de la LDP indica que no se requerirá de consentimiento informado, que requiere a su vez que se cumpla el deber de información, en este caso. El Decreto 31 provee la mismas soluciones en sus arts. 4 y 11 respectivamente. A continuación serán analizadas las dos hipótesis que establece el art. 10 de LDP.

i) Paciente apto para comprender la información: La importancia que tiene la comprensión de la información entregada al paciente es crucial, porque solo si el paciente entiende la propuesta terapéutica y los riesgos que esta conlleva, podrá indicar informadamente si la acepta o no.¹⁰²

En este sentido, la comprensibilidad de la información está en estrecha relación con adecuación, pues, la información será comprensible para un paciente en particular si se expresa adecuadamente a éste. Así, por ejemplo, no será lo mismo informar sobre los riesgos de una histerectomía a una paciente que es enfermera, que informar sobre lo mismo a un lego en la materia.

Tampoco será lo mismo informar sobre los riesgos y beneficios de una apendicectomía a una persona que presente dificultades de entendimiento, que a una persona que se encuentre en condiciones de entender lo que se le informa. Por otro lado, el médico debe atender también a la madurez del paciente y su estado emocional. (Art. 1º Decreto 31). Si la entrega de la información no atiende a las exigencias anteriormente dichas, no siendo comprendida por el destinatario, el médico incumple con su deber.

Sin embargo, DE LA MAZA presenta ciertos reparos sobre el requisito de comprensibilidad de la información, en el sentido de que tal deber se encuentra en la realidad frente a cuatro obstáculos: en primer lugar, que los pacientes no quieren ser

¹⁰² En esta línea: Pizarro. *La responsabilidad civil médica*. p. 44, Parra. “La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado” 1581, Leighton. “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” 193.

informados, en segundo lugar, que el ejercicio de la medicina se ha burocratizado, despersonalizando la relación médico-paciente, en tercer lugar, que la mayoría de los pacientes carece de las habilidades para comprender la información entregada, y finalmente, el alto costo que el cumplimiento de este requisito implica.¹⁰³

Producto de tales obstáculos, “resulta más conveniente considerar con cautela las posibilidades de favorecer la autonomía de las decisiones de los pacientes mediante la imposición de deberes de información a los médicos” dentro del escenario nacional.¹⁰⁴ Una reflexión de tal calibre merece ser discutida.

i.1. Discusión a propósito del realismo sobre el consentimiento informado: Respecto de la primera razón antes aludida, el autor sigue a Carl SCHNEIDER y a Marshal KAPP para establecer que

“no resulta infrecuente que un número importante no desee ni información acerca de los riesgos anejos a los tratamientos médicos ni participara (sic) en las decisiones concernientes a los mismos, abandonando así un modelo de soberanía del paciente por uno de paternalismo médico”.¹⁰⁵

Tal afirmación, por más cierta que sea, no puede ser fundamento para que los tribunales relajen el deber de información en relación al requisito de la comprensibilidad porque, de aceptar tal premisa, se incurriría en una falacia de *non sequitur*.

En efecto, los estudios a los que DE LA MAZA hace referencia no corresponden a estudios realizados en pacientes chilenos. Por otro lado, este autor tampoco hace referencias a decisiones de política pública que se hayan tomado en razón de tales estudios.

Por otro lado, aún cuando existan políticas públicas que vayan en esa dirección en los países en que se hayan realizado dichos estudios, ello no implica que tales políticas

¹⁰³ De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 112.

¹⁰⁴ De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 112.

¹⁰⁵ Iñigo De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 119.

públicas deban funcionar en nuestro país. Al respecto Nancy CARTWRIGHT¹⁰⁶ indica lo siguiente:

“All the studies I have discussed so far justify what I would term ‘efficacy claims’, where ‘efficacy is what happens in ideal circumstances. But recall the logic of RCTs.¹⁰⁷ The circumstances there are ideal for ensuring the ‘treatment caused the outcome in some members of the study’ -ie, they are ideal for supporting ‘it-works-somewhere’ claims. But they are in no way ideal for other purposes; in particular they provide no better base for extrapolating or generalising than knowledge that the treatment caused the outcome in any other individuals in any other circumstances.

For policy and practice we do not need to know ‘it-works-somewhere’. We need evidence for ‘it-will-work-for-us’ claims.”¹⁰⁸

Para llegar desde el “funciona-para-ellos” al “funcionará-para-nosotros”, la filósofa indica que la inducción enumerativa puede funcionar, pero para ello es necesario una vasta y variada base inductiva. Iñigo DE LA MAZA no proporciona tal base inductiva. Por otra parte, DE LA MAZA tampoco cita un trabajo o investigación proveniente de las ciencias sociales que permita buscar elementos de similitud entre el universo estudiado por los autores que él cita y la realidad chilena.

Por ello, no puede entenderse que, porque en otro país existan pacientes que no quieren ser informados, ello implica que en Chile la exigencia sobre el deber de información respecto del requisito de comprensibilidad debe relajarse.

La segunda razón que expone DE LA MAZA es que la relación médico-paciente se ha burocratizado. Dicha burocratización es producto de la comercialización de la actividad médica, por lo que los médicos pasan a ser vendedores y los pacientes, compradores. Así, los primeros dedican menos tiempo a los segundos.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ph.D. en Filosofía en la Universidad de Illinois, profesora emérita de la *London School of Economics*. Presidenta de la *Philosophy of Science Association*.

¹⁰⁷ Prueba controlada aleatorizada. (*Randomized control test*)

¹⁰⁸ Nancy Cartwright. “The art of medicine. A philosopher’s view of the long road from RCTs to effectiveness” *The Lancet*. 377. (abril de 2011): 1400-1401.

¹⁰⁹ Iñigo De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 121

En este marco, dado que una persona se atiende con varios médicos, y cada uno de estos médicos puede dedicar un menor tiempo a cada paciente, las condiciones para cumplir con el consentimiento informado son “extraordinariamente exigentes”. El fondo de este problema estaría dado por el hecho de que los médicos deberían utilizar más tiempo por cada paciente para que este comprenda la información que se le entrega.¹¹⁰

Así, la segunda razón está estrechamente ligada con la tercera razón, que es que los pacientes no estarían del todo capacitados para comprender la información que se les otorga. Por un lado, establece el autor que “la información que [los] médicos deben suministrar puede llegar a ser extraordinariamente compleja y que su entrenamiento profesional no se vincula con el suministro de información a los pacientes”. El hecho de que la información sea técnica o compleja es la razón por la cuál debe ser expresada de forma comprensible, por lo que esa misma razón no puede ser utilizada para relajar su aplicación en virtud del principio de no contradicción: Si A entonces B, no se puede concluir que A entonces -B. Por otro lado, el autor no justifica la afirmación de que el entrenamiento profesional no se vincula con el suministro de información a los pacientes.

DE LA MAZA establece que, según STAPLES y MOULTON, los pacientes no interpretan bien la información que se les entrega, sobreestimando probabilidades de contraer enfermedades de amplia cobertura mediática o riesgos pequeños, subestimando riesgos importantes, etc.¹¹¹ Los estudios no serían aptos para extrapolar sus resultados a pacientes chilenos por lo dicho respecto de la primera razón (los pacientes no quieren informarse). Sin embargo, aún si se aceptaran los resultados de la investigación como aplicables a realidad chilena, existen estudios que demuestran que el solo cambio en la forma en como se expresa la información puede tener efectos positivos en la comprensión por parte del paciente.

MOORE, RIVERA y CORBALÁN¹¹² se pronuncian en esta dirección y ellas sostienen que, por ejemplo, si la ocurrencia de un riesgo se expresa bajo el término cualitativo “raro” el paciente comprenderá una probabilidad cercana al 24%, en cambio, el médico entenderá una probabilidad cercana al 5%. En cambio, si se utiliza el término “frecuente” la

¹¹⁰ Iñigo De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 122

¹¹¹ Iñigo De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 123

¹¹² Las autoras son médicos miembros de la “Unidad de Medicina Basada en Evidencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile”.

comprensión que tiene el médico y el paciente sobre la posibilidad de actualización del riesgo será similar. Por otro lado, las probabilidades de ocurrencia de un riesgo que son expresadas bajo fórmulas tales como “1 de cada 10 mujeres tendrá cáncer de mama” son más comprensibles para los pacientes que formulas porcentuales.¹¹³

Asimismo, las autoras señalan que existen estudios que indican que “solo el 10% de los pacientes falla en recordar los puntos que el médico le ha entregado”.¹¹⁴ Si bien los estudios que utilizan las autoras también son de origen extranjero, se encuentran en la misma situación que los estudios utilizados por DE LA MAZA, por lo que sirven para contrastar los fundamentos de su argumentación.

Finalmente, DE LA MAZA indica que el cumplimiento cabal del deber de información implica un mayor gasto para los prestadores de salud, lo que se ve reflejado en el costo de la atención médica que debe pagar el paciente.¹¹⁵ Este incremento en el gasto de la atención de salud que implica mejorar las condiciones del consentimiento informado no tendría resultados evidentes según DE LA MAZA. Para ello, vuelve a basarse en estudios de origen extranjero.

En contra de lo anterior, MOORE *et al* indican que al explicar los posibles daños se facilita la aceptación de exámenes preventivos¹¹⁶. En este sentido, se podría concluir que si el médico utiliza un vocabulario comprensible respecto de los riesgos, se potenciaría la aplicación de exámenes preventivos, lo que permitiría detectar enfermedades en etapas tempranas, reduciendo los gastos en tratamientos en enfermedades más desarrolladas. Así mismo, las autoras destacan que la “entrega de información se asociaría también a la mejora de algunos *outcomes* clínicos, tales como mejoría de síntomas, niveles de presión arterial, glicemia y requerimiento analgésico postoperatorio”.¹¹⁷

Por tales razones se demuestra la importancia que tiene el requisito de la comprensibilidad dentro del deber de información. En efecto, al contrario de lo que dice DE LA MAZA no porque el cumplimiento de este deber sea costoso, o porque en la práctica solo

¹¹³ Philippa Moore, Solange Rivera y Javiera Corbalán. “Cómo transmitir la evidencia a los pacientes: El médico como comunicador de riesgos” *Revista Médica de Chile*. 134. (2006): 386

¹¹⁴ Moore *et al*. “Cómo transmitir la evidencia a los pacientes: El médico como comunicador de riesgos” 386

¹¹⁵ Iñigo De La Maza. “Consentimiento informado. Un poco de realismo” 124

¹¹⁶ Moore *et al*. “Cómo transmitir la evidencia a los pacientes: El médico como comunicador de riesgos” 387

¹¹⁷ Moore *et al*. “Cómo transmitir la evidencia a los pacientes: El médico como comunicador de riesgos” 386

sea cumplido de forma deficiente¹¹⁸, o porque supuestamente los pacientes no entienden lo que se les informa, este deber debe relajarse.

Al contrario, la evidencia empírica que MOORE *et al* utilizan demuestra que el cumplimiento de este deber trae consecuencias beneficiosas para la salud del paciente, que los pacientes retienen la información fundamental entregada por el médico y que solo con el cambio de los términos utilizados por el médico a la hora de informar el paciente, este puede comprender de mejor forma la información entregada.

Si ello se suma al hecho de que el deber de información es una herramienta para proteger la dignidad del paciente, no puede compartirse la conclusión entregada por DE LA MAZA

ii) Paciente imposibilitado de comprender la información: El problema que se asoma al analizar las excepciones del art. 10 inciso segundo de la LDP se sitúa en el campo de la autodeterminación. Se expuso anteriormente que la autodeterminación no es sino una herramienta para la protección de la dignidad del paciente¹¹⁹ y que el fin del deber de información es velar porque el paciente decida autónomamente. Siendo así ¿debe entenderse que el cambio del titular del derecho de recibir la información implica que no se vela por el respeto a la dignidad del paciente? Los conceptos de capacidad pasiva y activa propuestos por Neil MCCORMICK pueden ser útiles para responder esta pregunta.

Según este autor, las personas pueden estar dotadas de capacidad activa y están dotadas de capacidad pasiva.¹²⁰ La capacidad pasiva puede ser pura o transaccional. La primera es

“identificada apropiadamente como la capacidad jurídica de una entidad para ser la beneficiaria de una o más disposiciones jurídicas, en el sentido de que ellas han de ser interpretadas como teniendo el propósito de proteger tal entidad respecto de un daño o de permitir la realización de un algún interés de esa entidad”.¹²¹

¹¹⁸ El autor tampoco establece una línea jurisprudencial clara que permita concluir que los doctores no cumplen con este deber.

¹¹⁹ Capítulo I letra b.1).

¹²⁰ Neil MacCormick. *Instituciones del Derecho*. (Madrid: Marcial Pons 2011) 116 y siguientes.

¹²¹ MacCormick. *Instituciones del Derecho*. 116.

Esta capacidad no es privativa de las personas, ya que se habla de “entidades”. Por otro lado, la capacidad transaccional pasiva se entiende como la capacidad que tiene una persona, de un modo totalmente pasivo, para “tomar parte en el drama del derecho”.¹²² En este tipo de capacidad, es necesario que un tercero sea capaz de ejecutar actos transaccionales, a saber, actos en los cuales se exija la capacidad para exigir, hacer valer o para abandonar o renunciar un derecho¹²³, y que la parte a la que se dirige el acto tenga capacidad suficiente para que la transacción produzca el efecto que le es propio.¹²⁴

¿Cómo estará determinado el hecho de que una persona sea capaz de soportar los efectos de una transacción en la que no fue parte? Justamente por el hecho de que esa persona está incluida dentro de un grupo de entidades a las que el ordenamiento jurídico les prescribe dicha capacidad.

La Constitución Política de la República de Chile establece en su art. 1º que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Por otro lado, el art. 19 N°1 de la misma indica que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. El número 9 del mismo artículo garantiza el derecho a la protección de la salud.

Los destinatarios de dicha protección son las personas. El concepto de “persona” es definido por el art. 55 del Código Civil bajo los siguientes términos: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Dividense en chilenos y extranjeros.”

Si por mandato constitucional debe entenderse que todas las personas son iguales en dignidad, no puede entenderse que las personas que no tengan aptitudes intelectuales suficientes para comprender la información médica que les entrega sean menos dignas. Por ende, su dignidad debe respetarse aun cuando carezcan de dichas aptitudes intelectuales, sea porque padecen una enfermedad que afecte su psiquis o intelecto de forma permanente, sea porque actualmente carecen de dicha aptitud. Lo mismo aplica en relación al art. 19 N°9 de la Constitución.

¹²² Maccormick. *Instituciones del Derecho*. 118.

¹²³ Maccormick. *Instituciones del Derecho*. 118.

¹²⁴ Maccormick. *Instituciones del Derecho*. 118.

Por ello, se entiende que el ordenamiento jurídico incluye a las personas que no tienen capacidades intelectivas suficientes dentro de un grupo protegido que es capaz de soportar los efectos de un acto transaccional de un tercero.

En doctrina chilena, el concepto de capacidad de goce puede expresar en parte el concepto de capacidad pasiva de MACCORMICK. DUCCI comprende por capacidad de goce la aptitud de adquirir derechos, indicando que es “inherente a toda persona; es un elemento de la personalidad, pues toda persona puede ser titular de derechos.”¹²⁵ La diferencia estaría dada por el hecho de que la capacidad de goce corresponde únicamente a las personas, en cambio, la capacidad pasiva puede ser predicada de diversas entidades.

Los capacidad de ejercicio, por otro lado, es definida como “la aptitud legal de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones”¹²⁶, según se extrae del art. 1446 del Código Civil.

Ahora bien ¿de qué forma puede operar la disposición del art. 10 inciso segundo la LDP? El propio artículo establece dos hipótesis, por una parte, que el representante legal del paciente sea el destinatario de la información, y por otra, que el destinatario sea la persona bajo cuyo cuidado se encuentre el paciente. El consentimiento informado, en estos casos, debe ser otorgado por parte de las personas indicadas, según establece el inciso segundo del art. 14 de la LDP.

En las situaciones indicadas puede establecerse que existe un doble carácter fiduciario de la relación médico-paciente: por una parte el médico debe actuar siempre en favor del paciente en razón del principio de beneficencia, y por orden expresa de la *lex artis*¹²⁷. Al mismo tiempo, toda vez que el paciente no pueda comprender la información que le indique el médico, será un tercero el que deberá velar por sus intereses y derechos. Tal tercero será su representante legal, y a falta de este, la persona que lo tenga bajo su cuidado.¹²⁸

¹²⁵ Carlos Ducci. *Derecho civil. Parte general.* (Santiago: Jurídica, 2010) 281

¹²⁶ Carlos Ducci. *Derecho civil.* 281.

¹²⁷ El art. 22 del CECM establece que el médico que actúe con negligencia, imprudencia o impericia en la atención de un enfermo falta a la ética.

¹²⁸ Art. 4° Decreto 31.

i.1. “Representante” legal del paciente: la representación legal supone, según VIAL, que una persona “se encuentre en la imposibilidad jurídica de ejercer por sí sola la autonomía privada, careciendo, por lo mismo, de la aptitud para disponer de los intereses que se encuentran dentro de su órbita jurídica.”¹²⁹ En estas situaciones, la representación de aquella persona estará dada por quien determine la ley.

El hecho de que la causa de la imposibilidad de ejercer actos por sí sea reconocida como “incapacidad jurídica” no es baladí porque el autor no establece que sea cualquier tipo de incapacidad, sino que debe ser una incapacidad sancionada jurídicamente. En este sentido, se debe atender a que la incapacidad ha sido definida de forma excepcional por el legislador. (arts. 1446, 1447 del Código Civil).

De esta forma, solamente en los casos de personas legalmente incapaces deberá operar la regla que hace al representante legal el destinatario de la información y el emisor del consentimiento informado. Sin embargo, el art. 10 inciso segundo de la LDP establece que será juicio del médico tratante establecer si el paciente reúne las condiciones intelectivas necesarias para recibir la información, comprenderla y entregar su consentimiento.

Si la ley establece quiénes son los incapaces y al mismo tiempo quiénes son sus representantes, pero por otro lado, en materia de consentimiento informado y deber de información, es el médico tratante quien determina si el paciente es o no “capaz”, la regla del art. 10 inciso segundo de la LDP solo establece que no es condición necesaria que el paciente se encuentre dentro la categoría legal de incapaz para que su voluntad sea reemplazada por la de su representante legal. Basta que el médico determine que la persona no es lo suficientemente apta para comprender la información entregada.¹³⁰ En este sentido, no puede entenderse que haya propiamente una figura de representación si es que se toma en cuenta la definición de VIAL anteriormente citada, pues la LDP tiene presupuestos de incapacidad que no son aquellos que la ley define propiamente como tales, sino que se basan en el juicio que el propio médico realice sobre la aptitudes intelectuales que el paciente presente al momento en que se solicita su atención médica.

¹²⁹ Víctor Vial. *Teoría general del acto jurídico*. p. 300.

¹³⁰ En efecto, el art. 17 de la LDP prevé la posibilidad de que el médico tenga dudas respecto de la “competencia” del paciente, en cuyo caso deberá consultar al comité de ética del establecimiento de salud. Por otro lado, el art. 4° del Decreto 31 establece la misma solución.

En este sentido, el médico debe asegurarse de que el representante legal del paciente comprenda la información entregada.

i.2. Persona a cargo del cuidado del paciente: Ni la ley ni los reglamentos indican que quiere decir esta fórmula. Por orden del art. 19 del Código Civil la expresión “a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre” debe entenderse según su tenor literal. El verbo cuidar es definido por el diccionario de la Real Academia Española como “[p]oner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo”, “[a]sistir, guardar, conservar” y como “[v]ivir con advertencia respecto de algo”¹³¹ Por otro lado, el diccionario de la Real Academia Española establece que la expresión “a cargo de” se utiliza “para indicar que algo está confiado al cuidado de una persona.”¹³²

Tales definiciones denotan una actitud continua, pues la acción de cuidar está caracterizada como una acción diligente que requiere advertencia y asistencia. Por ello, la persona a cargo del cuidado del paciente será aquella persona a la que se le ha confiado la labor de poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de la tarea de velar por el bienestar del paciente.

En este sentido, no puede entenderse que cualquier persona que se presente con el paciente incapacitado para comprender la información sea quien lo tiene bajo su cuidado. Es necesario que aquella se presente ejerciendo una función continua que vele por el bienestar del paciente.

En estos casos no existe representación alguna. En primer lugar porque al faltar el representante legal, el destinatario de la información y emisor del consentimiento informado será la persona bajo cuyo cuidado se encuentra el paciente, y en segundo lugar, porque no existe exigencia legal para que entre esta persona y el paciente exista representación consensual.

¹³¹ “Cuidar”. Diccionario de la Real Academia Española. visitado 11 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=Bbp9xql>

¹³² “Cuidar”. Diccionario de la Real Academia Española. visitado 11 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=Bbp9xql>

Por ello, la institución jurídica que más se podría asemejar a la hipótesis aquí tratada es la estipulación a favor de un tercero. Esta institución es tratada en el art. 1449 del Código Civil, y se ha definido como

“un contrato celebrado entre dos partes, el estipulante y el promitente, mediante el cual este último (el promitente) se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio no de su contraparte (el estipulante), sino de un tercero ajeno, que llamaremos beneficiario.”¹³³

Sin embargo la diferencia fundamental entre la hipótesis analizada en este punto respecto de la estipulación a favor de otro está dada por la segunda parte del inciso primero del art. 1449 del Código Civil, que establece “(...) pero solo esta tercera persona [el beneficiario] podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las personas que concurrieron a él.”

En efecto, el hecho de que la información deba ser entregada a la persona a cuyo cargo se encuentra el paciente y que esta persona deba prestar el consentimiento informado, se explica por el evento de que el paciente está imposibilitado de entender la información y de aceptar o rechazar la propuesta terapéutica, para que esta se ejecute. Por ende, si se aplica la regla del art. 1449 del Código Civil en su totalidad, la finalidad de la regla del art. 10 inciso segundo en relación al art. 14 inciso segundo se vería frustrada, pues se necesitaría que el paciente recobrare u obtuviere la aptitud necesaria para entender la información otorgada y para aceptar o rechazar el tratamiento, lo que pondría en peligro su salud. En este sentido, debe comprenderse que el consentimiento de la persona que tiene bajo su cuidado al paciente es una institución *sui generis*, propia de la LDP.

c. Requisitos de validez del consentimiento informado

El art. 14 de la LDP indica que el consentimiento debe ser libre, voluntario, expreso e informado. El hecho de que sea informado está dado por el cumplimiento de los requisitos que fueron revisados en la letra b, según se desprende del art. 10 del Decreto 31. Por ende, resta por revisar qué es lo que quiere decir el legislador al hablar de consentimiento voluntario, libre y expreso.

¹³³ Figueroa. *Curso de derecho civil*. 188.

c.1. *Consentimiento voluntario y libre*: El diccionario de la Real Academia Española define “voluntario” como el acto que “nace de la voluntad y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella” o que “se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber”¹³⁴. Por otra parte “libre” es definido como alguien “[q]ue tiene facultad para obrar o no obrar” o que es “[i]ndependiente o no sujeto a una autoridad superior”.¹³⁵ Tales definiciones indican que el consentimiento debe ser autónomo, por lo que lo resaltado por estos criterios no es otra cosa que la autonomía de la voluntad en materia médica.

El principio de la autonomía de la voluntad dentro de las relaciones privadas en el derecho chileno ha sido identificado como una herencia proveniente del Código Napoleónico¹³⁶, y puede expresarse, según SOMARRIVA, “en el conocido aforismo según el cual en el Derecho Privado puede hacerse todo lo que la ley no ha, expresamente, prohibido”.¹³⁷

Tal aforismo otorga libertad a los particulares para determinar la forma en que deseen relacionarse, siempre y cuando los actos que engargen tales relaciones no vayan en contra de la ley y el orden público. En este sentido, PEREIRA destaca que [q]uizás sea en materia contractual donde se manifiesta la mayor aplicación de la voluntad de las partes al momento de generar, modificar y extinguir sus relaciones jurídicas obligatorias”.¹³⁸

Tal concepción de libertad, según VIAL, tiene su origen en el pensamiento de los filósofos y juristas del siglo XVIII¹³⁹, la que se expresó en las codificaciones del siglo XIX. Uno de los filósofos que más destacaría en la influencia ilustrada a dichas codificaciones sería Immanuel KANT.¹⁴⁰ Uno de los aportes de este filósofo al pensamiento ilustrado se encuentra en *Respuesta a la pregunta ¿Qué es la ilustración?* en donde expresa la

¹³⁴ “Voluntario” Diccionario de la Real Academia Española, visitado 12 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=c2k2usd>

¹³⁵ “Libre” Diccionario de la Real Academia Española. visitado 12 de noviembre de 2018, <http://dle.rae.es/?id=c2k2usd>

¹³⁶ Víctor Vial. *Teoría del acto jurídico*. p. 56

¹³⁷ Manuel Somarriva. “Algunas consideraciones sobre el principio de autonomía de la voluntad” *Doctrinas esenciales. Derecho Civil*. Ed. Raúl Tavolari (Santiago: Jurídica. 2011) 273

¹³⁸ Esteban Pereira. “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado” *Revista de Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Chile*. N°9 (diciembre de 2014) 87

¹³⁹ Víctor Vial. *Teoría del acto jurídico*. 56

¹⁴⁰ Pereira. “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado” 88

necesidad de que las personas abandonen la heteronomía, es decir, que comiencen a pensar por sí mismas, determinando de forma autónoma sus acciones.¹⁴¹

Sea como fuere, no se puede obviar lo mencionado en el capítulo I, al haberse tratado la interacción del deber de información con el consentimiento informado: el paciente no puede negociar el contenido del contrato médico, ni tampoco las obligaciones del médico, así como tampoco el precio de la consulta. El paciente únicamente está en posición de aceptar o rechazar las alternativas de tratamiento que el médico le ofrezca.

Por ende, si se habla de consentimiento libre y voluntario, únicamente debe entenderse que no ha existido coerción por parte del médico para conseguir el consentimiento. El Decreto 31 en su art. 10º inciso segundo indica que “[e]sta manifestación de voluntad debe ser emitida de forma libre, voluntaria, expresa e informada, *sin que la persona pueda ser objeto de presiones o coacciones destinadas a influir la opción en uno u otro sentido*”.

A pesar de que la relación médico-paciente se haya enfrentado a un cambio en el cual los pacientes se encuentren más informados y en donde su autonomía sea un interés jurídico protegido por la ley, “la idea de un paciente como individuo que decide en conciencia aisladamente es una abstracción. El papel del médico, su ponderación y su rol de consejero es insustituible.”¹⁴²

Lo anterior podría ser explicado atendiendo a la descripción que hace Pierre MALLIA sobre el estado en que el paciente acude ante el médico: “*A patient is a mixed bag of needs sought for in the doctor. The doctor is approached in a state of ‘hope’, of expectation. [...] A suffering patient may have fear; seeks understanding both of the disease and his or her future potentiality-for-being [...]*”¹⁴³

¹⁴¹ Immanuel Kant. “Respuesta a la pregunta ¿Qué es la ilustración ¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia” Ed. Roberto Tamayo (Madrid: Alianza, 2013) 95

¹⁴² María Luz Bascuñán. “Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos” *Revista médica de Chile*. 133 N°1 (2005) 15

¹⁴³ Pierre Mallia. *The Nature of Doctor-Patient Relationship: Health care principles through the phenomenology of relationships with patients*. (Springer: Berlín, 2013) 65

Si el paciente acude al médico en busca de comprensión y solución, el médico se presenta como un consejero, fomándose una suerte de alianza. El “modelo de alianza” ha sido descrito de la siguiente manera por RODRÍGUEZ *et al*¹⁴⁴:

“Este modelo es un paradigma tan antiguo como la tradición hipocrática. Indica una relación de colaboración y de acuerdo recíproco sobre cuestiones que respectan a la cura de la salud. La alianza médico-paciente indica un acuerdo sobre aspectos de la medicina que son todo menos que extrínsecos respecto a las dimensiones humanas.”¹⁴⁵

Dentro de este modelo, los autores establecen que la toma de decisiones corresponde tanto al paciente como al médico: “El médico toma decisiones por y con el paciente, no en lugar del paciente”.¹⁴⁶

Monica FACCHINI¹⁴⁷ se pronuncia en el mismo sentido, indicando que

“en el corazón de dicho concepto [alianza terapéutica] está la noción de colaboración (...) esto implica: trabajar con y junto al paciente donde éste sea un participante activo, valorado, respetado, integrarlo como parte esencial del tratamiento y alentarlos para que los sostenga día a día (...)”¹⁴⁸

Dicho modelo puede enlazar la autonomía del paciente con el principio de libertad terapéutica. Gerard MÉMETEAU y Marion GIRER han comprendido que la libre elección del médico y la libertad de prescripción son intangibles, y que la independencia técnica del médico constituye una norma médica común sostenida a nivel mundial.¹⁴⁹ En efecto, el art. 17 del CECM establece que el médico debe atender al paciente en un relación de confianza y respeto, “que garantice *la libertad y autonomía de ambos*” (énfasis añadido).

¹⁴⁴ Ángel Rodríguez, Francisco Mardones, Luis Villarroel. Miembros del Grupo de estudios médicos humanísticos de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁴⁵ Ángel Rodríguez, Francisco Mardones, Luis Villarroel. “Relación médico-paciente en la Pontificia Universidad Católica de Chile: evaluación de una escala de medición” *Revista médica de Chile*. 140 N°2 (2012) 179

¹⁴⁶ Rodríguez *et al*. “Relación médico-paciente en la Pontificia Universidad Católica de Chile: evaluación de una escala de medición” 180

¹⁴⁷ Miembro del Instituto psicosomático de Buenos Aires y de la Sociedad argentina de obesidad y trastornos alimentarios.

¹⁴⁸ Mónica Fachini. “Cambio de conductas en tratamientos de larga duración. Relación médico-paciente” *Medicina (Buenos Aires)*. 64 N°6 (2004): 552

¹⁴⁹ Meméteau y Girer. *Cours de Droit Médical*. 225

Siendo de esta forma, la coacción que indica el art. 10 del Decreto 31 deberá entenderse como la sustitución de la decisión del paciente por la decisión del médico. La opinión, el consejo y la guía del médico son necesarias e incluso beneficiosas para el paciente¹⁵⁰ siempre que se respete la integridad y autonomía de este.

c.2. *Consentimiento expreso*: Que el consentimiento sea expreso quiere decir que no puede ser tácito. Para que el consentimiento sea expreso es necesario que se manifieste “por cualquier medio que [lo] indique. La palabra, la escritura, los signos”.¹⁵¹ En este sentido, el consentimiento del paciente no puede ser inferido de sus actos, sino que debe ser atendido claramente al tenor de su expresión.

c.2.1. Voluntad expresa verbal

En el caso del consentimiento informado en materia médica, el legislador dispone que la expresión sea verbal (art. 14 inciso tercero LDP). Sin embargo, la *lex artis* obliga a los médicos consignar por escrito el consentimiento, cuando este sea requerido por la ley. (art. 26 CECM). Ahora bien, el mismo art. 14 inciso cuarto de la LDP exige que el consentimiento debe manifestarse por escrito en “el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado.” Estas son las hipótesis normativas que obligan a que el consentimiento se exprese de forma escrita.

c.2.2. Voluntad expresa escrita: intervenciones invasivas y procedimientos que conlleven riesgos relevantes y conocidos.

Ya se han mencionado las hipótesis que establece el art. 14 inciso cuarto para que el consentimiento deba manifestarse por escrito. El art. 2º inciso cuarto del Decreto 31 identifica qué debe entenderse por “procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo”. Serán invasivos tales procedimientos si involucran solución de continuidad de piel o mucosa o acceso instrumental a cavidades naturales que requieren ser realizados con técnicas estériles y que

¹⁵⁰ Véase Moore *et al* “Cómo transmitir la evidencia a los pacientes: El médico como comunicador de riesgos”.

¹⁵¹ Ducci. *Derecho civil*. 244

produzcan en el paciente un dolor tal que haga necesaria la aplicación de anestesia o sedación.¹⁵²

La obligación de registrar el consentimiento informado escrito del paciente es del facultativo tratante, según indica el art. 2º del Decreto 41, pues este artículo establece que el contenido de la ficha clínica, documento en el que debe constar dicho consentimiento, debe ser registrado por el profesional que efectúa la prestación de salud.

i. Escrituración como formalidad solemnidad: La exigencia de escrituración del consentimiento en estos casos opera como una formalidad solemnidad porque los requisitos que la ley impone para el acto dicen relación con el acto en sí, y no con relación a las partes y porque la manifestación de la voluntad del paciente debe sujetarse a ciertas formas externas determinadas para que produzca efectos civiles.¹⁵³

En efecto, el legislador prevé que en los casos establecidos por la segunda parte del inciso cuarto del art. 14 de la LDP, el consentimiento debe constar por escrito, y no establece forma alguna mediante la cuál, en ausencia de escrituración, se pueda probar la concurrencia del consentimiento informado. Ello es lógico: si el legislador estableció que la voluntad se manifiesta de una forma determinada, la voluntad no puede expresarse de otra forma distinta.

Asimismo, tal disposición es una excepción a la regla general, según el tenor literal del artículo. Por ello, puede entenderse que el legislador no observa otra forma en que pueda manifestarse tal consentimiento.

A mayor abundamiento, el Decreto 31 en su art. 2º inciso tercero establece que la información por parte del médico debe entregarse en forma escrita en los mismos casos previstos por el art. 14 inciso cuarto segunda parte de la LDP, respecto del consentimiento

¹⁵² Sin embargo, ni tal decreto ni la ley indican que quiere decir “riesgo relevante y conocido”. Este es un punto discutido en materia de estadística clínica. La mayoría de los médicos clínicos utilizan modelos de significación estadística para su toma de decisiones, modelos que no indican la relevancia del riesgo, puesto que los resultados de las estadísticas clínicas no necesariamente indican una relación de causalidad, sino que simplemente cuantifican el resultado de un estudio en forma porcentual. (Carlos Manterola y Viviana Pineda. “El valor de ‘p’ y la ‘significación estadística’. Aspectos generales y su valor en la práctica clínica”. *Revista chilena de cirugía*. 60 N°1 (2008): 86-89)

¹⁵³ Véase la definición de acto solemne de Ducci. *Derecho civil*. 319

informado. Así, puede interpretarse que las normas establecen que la oferta del tratamiento y su aceptación deben ser escritas cuando concurren las mismas hipótesis normativas.

Finalmente, cuando el legislador ordena una forma especial para la celebración de ciertos actos jurídicos, está entregando condiciones para su validez o su existencia, o para probar la celebración de dichos actos. Así, por ejemplo, el art. 686 del Código Civil establece que la tradición del dominio de bienes raíces se efectúa mediante la inscripción en el registro conservador de bienes raíces. No existe otra forma de celebrar dicha tradición. Asimismo, el legislador exige que el matrimonio civil debe celebrarse ante oficial de registro civil. (Art. 17 ley 19.947). Si el matrimonio no se celebra ante su presencia, el acto no nace a la vida del derecho. Lo mismo respecto de las exigencias que impone el art. 1554 del Código Civil para que el contrato de promesa tenga efectos, o respecto del contrato de compraventa de bienes raíces respecto de la exigencia de que debe constar por escritura pública, según lo establece el art. 1802 inciso segundo del mismo código.

Ahora bien, es necesario pensar en argumentos en contra de esta posición. El art. 12 del Decreto 31 establece que en los casos analizados deberá “dejarse constancia” escrita en la ficha clínica tanto de la decisión del rechazo o aceptación del tratamiento como de la información entregada. Por tanto, desde este artículo se puede presentar la siguiente objeción: una cosa es el evento y otra cosa es la constancia que se deja del evento, que en este caso es la manifestación de voluntad del paciente. Si se lee esta norma desde esta perspectiva, podría concluirse que la obligación que impone la ley no es que el paciente manifieste por escrito su voluntad, sino que se deje constancia escrita de que el paciente manifestó su voluntad, por lo que la exigencia de escrituración sería una formalidad de prueba. Esta comprensión no puede ser sostenida por las siguientes razones:

Primero, porque tanto la LDP como el Decreto 31 establecen una regla excepcional. Si la regla general es que la voluntad se manifieste de forma oral, no tiene sentido que la regla de excepción establezca que la voluntad se manifieste también de forma oral, pues no sería norma de excepción.

Segundo, si se quiere entender que la regla de excepción establece un deber adicional, el que sería dejar constancia escrita de la manifestación oral de la voluntad, se desatendería el tenor de lo establecido por el art. 6º letra d) del Decreto 41. Este artículo

establece como uno de los contenidos mínimos de la ficha clínica las “[d]ecisiones adoptadas por el paciente o respecto de su atención, tales como consentimientos informados, rechazos de tratamientos (...)”. Es decir, el Decreto 41 establece que siempre debe dejarse registro escrito del hecho de que el paciente aceptó o rechazó un tratamiento. Por lo tanto, no puede interpretarse que el art. 12 del Decreto 31 exija, como un deber adicional, la constancia escrita de la manifestación oral de la voluntad del paciente, pues ello siempre debe hacerse.

Tercero, lo que pretende la LDP es proteger la autonomía y dignidad del paciente frente a los actos y tratamientos que el médico practicará sobre su cuerpo. En este sentido, puede entenderse que a mayor grado de intervención y mayores riesgos consecuentes, mayor deberá ser la protección de la autonomía. Una forma de proteger la autonomía sería mediante la exigencia de solemnidades para el acto de la manifestación de la voluntad, como por ejemplo, su escritura.

Por tales razones, es posible concluir que la exigencia de que el consentimiento informado conste por escrito en los casos indicados por el art. 14 inciso cuarto, segunda parte, constituye una formalidad solemnidad.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

a. Morales con Clínica Alemana de Santiago S.A. (Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°4281-2017. 6 de noviembre de 2017).

a.1. Hechos: La paciente Morales, quien padecía de escoliosis, concurrió a la clínica INDISA producto de una serie de dolores en el área lumbar. En aquella clínica se le practicaron exámenes de RX con fecha 30 de octubre de 2012. En vista de tales exámenes, el Dr. Azócar le diagnosticó un cuadro de artrosis leve en la cadera izquierda y leve y moderada en la cadera derecha, y le recomendó una implantación de prótesis en esta última cadera.

El día 30 de abril de 2013, la paciente fue atendida en la Clínica Alemana de Santiago por el Dr. Mella, quien corroboró el diagnóstico del Dr. Azocar, y además, tomó conocimiento de la escoliosis que sufría la paciente Morales. Asimismo, el Dr. Mella le propuso realizar la implantación de la prótesis sugerida el año 2012. La cirugía se fijó y se realizó en las dependencias de la Clínica Alemana el día 26 de abril de 2013. Antes de la cirugía no se hicieron exámenes, por lo que el tratamiento ofrecido por el Dr. Mella se basó en los exámenes RX analizados por el Dr. Azocar.

Con posterioridad a la cirugía, en mayo del mismo año, la paciente manifestó dolores y se constató que la pierna operada (pierna derecha) se encontraba entre dos a tres centímetros más larga que la pierna izquierda. La causa de aquella diferencia y del dolor que presentaba la paciente se debía a una descompensación de la escoliosis que ella sufría.

La paciente, producto de esta situación, fue atendida por otros especialistas recomendados por el Dr. Mella, recibiendo tratamientos kinesiológicos que no corrigieron la disimetría de la pierna derecha y que aumentaron los dolores. Finalmente, otro médico de la misma clínica, el Dr. Lara, le explicó a la paciente que la diferencia del largo entre las piernas era irreversible.

Ante ello, la paciente interpuso una demanda ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, solicitando que se condenara a la Clínica Alemana de Santiago y al Dr. Mella, en forma

conjunta, al pago de \$211.682.939 por concepto de indemnización de perjuicios, por incumplimiento contractual, en lo principal, y en subsidio, por responsabilidad extracontractual.

El tribunal *a quo* rechazó la demanda en todas sus partes. La demandante interpuso un recurso de casación en la forma con apelación subsidiaria. El primero fue rechazado, pues “la sentencia atacada, aun cuando adoleciera de algunas de las insuficiencias que denuncia la parte impugnante, no produce sin embargo un perjuicio para el recurrente reparable sólo con la invalidación del fallo”¹⁵⁴. Sin embargo, el tribunal *ad quem* acogió el recurso de apelación, revocando el fallo apelado.

a.2. Argumento de las partes: La demandante sostiene que el Dr. Mella únicamente se limitó a indicar que el pronóstico de la operación era de un éxito del 98% y que en el plazo de seis semanas la paciente podría llevar una vida normal.

Por otro lado, la demandante alega que solo momentos antes de la cirugía ella habría recibido un formulario denominado “consentimiento informado” para ser firmado, en el cual se incluía la declaración de haber recibido oportunamente la información adecuada. En este sentido, le era imposible a la demandada declarar otra cosa que lo establecido previamente en dicho documento, y así, por más que este indicare que la entrega de la información era oportuna y adecuada, ello no constituyó la realidad.

Por tanto, el deber de información se encontraría incumplido ya que la información no era completa, pues nunca se mencionaron los riesgos que implicaba dicha cirugía para una persona que padecía de escoliosis como lo era la ocurrencia de un cuadro de dismetría¹⁵⁵. La información tampoco habría sido oportuna, pues se entregó momentos antes de la cirugía.

Por su parte, la defensa de la demandada se asienta en el hecho de que se firmaron los protocolos de consentimiento informado, y que a la paciente se le explicaron los riesgos propios de la cirugía.

¹⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2017. Rol N°4281-2017

¹⁵⁵ Se traduce, en este caso, en la diferencia del largo de las piernas.

a.3. *Consideraciones del tribunal a quo y ad quem sobre el deber de información y el consentimiento informado:* El fallo de primera instancia estableció, en su considerando cuadragésimo segundo que, en lo referente al supuesto incumplimiento del deber de información, se tiene por acreditado que el Dr. Mella informó de los riesgos a la demandante, pues esta habría suscrito un documento denominado “consentimiento informado de ingreso”.

En dicho documento, la demandante habría dado autorización a la cirugía de prótesis total de la cadera derecha y además habría declarado que recibió de forma oportuna información adecuada sobre su estado de salud, los riesgos de la intervención y el pronóstico esperado del posoperatorio. En el mismo documento la demandante habría declarado comprender la información proporcionada, habiendo formulado preguntas al Dr. Mella, quien se las habría respondido. En base a tales consideraciones, el tribunal de primera instancia concluye que la conducta del médico no fue contraria a la *lex artis*¹⁵⁶

El tribunal de segunda instancia corrige la conclusión del tribunal *a quo* en lo que respecta al cumplimiento del deber de información a partir del considerando decimo quinto de la sentencia de alzada. La Corte de Apelaciones inicia tal considerando indicando que la prueba del cumplimiento del deber de información es de cargo del demandado y que en este sentido, la sola ficha clínica, en la que se incluía el documento “consentimiento informado”, no es capaz de probar el cumplimiento de la obligación de comento, pues

“no aparece de su tenor que se haya dado una *explicación comprensible* por la paciente, exenta de tecnicismos propios de la profesión médica, explicándole claramente las alternativas de tratamiento disponibles y *especialmente los riesgos involucrados en la operación*, atendida la escoliosis que presentaba y que podría, en el post operatorio, causarle una disimetría de sus piernas, como efectivamente aconteció, por último, porque de haberse entregado dicha información fue puramente verbal y no escrita, como se exige cuando se trata de procedimientos quirúrgicos invasivos, por último, porque de haberse entregado dicha información fue puramente verbal y no escrita, como se exige cuando se trata de procedimientos (...) como el de la especie.”¹⁵⁷ (Énfasis añadidos)

¹⁵⁶ 10º Juzgado Civil de Santiago. 1 de febrero de 2017. Rol C-8715-2014

¹⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2017. Rol N°4281-2017.

Por otro lado, respecto del consentimiento informado el tribunal establece que la sola firma de la paciente sobre un formulario genérico no puede equivaler a “una verdadera manifestación de la voluntad (...) en orden a que se le proporcionaron todos los antecedentes que la ley exige para consentir verdaderamente en la intervención, con todos los riesgos asociados que conllevaba”.¹⁵⁸

El punto de debate puede se encuentra en la efectividad de que la paciente haya recibido la información en la forma en que la LDP en su art. 10 lo exige, y en la efectividad de que el consentimiento informado se haya producido en la forma en que el art. 14 de la LDP lo exige.

a.4. Examen de la argumentación del tribunal a quo y ad quem: El análisis del tribunal *a quo* es deficiente, pues no analiza los hechos en base a la LDP, sino que simplemente se remite a *lex artis*. Por otro lado, este tribunal comprende el solo registro escrito de la entrega de información es suficiente para cumplir con el deber de información. La misma lógica utiliza para concluir que la paciente ha manifestado un consentimiento informado, pues habría suscrito un documento en el que autoriza la cirugía.

El tribunal, por ello, confunde deber de información con consentimiento informado. En efecto, el considerando cuadragésimo segundo se está refiriendo a un mismo documento que consta en la ficha clínica, dándole a estas instituciones un carácter meramente documental. Por otro lado, debe distinguirse el hecho de que se ha recibido información sobre una cirugía, del hecho de que se ha aceptado que dicha cirugía se practique. El tribunal de primera instancia no analiza tales actos de forma separada.

A mayor abundamiento, a ojos de este tribunal basta solo cualquier entrega de información para que el deber de información se encuentre cumplido, pues llega a la conclusión de que la información fue suficiente y debidamente entregada tan solo por haberse indicado de forma oral. Por ello, el tribunal desatiende el mandato del art. 2º del Decreto 31, que indica que, en caso de intervenciones quirúrgicas, la información debe ser entregada por escrito, lo que no aconteció en el caso.

¹⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2017. Rol N°4281-2017.

El tribunal de alzada corrige aquellos errores y analiza los hechos pertinentes de forma más clara: Analiza la ficha clínica y en ella encuentra dos actos. El primer acto es la constancia escrita de que se entregó información de forma verbal. El segundo acto es el consentimiento informado, que consta en la firma de un formulario con declaraciones previamente establecidas.

El primer acto infringiría el art. 2º del Decreto 31, pues la información no fue entregada de forma escrita. Lo que se encuentra escrito en la ficha médica es la constancia de haberse entregado la información y esto es justamente prueba del incumplimiento de la obligación antedicha, pues equivale a decir que la información se entregó justamente en la forma en que las normas legales no establecen que la información debe ser entregada.

El segundo acto no puede ser considerado como un genuino consentimiento informado. Esto es así porque uno de los requisitos de validez del consentimiento informado es que, precisamente, sea informado. El art. 10 del Decreto 31 establece que las personas pueden otorgar su consentimiento a someterse a procedimientos médicos, cuando el profesional de la salud haya previamente proporcionado información de conformidad con los arts. 1º, 2º y 3º del mismo decreto. Como la información fue proporcionada en infracción al art. 2º, no puede establecerse que hubo consentimiento informado.

En este sentido, es posible concluir que la Corte de Apelaciones logra una acertada aplicación del derecho, pues distingue entre consentimiento informado y deber de información, y además, logra establecer la correspondencia que existe entre estas instituciones jurídicas: no puede existir un consentimiento informado válido si es que el deber de información no se ha cumplido en la forma que establecen la ley y los reglamentos.

b. Corte Suprema. Serce y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros. Rol N° 89.635-2016. 29 de diciembre de 2017

b.1. Hechos: El día 21 de septiembre de 2008 La paciente Serce comenzó a sufrir fuertes dolores en el área abdominal, producto de lo cuál fue ingresada al servicio de urgencia del Hospital de San Fernando. Una hora después de su ingreso fue atendida por el Dr. Jaramillo, quien le diagnosticó un problema a la vesícula, sin realizar exámenes. Con posterioridad, el Dr. Díaz solicitó un examen de sangre para la paciente, el que arrojó un alto conteo de glóbulos blancos, resultado que no fue relevante para este doctor.

Con posterioridad, en la noche de ese día, la paciente fue hospitalizada quedando a cargo del cuidado del Dr. Sáez, quien le diagnosticó un problema nervioso, ordenando aplicación de suero y medicamentos para calmar el dolor.

Al día siguiente la paciente amaneció con su abdomen hinchado, pálida y helada. A raíz de ello, el Dr. Sáez le diagnosticó un cuadro de peritonitis aguda. Este doctor autorizó la solicitud de la familia de la paciente de trasladarla de urgencia a Santiago, pero por falta de ambulancias disponibles, únicamente la paciente pudo partir a tal destino a las 11:30 horas, falleciendo en el trayecto a Santiago. Producto de lo anterior, los padres de la paciente interpusieron una demanda en contra del Servicio de Salud de O'Higgins y en contra de los médicos Jaramillo, Díaz y Sáez, solicitando se condenara a los demandados al pago de indemnización de perjuicios por daño moral.

El tribunal de primera instancia acogió la demanda contra el Dr. Sáez, sin embargo, la rechazo la demanda en contra del Dr. Jaramillo, del Dr. Díaz y en contra del Servicio de Salud de O'Higgins. La sentencia fue apelada por ambas partes, siendo confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua. Frente a lo anterior, las partes dedujeron recurso de casación en el fondo.

b.2. Argumentos de las partes: La demandante estableció que los demandados actuaron de forma negligente, lo que fue expresión de una serie de diagnósticos errados en base a la omisión de exámenes, así como en la falta de seguimiento de protocolos médicos. En particular, alegan que el Dr. Sáez habría indicado únicamente el diagnóstico de peritonitis a la hermana de la paciente, y no autorizó la operación en el recinto hospitalario por falta de pabellones disponibles en el día en que la paciente llegó al recinto hospitalario. Producto de ello, la familia solicitó el traslado en ambulancia al Hospital DIPRECA en Santiago, ya que la paciente trabajaba allí. Así, producto de tales actos negligentes, y en específico, dada la autorización a ser trasladada a Santiago y a la falta de información a la familia sobre el estado de salud de la paciente, esta habría fallecido.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Ello se extrae de la demanda que se encuentra a fojas 1 de los autos ROL C-11615-2012 del 2º Juzgado Civil de Rancagua.

La defensa del Dr. Sáez se basó en el hecho de que, según él, se entregó la información suficiente respecto de diagnóstico de peritonitis aguda, así como de las consecuencias de que dicha peritonitis no fuera tratada de forma inmediata. De ello quedarían registros en la ficha clínica de la paciente, en donde constaría la decisión de la familia de trasladar a la paciente al Hospital DIPRECA en Santiago. Por ende, no puede entenderse que su actuar haya sido negligente.¹⁶⁰

Por otro lado, el recurrente reprocha a la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia en su contra, el hecho de haberlo tenido por responsable de la muerte de la paciente, cuando lo que produjo la muerte no fue un diagnóstico tardío o erróneo, sino el hecho de haberse trasladado a la paciente a Santiago. Dicha decisión la tomó la familia, por tanto, no puede atribuírsele a él responsabilidad.¹⁶¹

b. 3. Razonamiento de la Corte Suprema: A partir del considerando noveno de la sentencia de Corte Suprema, los sentenciadores se dedican a analizar si la información entregada fue suficiente y completa. En este sentido, observan que el cumplimiento de aquel deber únicamente consta en la ficha clínica. Esta indicaría que se plantea a los familiares el diagnóstico de peritonitis aguda, quienes solicitan el traslado de la paciente a Santiago.

La Corte comprende que los familiares habrían sido efectivamente informados, pero que “tal información [el solo diagnóstico] no es suficiente para [considerar] que aquella fue ‘debidamente informada’ (...)”¹⁶².

Por otro lado, los sentenciadores analizan los hechos a la luz del art. 28 en su inciso final del CECM. Este artículo establece que en casos de urgencia médica impostergable, el médico actuará en conciencia, protegiendo la vida del paciente. Así, toda vez que una intervención quirúrgica era necesaria para evitar la inminente muerte de la paciente, tal disposición debía ser aplicada. Sin embargo, la familia de la paciente decidió trasladar a la paciente a Santiago. Lo anterior equivale a un rechazo a un tratamiento de urgencia, el que

¹⁶⁰ Ello se extrae de la demanda que se encuentra a fojas 36 de los autos ROL C-11615-2012 del 2º Juzgado Civil de Rancagua.

¹⁶¹ Corte Suprema. 29 de diciembre de 2017. Rol N° 89.635-2016.

¹⁶² Corte Suprema. 29 de diciembre de 2017. Rol N° 89.635-2016

pudo haberse realizado en las dependencias del Hospital de San Fernando, según fue acreditado en los hechos.

Ahora bien, para poder manifestar la voluntad de rechazar un tratamiento, la Corte comprende que es necesario que se conozcan las consecuencias de aquello:

“Para poder ejercer estos derechos [de rechazar intervenciones médicas] es imprescindible conocer la consecuencias (...) sólo se puede entender que se está renunciando a una intervención médica vital en ejercicio del propio derecho a la vida e integridad física cuando la persona que decide tal renuncia sabe y conoce sus implicancias de la misma, de modo tal que un derecho ejercido a ciegas, sin conciencia, no es propiamente el ejercicio de un derecho, ya que, en este caso, un paciente sin información no se encuentra en condiciones para ejercer sus derechos con verdadera conciencia.”¹⁶³

Por lo tanto, los sentenciadores observan que efectivamente concurre un comportamiento negligente por parte del Dr. Sáez toda vez que no explica los riesgos de la falta de una atención inmediata al cuadro de peritonitis aguda a los familiares, lo que se traduce en que estos no puedan ejercer el derecho de aceptar o rechazar el tratamiento necesario. Por otro lado, ya que se trataba de una situación de urgencia, el Dr. Sáez debió haber decidido por sí mismo, velando por la vida del paciente, lo que no hizo, al autorizar el traslado de la paciente a Santiago, lo que trajo consigo su muerte.

b. 4. Examen del razonamiento: Los hechos narrados son anteriores a la entrada en vigor de la LDP. Sin embargo, la forma en que razona la Corte Suprema se adecúa a las normas que fueron analizadas en el capítulo II sobre deber de información y consentimiento informado, así como también es conteste con la sentencia anteriormente analizada en lo que respecta a la ficha clínica.

Ambas sentencias observan que la sola escrituración del hecho de haber entregado información no es suficiente para probar el cumplimiento del deber de información. Por otro lado, ambas sentencias entienden que si el médico pretende establecer que cumplió el deber

¹⁶³ Corte Suprema. 29 de diciembre de 2017. Rol N° 89.635-2016

de información en la forma recién indicada, se entenderá que la forma en que se expresa la información al paciente será la misma que se establece en la ficha clínica.

En Morales con Clínica Alemana, la Corte de Apelaciones transcribe la ficha clínica donde consta la información que se le otorga a la paciente y establece que, aún cuando se le de valor probatorio, “no aparece de su tenor que se haya dado una explicación comprensible por la paciente”.¹⁶⁴ La información transcrita es la siguiente:

“Se explica cuadro clínico, se plantean opciones de tt. Se menciona opción de manejo conservador, tto atrtroscópico o PTC. Paciente no desea más tto conservador por lo significativo del dolor y mala respuesta atto knt. Ingesta regular de paracetamol. Ante lo impredecible de un tto Atrtroscópico se plantea opción de tto definitivo mediante PTC (sic)”¹⁶⁵

Por su parte, e su parte, en Serce y otros con Servicio de Salud de O’higgins, la Corte Suprema también observa que la información que se encuentra en la ficha clínica denota tanto el qué y el cómo se informó. La sentencia transcribe la información que se encuentra en la ficha clínica, que figuraría de esta forma: “Abdomen tenso-doloroso. Peritonitis Aguda. Se plantea a familiares, quienes solicitan traslado a Santiago (...)”, “es evaluada por el Dr. Saez, dgtca Peritonitis Ag. Familiares desean trasladarla a Santiago Hospital Dipreca (sic)”.¹⁶⁶

La Corte establece que aquella información no es suficiente para considerar que el deber de información ha sido cumplido, refiriéndose expresamente a la información establecida en la ficha.

Así, ambas sentencias parecen construir una regla de análisis para determinar si se ha cumplido el deber de información: si el médico quiere valerse de la ficha clínica para establecer que ha cumplido con este deber, los tribunales entenderán que la información fue entregada en la misma forma en que consta en la ficha clínica. Así, el médico deberá consignar cuáles fueron los términos utilizados para describir el estado de salud, los

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2017. Rol N°4281-2017.

¹⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2017. Rol N°4281-2017

¹⁶⁶ Corte Suprema. 29 de diciembre de 2017. Rol N° 89.635-2016

tratamientos y los riesgos de aceptar o rechazar el tratamiento, como también los tratamientos disponibles.

c. Corte de Apelaciones de Santiago. C. S. con Pontificia Universidad Católica de Chile y Otra. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014

c.1. Hechos: La paciente C.S. fue tratada por el Dr. J.U.E, quien le diagnosticó una herniación disco intervertebral¹⁶⁷, ante lo cuál sugirió el tratamiento quirúrgico de disectomía sin artrodesis¹⁶⁸. La cirugía se programó para el día 16 de octubre de 2016 en las dependencias del hospital clínico de la Pontificia Universidad de Chile.

Durante la cirugía se produjo una rotura dural¹⁶⁹, que provocó un abundante sangramiento, siendo necesaria la ejecución de una durorrafía¹⁷⁰. En el posoperatorio inmediato la paciente C.S. presentó síntomas de dolor y pérdida de sensibilidad en la zona perianal y en el área lumbar. Posteriormente la paciente se percató de que perdió el control de los esfínteres, no pudiendo miccionar.

Ante ello, la paciente C.S. interpuso una demanda de indemnización de perjuicios por daño moral, daño emergente y daño futuro en contra del hospital clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile y en contra del Dr. J.U.E. La demanda fue rechazada por el tribunal de primera instancia en lo que refiere al daño emergente y daño futuro, toda vez que no pudo probarse que el demandado Dr. J.U.E. y su equipo médico hubieran infringido la *lex artis* al momento de la operación y en el posoperatorio. Sin embargo, la indemnización de perjuicios por daño moral fue concedida por cuanto el Dr. J.U.E. habría incumplido el deber información al no otorgar información comprensible sobre el riesgo de la ocurrencia de la rotura dural que traía consigo la cirugía practicada.

¹⁶⁷ Condición producida por el hecho de que todo o parte del interior de un disco intervertebral hace presión hacia la parte externa del mismo, fracturando dicha parte. "Hernia de disco en la columna lumbar" Orthoinfo. <https://orthoinfo.aaos.org/es/diseases--conditions/hernia-de-disco-en-la-columna-lumbar-herniated-disk-in-the-lower-back/> visitado el 21 de noviembre de 2018.

¹⁶⁸ Cirugía para extirpar todo o parte de la amortiguación que ayuda a sostener parte de la columna vertebral. Que sea sin artrodesis implica que no se unirán las vertebrae de forma permanente. "Disectomía" Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007250.htm>. Visitado el 21 de noviembre de 2018.

¹⁶⁹ Fractura de la duramadre.

¹⁷⁰ Reparación quirúrgica de la duramadre. *Dolor Neuropático: fisiopatología, diagnóstico y manejo*. Ed. John Jairo Hernández y Carlos Moreno. (Rosario: Universidad del Rosario, 2006). 289

Las partes apelaron, y el tribunal *ad quem* acogió la apelación de la demandada, revocándose la parte de la sentencia de primera instancia que condenaba a la Pontificia Universidad Católica al pago de la indemnización de perjuicios por daño moral, declarándose que en ese punto la demanda también quedaba rechazada.

c.2. Argumentos de las partes: La demandante establece que se habrían incumplido los deberes de información que surgen de la relación contractual entre el médico y el paciente, ya que la información entregada por el Dr. J.U.E. no fue ni completa ni clara, y trivializó los riesgos de la cirugía. Por ende, la paciente no tuvo la suficiente autonomía para consentir al tratamiento, pues no pudo ponderar los beneficios y los riesgos. Asimismo, luego de haberse producido los daños que la cirugía trajo consigo, estos fueron disimulados el médico tratante.

Por su parte, la demandada estableció que la demandante suscribió con su puño y letra el formulario de consentimiento informado que otorga el recinto hospitalario, el que tiene como fin dejar constancia de la información suministrada a los pacientes. En dicho documento constaría que la demandante recibió explicaciones sobre el tratamiento propuesto, sus riesgos, beneficios y consecuencias. Además, en tal documento la demandante habría declarado comprender y aceptar lo anterior.

c.3. Razonamiento de los tribunales a quo y ad quem: El tribunal de primera instancia a partir del considerando décimo octavo de su sentencia comienza a analizar si el comportamiento del Dr. J.U.E fue diligente o no. En relación al deber de información, se analizó la prueba aportada por la demandada que constó de una ficha clínica digital en la que se indicaba que a la paciente “se le explican riesgos y beneficios de la cirugía”, y por otro lado, del formulario de consentimiento informado firmado por la demandante.

El tribunal no dio valor probatorio a tales medios de prueba pues, respecto de la ficha clínica digital, esta fue confeccionada por el demandando y no fue firmada por la demandante, y respecto del formulario, porque

“se trata de un formulario tipo en que no señala en forma específica los riesgos informados a la paciente, tomando en cuenta que la propia parte demandada,

al contestar la demanda, señala que la rotura dural sufrida por la actora es una de las complicaciones más frecuentes en la cirugía practicada por la demandante”.¹⁷¹

Respecto de si la información entregada por el Dr. J.U.E. fue suficiente o no, el tribunal sigue a BARROS, estableciendo que será suficiente “cuando da cuenta de la condición de la paciente, de los riesgos del tratamiento o intervención... En definitiva, se trata de ilustrarle acerca de los riesgos graves que el paciente asume y los males que se le pretende evitar”.¹⁷²

Toda vez que la prueba rendida por la demandada no tuvo valor probatorio, no se pudo comprobar que la información fuera suficiente. Por otra parte, el tribunal destaca la falta de información respecto del riesgo de ocurrencia de rotura dural, toda vez que dicho riesgo es frecuente en pacientes que han tenido una cirugía previa. Así, concluye que el deber de información se encuentra incumplido. Por ello, la sentencia concede la demanda de indemnización por daño moral. Sin embargo, rechaza la demanda de indemnización de daño emergente y daño futuro puesto que los deberes de diligencia fueron cumplidos.

Las partes apelaron la sentencia de primera instancia y la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de la demanda en lo respectivo al deber de información. En su considerando segundo, esta corte indicó que

“puede afirmarse que es un hecho de la causa que el 16 de octubre de 2006, previo a la cirugía, la demandante prestó su consentimiento para que profesionales y personal habilitado de la Universidad Católica se hicieran cargo de su atención y realizaran los exámenes, procedimientos y tratamientos que correspondan (...) los que le fueron explicados hasta donde es posible prever, como también sus riesgos, beneficios y consecuencias, los que comprendió y aceptó. Asimismo, es un hecho de la causa que la señora C.S. autorizó al personal del Hospital Clínico de la Universidad Católica a proceder a la realización de una resección HNP más discectomía L4-L5 y que el demandado J.U.E. le explicó la naturaleza del mal y le propuso un tratamiento”¹⁷³

¹⁷¹ 5º Juzgado Civil de Santiago. 2 de junio de 2014. Rol C-6651-2009. Identificador vlex: 568234718

¹⁷² 5º Juzgado Civil de Santiago. 2 de junio de 2014. Rol C-6651-2009. Identificador vlex: 568234718

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014. Identificador vlex: 586425314

Lo anterior fue concluido por los sentenciadores en base al formulario de consentimiento informado y en base a la ficha clínica digital que presentó la demandada. La corte estableció que en base a aquella ficha clínica sería posible presumir que a la paciente se le entregó información suficiente y clara sobre el procedimiento médico, ya que “no existe antecedente alguno que permita siquiera presumir que se trata de un documento apócrifo o ficticio y, por otra, lo que en él se indica (...) se condice con aquello que sucedió en el tiempo en que se verificaron los hechos que motivaron la demanda”.¹⁷⁴ Así, toda vez que la paciente firmó un documento llamado consentimiento informado y que hay prueba de que a la paciente se le entregó información sobre los riesgos del tratamiento, se entiende que el deber de información se cumplió por parte del médico, revocándose la indemnización de perjuicios por daño moral ordenada por la sentencia de primera instancia. La demandante no interpuso recurso de casación.

c.4. *Examen de la argumentación del tribunal a quo y ad quem:* La sentencia de primera instancia parece más acertada que la sentencia de la Corte de Apelaciones. El hecho de que la ficha clínica digital haya indicado que la paciente fue informada no es prueba de ello porque aquel documento no se encontraba suscrito por la paciente y porque, aun siendo reconocido en juicio por no haber sido objetado dentro de plazo, sus menciones no son suficientes para entender que la información entregada haya sido clara y suficiente. En efecto, el típico riesgo que se actualizó con posterioridad a la operación no se menciona este en el documento.

Lo mismo puede decirse del formulario de consentimiento informado. Este documento no contenía registros sobre los riesgos específicos que le fueron informados a la paciente por lo que tampoco deja claro si es que ella tuvo la oportunidad de conocerlos antes de aceptar la intervención quirúrgica.

Sin embargo, tales razones no fueron compartidas por el tribunal de segunda instancia. En base a la misma prueba y sumado a informe pericial en el que “se expresa que la ficha clínica da cuenta que los riesgos de la intervención fueron explicados en dos oportunidades”¹⁷⁵ la corte indicó que podía presumirse que la paciente recibió información

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014. Identificador vlex: 586425314

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014. Identificador vlex: 586425314

suficiente y comprensible porque no existía nada en los autos que hiciera presumir lo contrario. ¿Basta que no exista ningún hecho en contrario para que la presunción sea grave, precisa y concordante?

En este caso, los hechos solo dan cuenta de lo que consta en la ficha digital. La información que entrega el documento es la siguiente: “Indicaciones en Box: Otro (se explican riesgos y beneficios de la cirugía) Hospitalización: Cirugía (Se indica Discectomía, sin necesidad de artrodesis. Se programará para 16/10/06).”¹⁷⁶ Esta sola mención es concordante con lo establecido por el informe pericial, así como con el formulario de consentimiento informado en lo que respecta a que la información se entregó, pero no es ni precisa, ni grave en lo que respecta a que la información haya sido “completa, pertinente y suficiente”, que es a la conclusión a la que llega la corte.

Que una presunción sea grave implica que “el hecho conocido, del cual se infiere el hecho desconocido, haga llegar a este último sin esfuerzo, en forma casi obligada”¹⁷⁷ o que “los antecedentes de los cuales se deduce la presunción sean justificados, de tal naturaleza que hagan sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca (...)”¹⁷⁸ Por otro lado, que una presunción sea precisa implica que “no sea vaga, difusa o susceptible de no aplicarse a diversas circunstancias.”¹⁷⁹

El hecho desconocido al que llega la corte es que la actora recibió información suficiente. En efecto, puede establecerse desde los hechos que la información fue suficiente porque se indicó el tratamiento, sus beneficios y sus riesgos. Dicha presunción es grave y precisa porque los hechos expresan todos los elementos que tenía que tener la información entregada respecto a su suficiencia. Al mismo tiempo, tal presunción es precisa porque los hechos se refieren específicamente a la información entregada a la paciente C.S. de forma tal que no pueden ser utilizados en otras circunstancias.

Sin embargo, la corte construyó erradamente la regla de conducta debida. La información no solo debe ser pertinente y suficiente, sino que debe ser también comprensible. Si bien, el requisito de comprensibilidad no se encontraba reconocido

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014. Identificador vlex: 586425314

¹⁷⁷ Carlos Ducci. *Derecho civil*. 431

¹⁷⁸ Ignacio Rodríguez. *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. (Santiago: Jurídica. 2010) 251

¹⁷⁹ Carlos Ducci. *Derecho civil*. 431

legalmente, pues los hechos que motivaron el juicio de comento son anteriores a la entrada en vigor de la LDP, la propia *lex artis* obliga al médico a informar de forma comprensible.

El artículo 24 del CECM establece que “el médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y *en lenguaje comprensible (...)*”. De esta forma, el hecho deducido por los sentenciadores no es apto para dar por cumplido el deber de información, pues únicamente da por sentado que se entregó información completa, pero no que la información fue comprensible. En efecto, si se intenta usar la regla de presunción del art. 462 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, se observará que es imposible extraer de los hechos fijados en la causa que la información haya sido comprensible. Por ello, la decisión de la Corte de Apelaciones carece de asidero jurídico.

CONCLUSIÓN

a. Información debida al paciente. El médico debe entregar información suficiente. Para que sea suficiente, es necesario que la información diga relación con el estado de salud de los pacientes, su posible diagnóstico, las alternativas de tratamiento, el pronóstico esperado y los riesgos de los tratamientos ofrecidos, así como los riesgos de su rechazo.

Toda vez que la LDP no ha entregado un criterio de determinación del riesgo a ser informado, parte de la doctrina ha comprendido que se debe atender a si la intervención médica es terapéutica o estética. Si la intervención es estética, todos los riesgos que traiga consigo la intervención deben ser informados, en cambio, si la intervención es terapéutica, los riesgos a informar deben ser los típicos o asociados al tratamiento, sin importar su ocurrencia estadística.

Por otro lado, los riesgos informados deben ser suficientes para que el paciente pueda tomar una decisión autónoma de forma tal que su dignidad quede indemne. Si la información sobre los riesgos de la intervención es insuficiente, el paciente corre el riesgo de optar por una decisión que le traiga consecuencias no deseadas que no pudo rechazar.

b. Forma de entrega de la información. El médico debe entregar la información de forma comprensible, veraz y oportuna. Que la información sea comprensible implica que sea adecuada para el paciente, debiendo tener en cuenta sus capacidades intelectuales o sus conocimientos sobre medicina. Así, el médico no puede informar de la misma forma a un paciente lego que a un paciente que es enfermero. Tampoco podrá informar de la misma manera a una persona que, si bien no es interdicta, posee graves problemas de entendimiento, que a una persona común y corriente. Si el paciente no tiene capacidades de

entendimiento suficientes a juicio del médico tratante, este deberá informar a su representante legal o la persona cuyo bajo cuidado se encuentre.

La información debe ser veraz, pero al mismo tiempo, el médico debe tener presente que el paciente es un ser humano, por lo que debe moderar las palabras que utiliza al entregar la información, atendiendo a las características particulares de cada paciente.

Asimismo, la información debe ser oportuna. La información será oportuna si le permite al paciente representarse los riesgos que implica el aceptar o rechazar un tratamiento determinado. Así, no bastaría que a un paciente se le entregara un formulario de consentimiento informado en el que se indicaren los riesgos de una cirugía horas antes de esta, pues no se le permitiría al paciente entender las consecuencias de la decisión, salvo que se trate de un caso de urgencia.

La oportunidad, asimismo, debe verse reflejada en tres momentos del *iter* terapéutico: antes de iniciar la propuesta terapéutica, durante la ejecución de dicha propuesta, y luego de finalizada su ejecución. La autorización del paciente a un tratamiento determinado no implica que el paciente acceda a cada uno de los actos médicos que implica el tratamiento. El facultativo deberá, durante el tratamiento, explicarle al paciente al paciente de qué se trata cada acto y sus consecuencias. Al finalizar el tratamiento, el médico deberá también informarle al paciente sobre el pronóstico esperado de su recuperación y los cuidados que deberá tomar.

c. Requisitos del consentimiento del paciente. Para que el paciente pueda consentir al tratamiento ofrecido, debe haber sido previamente informado. Se enterá que fue informado si el deber de información por parte del médico se cumplió en la forma que establece la ley. Por otro lado, el consentimiento debe ser libre y expreso, lo que quiere decir que el médico no puede tomar la decisión por el paciente. Asimismo, el consentimiento debe ser expreso, de forma que no quepa duda que el paciente ha permitido poner en práctica el procedimiento médico. Dicho consentimiento es, por regla general verbal, sin embargo, si el tratamiento consta de intervenciones quirúrgicas o procedimientos invasivos que traigan un riesgo conocido y relevante para el paciente, el consentimiento deberá prestarse por escrito.

Habiendo establecido lo anterior, es posible comprender que la LDP ha introducido una serie de criterios que recogen tanto la práctica jurisprudencial como la *lex artis*¹⁸⁰, teniendo el objetivo de velar por el respeto a la autonomía y dignidad del paciente. En este sentido, el legislador de la ley 20.583 ha explicitado una serie de conductas obligatorias para los profesionales de la salud, estableciendo un estándar de conducta debida más claro, que no hace necesaria la remisión a la buena fe como elemento integrador de la relación médico-paciente. Sin embargo, ha dejado la puerta abierta al desarrollo jurisprudencial y doctrinario al establecer normas de textura abierta que permitirán tanto a los profesionales de la salud adaptar el mandato legal a cada caso concreto que se les presente como asimismo, a los jueces que deban determinar si el comportamiento del profesional de la salud fue o no diligente en aquello que respecta a los deberes de información y consentimiento informado en relación a su paciente.

¹⁸⁰ Véase capítulo I, letra b.1.2

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI, Arturo. "El Contrato Dirigido" en *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo I*, editado por Raúl Tavolari, 81-91. Santiago: Jurídica, 2010.
2. ATRIA, Fernando. "H.L.A. Hart y la textura abierta del derecho." En *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G.H. Von Wright*. 379 – 393. Valparaíso: IVR, 1999.
3. BARROS, Enrique. "La diferencia entre 'estar obligado' y 'ser responsable' en el derecho de los contratos". *Estudios de Derecho Civil II*. (Santiago: LexisNexis, 2006): 721-752.
4. BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Jurídica: Santiago, 2010.
5. BASCUÑÁN, María Luz. "Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos" *Revista médica de Chile*. 133 N°1 (2005) 11-16
6. BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. *Principios de Ética Biomédica*. Masson: Barcelona, 1999.
7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. "Historia de la ley 20.584". Visitado 10 de octubre de 2018, <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4579/>
8. CARTWRIGHT, Nancy. "The art of medicine. A philosopher's view of the long road from RCTs to effectiveness" *The Lancet*. 377. (Abril de 2011): 1400-1401.
9. CLARO, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo X*. Santiago: Jurídica, 1988.
10. CORRAL, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Jurídica, 2011.
11. DE LA MAZA, Íñigo. "Consentimiento informado, un poco de realismo" *Revista de Derecho*. 30 N°4 (2017): 111-131.
12. DE LA MAZA, Íñigo. "Consentimiento informado, una visión panorámica." *Ius et Praxis*. 16 N°2 (2010): 89-120
13. DUCCI, Carlos. *Derecho civil. Parte general*. Santiago: Jurídica, 2010.
14. FACHINI, Mónica. "Cambio de conductas en tratamientos de larga duración. Relación médico-paciente" *Medicina (Buenos Aires)*. 64 N°6 (2004): 550-554
15. FERNÁNDEZ, Mónica. "El alea terapéutica como límite a las obligaciones médico-hospitalarias. Una perspectiva desde el derecho comparado" *Prolegómenos. Derechos y Valores*. N°22 (julio-diciembre de 2008): 15-28
16. FIGUEROA, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil. Tomo III*. Santiago: Jurídica, 2011.

17. GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MÉDICA DE SANTIAGO. "¿Tiene cabida, hoy, el "privilegio terapéutico"?" *Revista Médica de Chile*. 145. N°9 (septiembre de 2017): 1198-1202.
18. HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
19. HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Ciudad de México: Fontamara, 2004.
20. JAIRO, John. MORENO, Carlos. *Dolor Neuropático: fisiopatología, diagnóstico y manejo*. (Rosario: Universidad del Rosario, 2006)
20. KANT, Immanuel. "Respuesta a la pregunta ¿Qué es la ilustración ¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia." Editado por Roberto Tamayo. Madrid: Alianza, 2013.
21. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009
22. LEIGHTON, Guillermo. "Derecho de información al paciente. Alcances prácticos" *Derecho Público Iberoamericano*. N°12 (abril de 2018): 175-203.
23. LÓPEZ, Jorge. *Los Contratos. Parte General. Tomo I*. Santiago: Jurídica, S/l.
24. MACCORMICK, Neil. *Instituciones del Derecho*. Madrid: Marcial Pons 2011.
25. MALLIA, Pierre. *The Nature of Doctor-Patient Relationship: Health care principles through the phenomenology of relationships with patients*. Springer: Berlín, 2013.
26. MANTEROLA, Carlos y Pineda, Viviana. "El valor de 'p' y la 'significación estadística'. Aspectos generales y su valor en la práctica clínica". *Revista chilena de cirugía*. 60 N°1 (2008): 86-89
27. MEMÉTEAU, Gerard y GIRER, Marion. *Cours de Droit Médical*. Burdeos: LEH, 2017.
28. MILOS, Paulina y LIRA, Francisca. "La ley N°20.582 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Una visión panorámica" En *Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios*. Ed. Hernán Corral. (Santiago: Universidad de los Andes, 2014): 8 – 14.
29. MOORE, Philippa, Rivera, Solange y Corbalán, Javiera. "Cómo transmitir la evidencia a los pacientes: El médico como comunicador de riesgos" *Revista Médica de Chile*. 134. (2006): 385-390.
30. NAMEN Baquero, Jeannette. "Obligación de Información del Médico en el Derecho Francés", *Revista de Derecho Privado*. N°15. (2008): 181-198.
31. PARRA, Darío. "La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado". *Revista Médica de Chile*, 141 N°12. (2013): 1578-1583.
32. PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. París: Sirey, 1977

33. PEREIRA, Esteban. "Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado" *Revista de Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Chile*. N°9 (diciembre de 2014): 69-135.
35. PIZARRO, Carlos. "El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad" *Revista chilena de derecho*. 41 N°3, (diciembre de 2014): 825-843.
36. PIZARRO, Carlos. "Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y Perspectivas" En *Revista Médica de Chile*. 136. N°4 (abril de 2008): 539-543
37. PIZARRO, Carlos. *La Responsabilidad Civil Médica*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
38. RODRÍGUEZ, Ángel. Mardones, Francisco. Villarroel, Luis. "Relación médico-paciente en la Pontificia Universidad Católica de Chile: evaluación de una escala de medición" *Revista médica de Chile*. 140 N°2 (2012) 176-183.
39. RODRÍGUEZ, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Jurídica, 2009.
40. RODRÍGUEZ, Pedro y Rodríguez, Luis. "Principios técnicos para realizar la anamnesis en el paciente adulto" *Revista cubana de medicina general integral*. 15 N°4 (julio-agosto de 1999) 409-414.
41. SOMARRIVA, Manuel "Algunas consideraciones sobre el principio de autonomía de la voluntad" *Doctrinas esenciales. Derecho Civil*. Editado por Raúl Tavolari (Santiago: Jurídica. 2011)
42. SQUELLA, Agustín. *Introducción al derecho*. Santiago: Jurídica, 2011.
43. TAPIA, Mauricio. "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales". En *Revista de Derecho de Valdivia*. 15 (diciembre de 2013): 75 – 111.
44. VACAREZZA, Ricardo "De los derechos del paciente." *Revista médica de Chile*. 128 N°12. (diciembre de 2002) 1380-1384.
45. VACAREZZA, Ricardo y Núñez, Elena "¿A quién pertenece la ficha clínica?" *Revista médica de Chile*. 131 N°1 (diciembre de 2000): 111-114.
46. VERDUGO, Anamaría. "Efectos del Incumplimiento del Deber de Información del Profesional Médico". *Revista de Estudios Ius Novum*, N°6 (octubre de 2013):76-99
47. VIAL, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Jurídica, 2015

TEXTOS LEGALES

1. 10° Juzgado Civil de Santiago. 1 de febrero de 2017. Rol C-8715-2014
2. 15° Juzgado Civil de Santiago. 8 de septiembre de 2011. Rol N°5291-2009
3. 3° Juzgado Civil de Concepción. 21 de agosto de 2010. Rol N°7408-2009.
4. C. Cass, civ. 1°, 7 de octubre de 1998, Castagnet con CPAM de la Vienne y otros. Bull. Civ. I n°291
5. Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de noviembre de 2007. Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. Identificador Legal Publishing 39372
6. Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2017. Rol N°4281-2017
7. Corte Suprema. 10 de marzo de 2016. Rol N°21373-2015
8. Corte Suprema. 29 de diciembre de 2017. Rol N° 89.635-2016
9. Corte Suprema. 19 de enero de 2015. Rol N°7215-2014.
10. Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de enero de 2015. Rol N°6350-2014
11. 5° Juzgado Civil de Santiago. 2 de junio de 2014. Rol C-6651-2009