



Universidad Andrés Bello

Facultad de Derecho

Maximiliano Francisco Otto Yáñez

Responsabilidad Civil Médica

“Necesidad de una verdadera recepción en el Código Civil”

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas dirigida

por el profesor don Marcelo Giovanazzi Retamal

Santiago de Chile

Año 2013

Agradecimientos

Este trabajo, no hubiese sido posible sin el apoyo incondicional de mi familia, especialmente el de mis padres y hermanos, que a pesar de los errores que pude haber cometido, conservaron la calma, me levantaron y estoicos permanecieron a mi lado.

A lo largo de nuestras vidas, se cruzan personas que sirven como ejemplo o que son dignas de admirar. Por ello, doy mis agradecimiento a mi maestro, don Marcelo Giovanazzi, por su cooperación como docente y profesor guía de esta tesina, quien siempre ha estado dispuesto a guiarme en mi formación como futuro abogado.

“Llegarás donde quieras llegar, siempre que camines lo suficiente”

Jorge Caballero.

ÍNDICE

1. Naturaleza Jurídica	
1.a. Responsabilidad contractual y extracontractual.....	7-9
1.b. Distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, ¿Un verdadero punto de partida acerca de la clasificación de obligaciones de medio u obligaciones de resultado en la responsabilidad civil médica?.....	9-11
1. c. Consideraciones previas a las obligaciones de medio y obligaciones de resultado.	11-12
1.d. Reconocimiento por parte de la jurisprudencia a la distinción de obligaciones de medio/obligaciones de resultado.....	12-13
1.e. Importancia en las obligaciones de medio/ obligaciones de resultado en el ámbito de la carga probatoria.....	13-16
1. f. reglas del Mandato como posible solución.....	16-19
1.g. Necesidad de introducir normas de naturaleza propia al Código Civil.....	19-22
1.h. Nueva perspectiva de la Jurisprudencia.....	22-25
2. Problemática del consentimiento informado y su evolución en la legislación chilena	
2.a. Situación anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.584. “Sobre los derechos y deberes del paciente”	
2.a.1. Nociones básicas.....	26
2.a.1.a. Momento en que se debe otorgar.....	26-27
2.a.1.b. Participantes en el otorgamiento del consentimiento informado.....	27
2.a.1.c. Intervención de cada uno.....	27-28
2.a.1.d. Información que se debe otorgar.....	28
2.a.1.d. Consideraciones del tema por parte de la doctrina.....	28-30
2.a.2. Supuestos del consentimiento informado.....	30-31
2.a.2.a. Supuestos sencillos.....	31-32
2.a.2.b Supuestos complejos.....	32
2.a.2.c. Incumplimiento del deber de informar y <i>praxis</i> médica negligente.....	32-36

2.a.2.d. Evolución jurisprudencial del consentimiento informado. Supuestos complejos y su desarrollo en la jurisprudencia.....	36-39
2.a.3. Jurisprudencia actual del consentimiento informado.....	39-40
2.b. Entregada en vigencia de la ley 20.584 “Sobre los derechos y deberes del paciente” ¿La norma-solución de la problemática del consentimiento informado?.....	40-44
3. Conclusiones.....	45-46

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, realizaremos un estudio pormenorizado de la problemática que ha surgido a raíz de la actividad médica en nuestro país, específicamente acerca de la responsabilidad civil médica. Este problema surge principalmente por la inexistencia de una regulación de la actividad de prestaciones médica en nuestro ordenamiento jurídico, lo que evidencia la necesidad de realizar este trabajo. Recientemente, la doctrina nacional ha comenzado la discusión acerca del tema la cual exponemos posteriormente en este documento.

Los temas más relevantes que han surgido, en relación a la responsabilidad civil de los médicos, destacan la naturaleza de los contratos de prestaciones médicas; la responsabilidad ante el incumplimiento de los contratos de prestaciones médicas; las obligaciones que nacen del médico con el paciente en virtud de dichos contratos; y los alcances jurídicos de estos contratos, entre los más importantes.

De los temas expuestos recientemente, este trabajo se centrará principalmente en dos aspectos de la responsabilidad de los médicos en sede civil. En primer lugar, en la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica y, en segundo lugar, del consentimiento informado que opera en los contratos de prestaciones médicas.

En el primer punto que desarrollaremos, daremos ciertas nociones acerca de qué es la responsabilidad civil (como género) y su sub-clasificación, en la que se encuentran la responsabilidad contractual y la extracontractual. Del mismo modo, daremos a conocer la importancia que tiene para el estudio de la naturaleza jurídica, la responsabilidad de los facultativos en el desarrollo de su profesión. También expondremos la importancia que tiene estudiar la distinción existente entre estas responsabilidades, situación que nos lleva al segundo punto de estudio de este primer capítulo, que son las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado.

Sobre las obligaciones de medio y de resultado, se centra gran parte de este trabajo. Comenzaremos por dar una idea del contenido de éstas, luego expondremos la discusión por parte de la doctrina nacional que también existe en tema, pues, como veremos oportunamente, hay parte de la doctrina nacional que adscribe a la postura de negar derechamente la existencia de éstas, sustentándose principalmente en que es una creación jurisprudencial.

Del punto anterior, surge la problemática acerca de quién tiene la carga probatoria en la responsabilidad civil médica. Para poder dar una eventual respuesta al problema, haremos un cuidadoso análisis de la opinión de la doctrina, dada su importancia en este punto. Como observaremos, existe parte de la doctrina que plantea como posible solución, encuadrar la prestación médica en las normas del mandato y otra que lisa y llanamente plantea la idea de reformular ciertos preceptos del Código Civil.

Finalmente, fundamentaremos nuestra hipótesis en este primer capítulo, con un fallo de la Corte Suprema con fecha 5 de junio de 2013, que es la que sienta precedentes dentro en el tema.

En el segundo capítulo, trataremos un tema está actualmente en el tapete, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario. Para su desarrollo, enfocaremos el estudio en dos etapas. La primera, abarcará todo lo desarrollado antes del 28 de Abril de 2012, que es la fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584 de los derechos y deberes de los pacientes, y la segunda, posterior a esta fecha.

En primer lugar, desarrollaremos las nociones generales del consentimiento informado, a través de ciertos principios y reglas que la doctrina estimaba debían cumplirse, quienes estaban involucrados en éste y cuáles eran las obligaciones del médico en este sentido. Luego, nos centraremos en el análisis que hace el profesor De la Maza Gazmuri del tema y argumentaremos nuestra distinta visión de éste en un aspecto específico del trabajo del autor señalado. Desde luego revisaremos la jurisprudencia con el fin de poder apreciar el criterio de los sentenciadores, cuestión que es de total importancia, y finalizaremos con el estudio de la sentencia antes mencionada (en el capítulo anterior), por cuanto ésta reviste una clasificación de la naturaleza jurídica de la obligación del médico con el paciente, todo esto antes de la Ley N° 20.584.

En segundo lugar, haremos un análisis de los puntos más relevantes de la nueva ley y trataremos de dilucidar si ésta soluciona la problemática del consentimiento informado.

Finalmente, terminaremos este trabajo con las conclusiones para afirmar nuestra hipótesis de una recepción en el Código Civil de la responsabilidad civil médica.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: NECESIDAD DE UNA VERDADERA RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

1. Naturaleza jurídica

Entender la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica resulta complementemente necesario para poder estudiarla responsabilidad del médico en profundidad. Por ello, centraremos nuestra atención en estudiar las diferentes categorías que le da la doctrina nacional a la responsabilidad del facultativo.

Antes de adentrarnos en la discusión doctrinaria, es preciso realizar un paralelo entre la responsabilidad contractual y extracontractual, que son las de mayor importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

1. a. Responsabilidad contractual y extracontractual

En primer término, es necesario aclarar que la responsabilidad civil, en términos genéricos, es el punto de partida para hacer la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Se ha definido a la responsabilidad civil como: “La prestación obligatoria puesta a cargo de un sujeto a consecuencias de un evento dañoso”¹.

Por otro lado, la responsabilidad contractual se puede definir como “aquella que nace cuando el daño resulta de la violación de un vínculo jurídico preexistente entre las partes, o sea, por el incumplimiento de la obligación contraída”³.

¹ORREGO, Juan Andrés, “Apuntes de Derecho Civil”, Apunte “Responsabilidad Extracontractual”, Consultado en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>. [20 de Noviembre de 2012]

³Ibidem

Finalmente la responsabilidad extracontractual se ha señalado que es aquella que: “No existiendo un nexo obligatorio, todo hecho culpable o doloso que cause daño a otro da origen a la responsabilidad extracontractual”⁴

Una vez definida la responsabilidad genérica y sus especies, expondremos el paralelo realizado por el profesor Enrique Barros Bourie, quien de manera clara y precisa, estudia los puntos de en que se puede apreciar diferencias entre ambas.

a. En cuanto a sus efectos

En la Responsabilidad Contractual los efectos del contrato incluyen la acción para exigir su cumplimiento y la acción indemnizatoria que se sigue de su cumplimiento, bajo la denominación “Del efectos de las obligaciones” (Libro IV, Título XII, artículos 1545 y siguientes del Código Civil). En esta identificación de la responsabilidad civil con el incumplimiento contractual se muestra cómo el Derecho de Obligaciones y de la responsabilidad civil en particular, se desarrolló a partir de la doctrina del contrato.

La responsabilidad extracontractual, por su parte, está desarrollada en un breve título, al final de las “Fuentes de las Obligaciones” (Libro IV, Título XXXV, artículos 2314 y siguientes del Código Civil) constituida en una cláusula general de responsabilidad por culpa o dolo, no conteniendo reglas especiales acerca de los efectos de la responsabilidad.⁵

b. Como fuente de las obligaciones

El incumplimiento contractual, como el ilícito no contractual⁶ son fuentes de la responsabilidad civil⁷ (cuestión que será determinante para apreciar la responsabilidad del médico en las distintas aristas que trataremos posteriormente).

c. En cuanto al grado:

⁴ ORREGO Juan, ób. cit.

⁵ BARROS BOURIE, Enrique, “*Tratado de responsabilidad extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, pág 18.

⁶ Extracontractual.

⁷ BARROS BOURIE Òp.cit, p.19.

En sede contractual existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada.

En sede extracontractual la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa daño y que da lugar a la responsabilidad (tiene por antecedente a los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros⁸).

d. En cuanto a la regulación de riesgos

Por medio del contrato se pueden regular riesgos que, de lo contrario, quedarían sujetos a un estatuto de responsabilidad extracontractual existiendo cierta *prioridad relativa del contrato* respecto de la responsabilidad extracontractual⁹. Por lo que se desprende que en sede extracontractual no habría posibilidad de regular riesgo alguno, dado que ello implicaría la existencia de un vínculo preexistente.

En síntesis, la diferencia específica de las reglas de responsabilidad extracontractual radica en que se aplican en situaciones en que existe una relación obligatoria previa entre la víctima y el autor del daño¹⁰, concluye el autor.

Realizada la comparación, podremos distinguir los parámetros bajo los cuales se desarrolla el problema de fondo. Para efectos de este trabajo, la comparación resulta de gran relevancia, en concordancia a uno de los tópicos más importante y controvertido que abordaremos, como es la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica, tema que será desarrollado oportunamente.

1.b. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, ¿Un verdadero punto de partida acerca de la clasificación de obligaciones de medios u obligaciones de resultado en la responsabilidad civil médica?

⁸ BARROS BOURIE, óp.cit, p. 20.

⁹ Ibídem, óp.cit, p.21.

¹⁰ Ibídem, óp.cit, p.22.

Consideramos importante formularse esta interrogante que, para ser respondida, tenemos que tener claro los aspectos de cada una, para lo cual nuevamente realizaremos un paralelo, ahora entre las obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

Primero, debemos realizarnos la siguiente interrogante, ¿En qué grado puede llegar a influir la clasificación de obligaciones de medio y resultado, para el estudio de la responsabilidad médica en sede civil? Para responder esta pregunta, se debe poner atención en los planteamientos que realiza cierto sector de la doctrina nacional.

Parte de la doctrina nacional se inclina por considerar que hay una inexistente diferencia de fondo entre ambas y que los estatutos jurídicos de éstas pueden ser utilizados indistintamente.

En este sentido, el profesor Barros sostiene “En la práctica, como se verá, la negligencia médica ha sido frecuentemente planteada en sede de responsabilidad civil extracontractual y no existen impedimentos lógicos ni normativos para que así ocurra (...) no existen diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del profesional en cuestiones fundamentales, como son la naturaleza y prueba del deber de cuidado, el estándar de cuidado debido y los deberes conexos de información”¹¹. Es más, la misma jurisprudencia ha descartado diferencias fundamentales muy grandes: “En otras palabras, la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (artículos 1567 y siguientes del Código Civil) y de la extracontractual (artículos 2314 y siguientes del mismo Código)”¹².

Por otra parte, el Profesor Mauricio Tapia señala “(...) una tendencia extracontractual de la jurisprudencia nacional. A pesar de que existe un relativo consenso acerca de una fuerte presencia de la responsabilidad contractual en este ámbito, los casos fallados por la jurisprudencia nacional son resueltos frecuentemente en sede extracontractual, cuestión que se explica por algunas ventajas de este estatuto (por ejemplo, evitar la discusión, todavía presente en el derecho nacional, sobre la procedencia del daño moral en materia contractual)”¹³.

¹¹ BARROS BOURIE, ób.cit. pág. 657.

¹² Corte de Concepción, Rol 1.977-99, Legal Publishing 10/08/2000.

¹³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, Valdivia, Revista de Derecho vol. XV, Diciembre 2003, pág. 4.

En este punto compartimos la opinión del profesor Tapia, partiendo por la lógica que no se puede obviar la distinción entre ambas, por cuanto ello implicaría un gran problema jurídico, dado que se estaría dando el pie para que cualquiera persona, ante cualquier situación¹⁴, podría reclamar indistintamente en una u otra¹⁵, y en el caso de la responsabilidad médica en relación a la carga probatoria.

A continuación, verificaremos la necesidad de realizar una distinción entre sede contractual y extracontractual, para aclarar la carga de la prueba.

1. c. Consideraciones previas a las obligaciones de medio y obligaciones de resultado

Aunque esta distinción ha sido aceptada progresivamente¹⁶, en principio, la doctrina se mostró totalmente contraria a la aceptación de ésta. En este sentido, el ilustre profesor Alessandri Rodríguez en su oportunidad señaló que esta distinción sería “inaceptable en nuestra legislación”¹⁷ toda vez que es el deudor (médico para estos efectos) es quien debe probar su diligencia, ya que según el inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil es quien debió emplearla.

Ahora para entrar derechamente a la discusión de fondo, debemos distinguir en qué consisten cada una de ellas.

De la obligación de medios, se ha sostenido que “Se contrae una obligación de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por éste”¹⁸

¹⁴ Exista vínculo previo o no.

¹⁵ Sede contractual o extracontractual.

¹⁶ Por parte de la doctrina y posteriormente por la jurisprudencia.

¹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil” chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 58.

¹⁸ BARROS BOURIE, ób.cit. pág. 658.

En este caso la carga de la prueba la tiene el demandante (paciente), quien debe acreditar que el médico no se ajustó a los procedimientos y buen deber que exige la *lex artis* (actuar negligente del médico)¹⁹.

En cambio estamos en presencia de una obligación de resultado²⁰“si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener”²¹, acá es el demandado (médico) quien deberá probar que si cumplió con el resultado pactado.

1. d. Reconocimiento por parte de la jurisprudencia a la distinción de obligaciones de medio/obligaciones de resultado.

A continuación veremos cómo efectivamente la jurisprudencia ha aceptado en su razonamiento jurídico tal distinción, que partió siendo puramente hecha por la doctrina. La recepción de esta clasificación de obligaciones ha tenido una acogida más bien reciente por los tribunales nacionales.

Sobre el punto anterior, el profesor Hugo Cárdenas Villarreal afirma que “la recepción jurisprudencial de la distinción es más tímida en los tribunales superiores”²². A pesar de esta afirmación, no deja de tener importancia el hecho de que se reconozca tal clasificación. En relación a lo expuesto encontramos una sentencia del año 2003 (primera instancia), la cual señala “apreciando que, no siendo aplicable en la especie la presunción de culpabilidad del art 1547 del Código Civil-en cuanto opera sobre la base de la constatación previa del incumplimiento contractual, lo que no es posible en una obligación de medios, cuyo

¹⁹ En esta situación podemos dar el ejemplo del paciente que contrata con el médico, para que le realice una intervención quirúrgica, con el fin “curar” una infección en uno de sus riñones, luego de la intervención el paciente pierde el riñón, acá él deberá probar que el médico actuó con negligencia al momento de realizar la intervención quirúrgica.

²⁰ Para explicar esta obligación, ilustraremos con el siguiente ejemplo: Un mujer contrata con el médico, para realizar una cirugía con fines estéticos (específicamente que le dejen la nariz “respingada”) el médico realiza la cirugía, de acorde a lo que la mujer le pidió, a pesar de esto, la mujer no queda conforme con la operación y demanda porque el médico no cumplió con lo pactado, en este caso será el médico quien deba probar que efectivamente sí cumplió con la cirugía en los términos convenidos con la mujer.

²¹ *Ibidem*.

²² CARDENAS VILLAREAL, Hugo, “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/ obligaciones resultado”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 47

incumplimiento consiste, precisamente, en la falta de diligencia- exige del acreedor la prueba de la correspondiente culpa”.²³Acá destaca que se haya descartado la presunción del artículo 1547,por la sencilla razón que no correspondía, en primer lugar, en sede contractual y, en segundo lugar, porque en este caso se trataba de una obligación de medios.

En relación a lo anterior se pronunció otro fallo, esta vez,por la Corte de Apelaciones de Santiago la cual señaló“que en la especie, cabe consignar que estamos en presencia de una obligación de resultado, en la medida que el médico ha prometido lograr un determinado análisis sobre un tejido extraído de la paciente destinado éste a un estudio citológico, el cual no se pudo realizar, por lo que lo pactado es un determinado fin no materializado, por el extravío de la biopsia”²⁴.

Por último y confirmando lo planteado anteriormente, citamos una sentencia dictada por la Corte Suprema, que de igual forma como lo hicieron los tribunales en las sentencias anteriormente revisadas, realiza la distinción entre obligaciones de medio y resultado. En este sentido la Corte Suprema afirma“...que en el ejercicio de esta profesión como ocurre en general respecto a toda profesión liberal lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente...sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento”²⁵

1. e. Importancia en las obligaciones de medio/obligaciones de resultado en el ámbito de la carga probatoria

El problema de la carga probatoria, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, ha sido sin duda uno de los puntos en que se ha dado mayor discusión por parte de la doctrina nacional, evidenciando la importancia de determinar sobre quién recae finalmente.En principio, se podría pensarque la discusión quedaría zanjada con

²³ Sentencia del 26° Juzgado Civil de Santiago, 15 de Julio de 2003, rol 31139-2001.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2006, Rol 5615-2001.

²⁵ Corte Suprema, 4 de Octubre de 2007, Rol 3299-2007, Lexis Nexis N°37455

la anterior explicación y clasificación de las obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Sin embargo, el tema presenta una compleja serie de problemas, como una compleja serie de soluciones.

Parte de la doctrina²⁶ entiende que la distinción en materia probatoria entre la responsabilidad contractual y extracontractual ha sido más bien creada por la jurisprudencia, lo que traducido en otros términos, la presunción de culpa en sede contractual tiene su origen únicamente en sentencias judiciales, siendo para ello más expedito aproximar ambos regímenes superando la distinción mediante la plena recepción en materia de responsabilidad profesional, de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado.

De lo anterior, se plantean derechamente tres ideas: a) Que la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual es creada por los tribunales; b) Que la distinción es superflua, y c) Para resolver el régimen probatorio que se utilizará en el caso concreto, tendremos que remitirnos enteramente a distinguir si la obligación es de medio o resultado.

Para dar una posible solución al problema, debemos remitirnos al artículo 1547 inciso 3 del Código Civil que señala:

“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”

Del artículo señalado, la carga de la prueba sería del deudor (médico).

En principio, podríamos aplicar la regla descrita a las obligaciones de resultado, porque éstas se enmarcan dentro de las obligaciones de dar, bastándole al acreedor (paciente) demostrar la existencia de un vínculo preexistente. De esta afirmación, no podemos ser categóricos, por el hecho de que sólo reviste el punto de partida por esto mismo. Por ello, resulta de gran relevancia analizar el contenido y naturaleza de la prestación médica,

²⁶ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, “*El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: Sus implicancias para la Responsabilidad Médica*”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 22

precisamente para darnos una idea y posteriormente una respuesta, de la procedencia de la presunción del artículo 1547 inciso 3 del Código Civil.

Para analizar si efectivamente el contenido del contrato, es determinante para modificar la presunción del artículo antes señalado, debemos tener total claridad, del tratamiento que le da nuestro ordenamiento jurídico a los contratos de prestación médica.

Empezando con el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le da a estos contratos, debemos en primer lugar centrar nuestra atención en los artículos 2118 y 2158 del Código Civil.

El artículo 2118 del Código Civil expresa lo siguiente “Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Mientras que el artículo 2158, se refiere a las “obligaciones del mandante” siendo el último inciso el que interesa a nuestro estudio, el cual dice:

“No podrá el mandante dispensarse de cumplir con estas obligaciones alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costos, salvo que le prueba la culpa”

En primer lugar, analizaremos la hipótesis del médico que no pudo curar la enfermedad del paciente que estaba bajo su cuidado, pero empleó toda la diligencia debida y ajustándose en todo, a los procedimientos y usos médicos señalados en la *lex artis* (actuar diligente).

En principio y sin querer aún entrar al fondo del análisis de las normas contractuales del mandato, a nuestro parecer, no sería procedente aplicar la presunción del artículo 1547 inciso 3 del Código Civil, debido a que el ejemplo que pusimos de análisis, constituiría una obligación de medio y no de resultado (el caso anteriormente descrito) por no constituir una obligación de resultado, *ergo*, la improcedencia del artículo 1547 inciso 3.

La solución al problema parece ser más simple, porque si se opta por obligación de medio no basta con probar el vínculo jurídico preexistente, ya que debe probarse además que el médico no actuó respecto a una conducta a lo menos esperada.

Otra argumento por el cual planteamos la problemática del tema, es el artículo 1698 del Código civil, que señala lo siguiente.

“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas”

A la luz de este artículo, la carga probatoria la tendría el paciente, es decir, ya tenemos 2 preceptos legales que nos señalan reglas distintas, que a la luz un contrato civil no revestiría mayor inconveniente, pero como el problema radica principalmente en la inexistencia de una regulación positiva en los contratos de prestación médica, es que deviene la relevancia del problema.

Volviendo a retomar una posible respuesta a la interrogante referente a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica, específicamente al conflicto que ha generado la carga probatoria en los contratos de prestaciones médicas.

1 .f. Reglas del Mandato como posible solución

Como adelantamos anteriormente en materia contractual, el artículo 1547 inciso 3 del Código Civil, es el precepto del cual se desprende que el deudor (médico) sería en un principio quien tiene la carga de la prueba, por existiren este artículo una presunción de culpa por parte del deudor. Sin embargo, como señala el profesor Cárdenas Villarreal, en caso de aceptarse la existencia de las obligaciones de medios, terminaría por variar esta regla²⁷.

La razón principal, es que debemos analizar cada caso en particular, para posteriormente determinar la culpabilidad del deudor (médico), rompiendo con la presunción del artículo señalado.

²⁷ CÁRDENAS VILLARREAL, ób.cit. pág 49.

Una posible solución al problema del *Onus Probandi* estaría determinada por la aplicación de las normas del mandato. Para lo cual analizaremos el art 2118 del Código Civil, señalando que los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios están sujetas a las normas del mandato, como lo señalamos con anterioridad.

El artículo 2158 del mismo cuerpo normativo, nos podría dar algún indicio, de que en un principio, los médicos debiesen (en caso de adoptar este artículo) regirse bajo estas normas del mandato señaladas en el Código Civil.

Ahora bien, aceptar el artículo inciso 3 del 1547 Código Civil no nos parece adecuado, por cuanto no se puede presumir la culpa del deudor (médico) por las siguientes razones.

-Existen factores ajenos al médico, que no tienen relación a si actuó de forma diligente en conformidad a los estándares exigidos por la *lex artis*.

-Aceptar una presunción de culpabilidad del médico ante situaciones ajenas, nos llevaría a concluir que las prestaciones médicas se encuadran dentro de un régimen de responsabilidad objetiva

-Los regímenes de responsabilidad objetiva son establecidos de forma excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo término tampoco nos parece correcto hacer uso de la norma del art 2158 C.C., porque produciría la inversión de la carga probatoria, pasando ésta a ser carga del acreedor (no se presume).

Siguiendo con el estudio de las normas del mandato, el profesor Carlos Pizarro recoge de la obra del profesor David Stitckin ciertas pautas, para realizar una importante distinción y para establecer quien tiene la carga de la prueba, sosteniendo:

“Cuando la **responsabilidad proviene de la inejecución del negocio encomendado, bastará al mandante probar la existencia del contrato y el monto de los perjuicios** (...) Probada la existencia del contrato quedará acreditada la obligación que contrajo el mandatario (...) **sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando que la ha ejecutado o que la inejecución se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor**(...) lo mismo ocurre si se trata de cumplimiento parcial. Al **mandante le bastará acreditar**

la **ejecución parcial del negocio y los perjuicios** (...) quedará establecida la responsabilidad del mandatario y su obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento”²⁸(el destacado es nuestro).

“Del mismo modo, **si el mandatario ha ejecutado el encargo violando las instrucciones del mandante, éste solo deberá probar la existencia del mandato y de las instrucciones infringidas**, las cuales pueden estar contenidas en el mismo título o en actos separados (...) O sea, en los casos anteriores **solo cabe aplicar las reglas generales que rige la prueba de las obligaciones y de su extinción, artículos 1698 y 1547**”²⁹(el destacado es nuestro)

“Pero juntos a estas obligaciones determinadas en cuanto a su objeto-ejecutar el negocio, atenerse a las instrucciones que le ha dado el mandante, etc.-**existe otra que podríamos calificar de indeterminada y que consiste en el deber general de diligencia y cuidado que pesa sobre los individuos que viven en sociedad y cuya infracción da origen a la responsabilidad extracontractual**, con la diferencia que la primera va incorporada expresamente en el contrato de mandato y el segundo **es ajeno a toda relación contractual**”³⁰(el destacado es nuestro)

“De carácter ‘indeterminado` que reviste **la obligación del mandatario de obrar con el cuidado de un buen padre de familia**, resulta una consecuencia de interés en lo tocante a la prueba. En efecto, **pesa sobre el mandante la necesidad de probar que el mandatario ha infringido esa obligación y sólo una vez que se acredite surgirá la del mandatario en orden a probar que ha empleado el cuidado suficiente o que ha incurrido un caso fortuito o fuerza mayor que le exonere de responsabilidad**”³¹(el destacado es nuestro).

A juicio nuestro, esta solución tiene, a primera vista, todos los elementos necesarios para dar una solución al problema probatorio, pero ahora analizaremos uno por uno los puntos que fueron expuestos.

²⁸ STITCHKIN, BRANOVER, David, “*El Mandato Civil*”, Editorial Jurídica de Chile, año 1975, pág. 451

²⁹ ób. cit, pág.452.

³⁰ Ibídem.

³¹ Ibídem.

-En primer lugar, se señaló que al mandante sólo le basta probar la existencia del contrato y los perjuicios del incumplimiento de éste, esto también se aplica en caso de cumplimiento parcial. En el mismo sentido se afirmó que el mandatario podía exonerarse de responsabilidad probando la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Por lo que la crítica que hacemos acá es ¿qué ocurre con las obligaciones de medios?, ¿Qué ocurre en los casos que no hubo de por medio consentimiento informado?³²

-En segundo lugar, se señala que hay obligaciones ajenas a todo deber contractual que exigen un deber de diligencia y cuidado (culpa grave), y que es el mandante quien debe probar en este caso, la falta de cuidado necesario. Acá la interrogante es ¿se aplica el estatuto de culpa grave cuando el médico obra sin consentimiento informado previo?

1. g. Necesidad de introducir normas de naturaleza propia al Código Civil

Encontramos por parte de la doctrina ciertos planteamientos realizados, para dar solución a esta problemática.

El primero es el profesor Enrique Barros quiense basa en artículos que ya señalamos, que a juicio nuestro no solucionan el problema, y señala respecto al artículo 1698 y artículo 1547 Inciso 3 del Código Civil:

“Conforme a los cuales, cumplida la carga de probar la existencia de la obligación contractual por el acreedor, el deudor debe probar su cumplimiento o el caso fortuito; y si no lo logra, el incumplimiento se presume culpable. Estas normas operan sin dificultades respecto de las obligaciones de resultado, pero plantean dificultades de aplicación en el caso de las obligaciones de medios, como típicamente ocurre con los profesionales”³³

³²Esto se abordado nuevamente, cuando desarrollemos el próximo capítulo, específicamente a la entrada en vigencia de la ley 20.584 de los derechos y deberes del paciente.

³³ BARROS BOURIE, *óp.cit*, pág. 659.

“La pretensión del demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por probada la conducta invocada por el médico como un acto extintivo de la obligación no ha observado los estándares de cuidado requerido”³⁴

Este planteamiento hace expresa referencia a una aceptación de la existencia de una obligación de medio, cumpliendo su reconocimiento y haciendo aplicación del precepto anterior, a pesar de aquello, cumple con el objetivo solucionar el problema que hemos que se presenta en el régimen probatorio en la responsabilidad civil médica, por lo tanto ante la visión del profesor Barros, no nos queda seguir manteniendo la idea de la necesidad de crear un régimen especial que sea capaz de analizar y solucionar los conflictos que se presenten caso a caso, ante el incumplimiento de las prestaciones médicas.

Por su parte, el profesor Hugo Cárdenas plantea la siguiente posibilidad para terminar con el problema probatorio. En primer lugar comienza proponiendo un replanteo al artículo 1547 del Código Civil.

Concluyendo lo siguiente:

“Parece estar refiriéndose únicamente a la culpa en contratos que contienen obligaciones determinadas de dar”³⁵

Por la conclusión del profesor Cárdenas, la problemática de la responsabilidad se encuentra fundamentado por la naturaleza de la prestación que se refiere el artículo 1547 del Código Civil.

De lo planteado por el profesor Cárdenas, nuevamente toma más fuerza la idea de introducir normas relativas a las prestaciones médicas en el Código Civil, con el fin de establecer claramente la responsabilidad civil médica en nuestro ordenamiento jurídico.

Acá se advierte que el problema no deviene de la responsabilidad en cuestión, sino que en la naturaleza de la prestación, y esto no deja de llamar la atención por cuanto, este es otro motivo para creer que se debe implementar ciertos preceptos de normativa propia de la Responsabilidad Civil Médica.

³⁴BARROS BOURIE, *Ibidem*, pág. 660.

³⁵CARDENAS VILLARREAL, *ób.cit*, pág. 54

Continuando con las conclusiones del autor, éste señala:

“En el moderno planteamiento de la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultados, el criterio ordenador es precisamente la distribución de la carga probatoria, así, **en caso de encontrarnos ante una obligación de resultado incumplida, la culpa se presume;** y en caso de encontrarnos ante una **obligación de medios, la culpa no podrá presumirse y deberá ser soportada por el acreedor**”³⁶(el destacado es nuestro).

De lo recién planteado, el profesor Pizarro Wilson responde, sosteniendo:

“No puede, **tratándose de una obligación de medios, disociarse el incumplimiento de la culpa en las obligaciones de medios.** Como se ha indicado es una certidumbre que el artículo 1547 inc3° CC. Contempla una presunción de culpa, en el entendido que **corresponde al deudor probar la diligencia para exonerarse de responsabilidad. Fuera de la hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, el deudor sólo puede liberarse de responsabilidad probando que fue diligente**”³⁷(el destacado es nuestro)

Incluso más; agrega:

“Al calificar la obligación contractual como de resultado se instaura una genuina responsabilidad objetiva en sede contractual”³⁸

A este planteamiento del profesor Carlos Pizarro, el profesor Cárdenas responde:

“Se nos hace muy difícil aceptar (...) que el artículo 1547, inciso 3, se aplique sin problemas a unas obligaciones que no pudieron estar en mente del legislador (obligaciones de medios) y, por el contrario, no se aplique o presente problemas de aplicación respecto de las obligaciones más comunes en la época del codificador y en relación a las cuales seguramente fue diseñado (las de resultado)”³⁹

Agrega:

“Si se considera aplicable en el art. 1547 del CC a las obligaciones de resultado, en ningún caso podría pensarse que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva. Y que sería curioso – por

³⁶ CARDENAS VILLARREAL, ób.cit. pág 64.

³⁷ PIZARRO WILSON, Carlos, La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, Revista de Derecho, vol. XXXI, Valparaíso 2008, pág. 263

³⁸Ibidem.pág. 263

³⁹ CARDENAS VILLARREAL, óp.cit. pág. 69.

decir lo menos- que se fundamente un régimen sin culpa en el inciso tercero (3º) de un artículo, cuyo inciso primero (1º) recepciona, precisamente, el principio de la tripartición de las culpas”⁴⁰

Según lo expuesto por los dos autores, podemos desprender que según el profesor Cárdenas, la carga probatoria la tiene el deudor (médico), agregando que, en el escenario de calificar la obligación contractual como obligación de resultado, estaríamos frente a un caso de responsabilidad objetiva⁴¹.

La solución del profesor Cárdenas nos parece coherente, considerando que nuestro planteamiento siempre ha sido estar contrarios a establecer un sistema de responsabilidad objetiva en contra del facultativo, por no encontrarse expresamente regulado por el legislador, tanto el contrato de prestaciones médicas, como también la responsabilidad emanada de la actividad médica.

De la solución del profesor Pizarro Wilson, creemos que la solución de la problemática de la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica, en la cual se apoya principalmente a la aplicación de las normas del mandato, el cual parece tener sustento suficiente para abrirnos a aceptar tal idea. Sin embargo, consideramos que su fundamentación se debilita, al ser partidario de la aplicación de la presunción de culpa del artículo 1547, Inciso 3 del Código Civil, por cuanto hay diversos factores ajenos al facultativo, que podrían llegar a provocar el cumplimiento tardío o parcial de la obligación que tiene con el paciente, y que consideramos razones suficientes para pensar que no sería equitativo aplicar tal presunción.

1. h Nueva perspectiva de la Jurisprudencia

En una sentencia reciente, dictada por la Corte Suprema, con fecha 6 de junio de 2013⁴², en que se dedujo recursos de casación en el fondo y forma, podemos observar los criterios jurídicos que ha recogido este tribunal en relación al problema que nace de la

⁴⁰ CARDENAS VILLARREAL, óp.cit, pág. 70.

⁴¹Sólo a modo de conclusión.

⁴²Causa rol 5884-2012, caratulado “TreizmanSacks Lucy y otros c/ Erazo Reyes Rodrigo”, dictada el 6 de Junio de 2013.

naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica.

Esta sentencia es la que se presentó en la causa “TreizmanSacks Lucy y otros c/ Erazo Reyes Rodrigo” en la cual, la Corte Suprema conoció de una demanda por responsabilidad contractual y en subsidio en sede extracontractual, en contra del médico psiquiatra Rodrigo Erazo Reyes, y demanda por responsabilidad extracontractual en contra de la Clínica Las Condes S.A.

En el considerando cuarto señalaron: “La relación que une a doña Lucy Treizman con el psiquiatra Dr. Erazo Reyes, deriva de un contrato médico, en la especie de tracto sucesivo y que comprende una evaluación de los síntomas, su diagnóstico y tratamiento, los sentenciadores (...) estimaron que en el ejercicio del acto médico, el profesional se obliga a emplear todos sus conocimientos y medios suficientes y disponibles con el objetivo de precaver, diagnosticar, tratar y curar la enfermedad. Conforme con ello, determinaron que la culpa de la que responde el médico se origina por no haber empleado los medios suficientes para el propósito encomendado o no haber sido diligente o prudente en tomar todas las precauciones que hubieran evitado el daño. No obstante lo anterior, también consideraron que el médico está obligado a cumplir 3 obligaciones de resultado: el deber de información, la obligación por los materiales y productos y la obligación relativa a los exámenes y análisis simples, ya que los diagnósticos y resultados están sujetos a la interpretación del profesional acerca de su alcance y posibles efectos, y que en relación a la obligación de medios, el profesional debe atenerse a su *lex artis*, que impone los deberes de seguir los progresos de la ciencia; mantener una práctica adecuada de los protocolos; obedecer las reglas generalmente admitidas por la ciencia y el arte de la salud especializada a la cual se dedica; conocer sus personales limitaciones frente al acto que debía realizar; y mantener una observancia del reglamento destinados a normar las acciones de salud, los protocolos médicos quirúrgicos etc.”.

“lo censurable es haber emitido un diagnóstico sin someter a la paciente a todas las pruebas clínicas y médicas indispensables que debían efectuarse para tener certeza en la calificación de la enfermedad- y haber perseverado en el mismo, sin haberla sometido a nuevas evaluaciones, no obstante haber transcurrido en exceso el plazo predecible para la manifestación de los síntomas de la enfermedad, limitándose a controlar su estado a través de llamados telefónicos sin prodigarle una atención personalizada y directa, más aún cuando la enferma y su entorno familiar se encuentran severamente afectados, todo lo cual evidencia el actuar negligente del demandado, infringiendo la *lex artis* médica”. Agregando en este sentido “tal actuar del demandado no puede

justificarse en el hecho que la paciente no concurriera periódicamente a los controles médicos del demandado, por cuanto era su médico tratante y el encargado de despachar las recetas de los medicamentos prescritos siendo, por ende, responsable de los nulos avances de la paciente.”

Antes el recurso de casación en el fondo esgrimido por el médico, los sentenciadores sostuvieronlo siguiente “resulta patente que la infracción denunciada en relación, a los artículos 2158 N°1, 1552, 1557 y 2329, todos del Código Civil, sustentada por un lado, en el supuesto incumplimiento de los demandantes, atendido que la paciente asistió en escasas oportunidades a la consulta médica privada del facultativo, situación que no permitiría constituir en mora al deudor y tornaría aplicable la excepción de contrato no cumplido, y por otro, en el actuar plenamente ajustado a la *lex artis* medica del facultativo demandado, que impediría el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el demandado en virtud del contrato de prestaciones médicas, descansa sobre la base de hechos que la sentencia no ha dado por acreditados, desde que por la misma se ha estimado lo contrario, esto es, que el facultativo no dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales para con la paciente doña Lucy Treizman y que su actuar no se ajustó a la buena praxis médica y se ejecutó sin emplear la diligencia debida en el diagnóstico y tratamiento aplicado, manteniéndolo a lo largo de los años no obstante que la enfermedad no evolucionaba conforme los efectos esperados, impidiéndole su pleno desarrollo en diversos ámbitos, ocasionándole daños que deben ser compensados”.

Finalmente se rechazaron los Recursos de Casación en el fondo y la forma interpuestos por el médico.

De lo anterior podemos visualizar que el máximo tribunal hizo una distinción de las obligaciones contraídas por el médico con el paciente. Destacando principalmente dos. La primera obligación que nace es una de medios, según lo dicho “el profesional se obliga a emplear todos sus conocimientos y **medios suficientes** y disponibles con el objetivo de precaver, diagnosticar, tratar y curar la enfermedad”, ósea, es el médico quien debe tomar todas las consideraciones necesarias para evitar el daño en el paciente. Y la segunda, que es una obligación de resultados “**el médico está obligado a cumplir 3 obligaciones de resultado: el deber de información, la obligación por los materiales y productos y la obligación relativa a los exámenes y análisis simples**”

Para efectos de este capítulo, rescatamos la clasificación que hace la Corte, en relación a la obligación que tiene el médico con su paciente, específicamente al cómo desenvuelve en el ejercicio de la profesión, durante la actuación médica⁴³.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato médico, creemos que es la sentencia que marca precedente al señalarse “es dable precisar que **el contrato médico no está definido en ley alguna**, pero la doctrina nacional lo ha conceptualizado como **aquel que entraña para el facultativo una obligación de hacer y para el paciente una obligación de dar, el primero se obliga a prestar sus servicios y el segundo a remunerarlos**; que en cuanto a su **naturaleza es sui generis, con rasgos de mandato y de arrendamiento de servicios, y como característica se tiene que tal contrato puede ser de ejecución instantánea o sucesiva**”.

De lo expuesto, rescataremos los puntos más relevantes:

- a. El contrato médico no tiene definición legal y tampoco existe alguna noción de ella por parte de la ley.
- b. Impone una obligación de hacer por parte del médico y una obligación de dar (remuneración) por parte del paciente.
- c. Tiene una naturaleza *sui generis*, por contener normas del mandato, del arrendamiento de servicio y que puede ser de ejecución instantánea o sucesiva.

Por lo que planteamos que el legislador debe regular los siguientes puntos.

- a. Dar una idea de qué se entiende por contrato médico.
- b. Establecerlo como un contrato dentro de un cuerpo legal.
- c. Determinar detalladamente las obligaciones de las partes, y dando principalmente énfasis en las obligaciones del médico.

Por esto, es que creemos que el contrato médico requiere de un urgente tratamiento legal, preferentemente en el Código Civil, por ser el cuerpo legal por excelencia en la regulación de contratos, que a su vez lleva una regulación de la actividad médica, la

⁴³ Lo referente al Consentimiento informado será tratado en el próximo capítulo.

responsabilidad del médico, sus eximentes, agravantes, solución de la carga probatoria y todo lo concerniente a la regulación del contrato de prestaciones médicas en general.

2. Problemáticas del Consentimiento Informado y su Evolución en la Legislación Chilena

2. a. Situación anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.584 “Sobre los derechos y deberes del paciente”

2 .a.1 Nociones básicas

Para poder desarrollar las problemáticas que se presentan en el consentimiento informado, debemos dar una definición de éste. Para ello, nos remitiremos al artículo 3 de la ley 41/2002 de España, que define al 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”

2. a.1. a. Momento en que se debe que otorgar

En cuanto a definir el momento de entregar información, una buena alternativa a considerar es la:

“que establecida por la demanda de información de parte del paciente (el destacado es nuestro) y al mismo tiempo por la necesidad que tiene el médico de proporcionarle aclaraciones relevantes para sudiagnóstico, procedimiento o tratamiento.

Cuando **el paciente está en contacto cotidiano con su médico** tratante (ya sea por hospitalización por un tratamiento ambulatorio cotidiano) es deseable que la **entrega de información, por parte de éste, sea diaria y quede registrada en la ficha clínica** como un elemento más a considerar en dicho documento.

El proceso del consentimiento, además de **la firma de un formulario, se debe realizar ante cada intervención que suponga la acción directa del personal de salud sobre los pacientes**, ya sea un procedimiento (exámenes), como de un tratamiento, o una

intervención de mayor magnitud (cirugía).

La entrega de información toma su tiempo, en especial, si lo que se pretende con ella es que el paciente comprenda cabalmente la situación en la que se encuentra, los tratamientos que le ofrecen, las alternativas que tiene y los riesgos que corre.

La urgencia por despachar luego al enfermo provoca, muchas veces, que el proceso del Consentimiento Informado se transforme en un acto con dos interlocutores que no se implican en absoluto, donde la firma de un formulario se transforma en el fin fundamental⁴⁴

2. a.1. b. Participantes en el otorgamiento del consentimiento informado

En principio son 2 las personas que intervienen:

- a) El médico;
- b) El paciente.

Pero existen situaciones en que hay más intervinientes en la entrega del consentimiento informado, y son.

- La familia
- El equipo médico
- Institución en que el paciente esté internado o recibiendo atención⁴⁵

2. a.1. c. Intervención de cada uno

Como mencionamos en los párrafos anteriores, en principio es el médico quien debe conseguir el consentimiento informado del paciente. Ahora debemos ponernos en el caso en que el paciente está en un estado grave, situación que le impide otorgarlo. En ese contexto, interviene en primer lugar la familia del paciente. La razón es sencilla, por

⁴⁴“El consentimiento informado”, Consultado en <http://etica.uahurtado.cl/documentos/documentos/consentimiento_informado.pdf>, [01 de Junio de 2013]

⁴⁵ Cuando nos referimos a “institución” incluimos tanto a Hospitales público de la AMS, como a clínicas particulares.

un tema social y jurídico son las familias quienes deben otorgarlo, ya que, al dar el consentimiento informado, quedan totalmente desligadas de responsabilidades, pasando a ser un tema ajeno al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la intervención del equipo médico no merece mayor ahondamiento, por cuanto interviene de igual forma fue el médico, es decir, conseguir el consentimiento del paciente o su familia.

La intervención de la institución sólo podrá proceder en casos calificados, es decir, cuando el paciente llegue en estado crítico y, la intervención médica sea de urgencia tal, que no se pueda esperar otorgamiento de éste.

2. a.1. d. Información que se debe entregar⁴⁶

- a) Sobre qué se está pidiendo consentimiento (qué es lo que se va a hacer)
- b) Para qué se va a hacer el procedimiento o tratamiento (objetivos claros)
- c) Qué se espera obtener como resultado (beneficios esperados)
- d) Cuáles pueden ser los riesgos que se corre (riesgos más frecuentes y más graves)
- e) Qué alternativas existen a lo que se está proponiendo (alternativas disponibles)
- f) Qué ocurriría (clínicamente) si el paciente decide no acceder a lo que se le ofrece (riesgos de no tratarse o aceptar un procedimiento)
- g) Qué hacer si necesita más información (a quien preguntar, dónde y cómo, información completa y continuada)
- h) Qué hacer si cambia de idea frente al consentimiento otorgado o rechazado (revocabilidad)

2. a.1. e. Consideraciones del tema por parte de la doctrina

⁴⁶“Consentimiento informado” ób.cit. pp. 3-4

Una vez hecha las aclaraciones correspondientes, como lo dice el profesor Cárdenas, el consentimiento informado **constituye una exigencia de la *lex artis*** para llevar a efecto la actividad curativa⁴⁷

Para poder realizar un análisis de las problemáticas que se derivan del consentimiento informado, es necesario aclarar ciertos matices.

Antes de comenzar con el estudio en detalle del consentimiento informado, nos referiremos a los que se han catalogado como ciertos “principios”⁴⁸. Estos están basados en requisitos o exigencia mínimas que no pueden ser omitidos al momento de prestarse el consentimiento al médico.

Haremos un recuento de éstos⁴⁹

a.- No se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento ilustrado y libre del interesado, a menos que la autorización pueda ser razonablemente obtenida y, además, la operación o tratamiento se imponga como una necesidad médica o en razón de un peligro inmediato.⁵⁰

b.- La información que el médico debe entregar al paciente de ser comprensible y suficiente para que éste pueda adoptar una decisión razonada⁵¹

c.- El deber de información es completado por el deber de consejo, que supone recomendar un camino de acción de conformidad con el estado del arte médico, incluso en contra de la opinión del paciente.⁵²

⁴⁷ CARDENAS VILLAREAL Hugo, Responsabilidad Médica estándares jurisprudenciales de la falta de servicio, pág 239

⁴⁸ BARROS BOURIE, Òb.cit. pág. 682

⁴⁹ A modo enunciativo, no taxativo.

⁵⁰Ibídem.

Un ejemplo claro, es el caso de una mujer que acude a un centro de estética, a realizarse una operación para rebajar el volumen de su nariz. El médico en este caso debe señalarle el proceso doloroso que significa el período post-operatorio. Caso contrario, si el paciente llega de un accidente grave, es poco probable que éste pueda dar su consentimiento, dada las circunstancias del caso. En resumen, como señala el autor, un deber de cuidado con el paciente.

⁵¹Ibídem.

⁵² Ibídem

d.- Para que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión⁵³.

En este aspecto es que el profesor De la Maza Gazmuri señala que debemos tener claras ciertas afirmaciones respecto al consentimiento informado, que son las siguientes.

-El consentimiento informado de un paciente es un requisito jurídico de las actuaciones médicas⁵⁴

-El fundamento del consentimiento informado como requisito de una actuación médica es la protección de la autonomía o autodeterminación de los pacientes.

-Tratándose de actuaciones médicas, generalmente lo que prima es el contrato⁵⁵⁶

De estas afirmaciones podemos dilucidar que se tiende a proteger al paciente, y que el médico toma una posición tanto de deber/obligación con el paciente.

2. a.2.a Supuestos del consentimiento informado

El profesor De la Maza Gazmuri, antes citado, hace una distinción de los supuestos de responsabilidad, que creemos totalmente pertinente revisar.

En primer lugar nos plantea la idea que la observancia del médico (su actuación de deber con el paciente) debe sujetarse a la *lex artis* en 4 aspectos principales, que a su vez se pueden clasificar en 2 grupos:

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “*Consentimiento informado y relación de causalidad*,” Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 127

⁵⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, Ób.cit, pp 75-111 al afirmar que prima el contrato, la responsabilidad de los médicos se mira en sede extracontractual, citando además la sentencia del Ministro Beraud, en la cual se condenó en sede extracontractual, por el hecho de que el ministro prestó el consentimiento para ser operado el lado de la cadera que presentaba problemas físico, y en la cual los médicos operaron al otro lado.

⁵⁶ DE LA MAZA GAZMURI, Ób.cit, pág. 129

a. Supuestos sencillos

a.1. Cumplimiento del deber de informar y *praxis* médica negligente

a.2. Cumplimiento del deber de informar y *praxis* médica según las exigencias de la *lex artis*

b. Supuestos complejos:

b.1. Incumplimiento del deber de informar y *praxis* médica negligente

b.2. Incumplimiento del deber de informar y *praxis* médica según las exigencias de la *lex artis*.⁵⁷

La importancia de esta clasificación cobra sentido cuando debemos realizar un juicio de la actuación del médico con el paciente, y esto se traduce, jurídicamente, a cuándo estamos en presencia de responsabilidad extracontractual por parte del médico, ante el incumplimiento de obtener el consentimiento informado del paciente.

Análisis de los Supuestos

2. a.2.b Supuestos sencillos

En el primero de los supuestos, la cuestión parece no presentar problemas, por cuanto el médico cumplió con su deber de informar al paciente, y cuando nos referimos a informar, hacemos alusión a informarle sobre los riesgos de una operación, una opinión fundada y empírica del porcentaje de éxito de la intervención quirúrgica (cuando así sea el caso), etc. Por lo que el médico *prima facie* no tendría responsabilidad, salvo que posteriormente se demuestre alguna negligencia en algún procedimiento médico.⁵⁸

⁵⁷ DE LA MAZA GAZMURI, *Òb.cit*, pág. 130

⁵⁸ En este punto no profundizaremos, por cuanto implica un análisis *ex-post* de la conducta del médico. El análisis del consentimiento informado nos parece más un análisis *ex-ante*, aunque esto no es totalmente categórico.

Respecto del segundo supuesto de este primer grupo, es decir, el cumplimiento de informar y *praxis médica* según las exigencias de la *lex artis*; el médico no tendría responsabilidad alguna, haciendo un análisis *ex-ante* o uno *ex-post*, y la razón es sencilla. El médico cumplió, en primer lugar, con el deber de informar y, por consiguiente, obtener el consentimiento informado del paciente, y en segundo lugar, no tendría responsabilidad en el ejercicio en sí de la profesión, toda vez que realizó la conducta esperada; es decir, sólo habría una obligación de medio en este sentido, que ya fue analizado en el capítulo anterior.

2. a.2.c. Supuestos complejos

Como enunciamos anteriormente los supuestos⁵⁹, ya revisamos que los simples, había consentimiento informado y que cualquier responsabilidad o culpa del facultativo, debía ser analizado de manera *ex-post*, o sea, posterior al cumplimiento del deber de pedir el consentimiento del paciente.

El tema del consentimiento informado cobra relevancia, dado que los 2 supuestos complejos suponen derechamente la falta de consentimiento informado. Sin embargo, nos centraremos específicamente en el primero de los supuestos complejos, porque creemos que el segundo tiene que ser tratado por el lado del Derecho Penal, área del Derecho en que no nos enfocaremos para el desarrollo de este trabajo.

2. a.2.d. Incumplimiento del deber de informar y *praxis* médica negligente

Comenzando con el análisis de los supuestos complejos y, como lo habíamos señalado, estos implican derechamente la falta de consentimiento informado, la distinción radica que en uno hay *praxis* médica negligente y en la otra *praxis* médica según las exigencias de la *lex artis*.

Al partir con el estudio de tópicos de los supuestos complejos, dejaremos en claro que nos basaremos casi exclusivamente en lo señalado por el profesor De la Maza Gazmuri,

⁵⁹ DE LA MAZA GAZMURI, *Òb.cit*, pp. 130-131

porque creemos que es el catedrático que da mayor énfasis y profundidad al tema. Sin embargo, repararemos en ciertos puntos cuando sea necesario.

Nos encontramos en la situación en que el médico ejecuta el procedimiento médico sin la autorización del paciente (consentimiento informado) y, lo hace de manera defectuosa, según los estándares de la *lex artis*. El panorama resulta complejo, dada la relación de causalidad que debe existir, entre la conducta del médico y el daño provocado. En este sentido el profesor De la Maza Gazmuri plantea 2 problemas fundamentalmente⁶⁰.

-El primero, es la complejidad de vincular la falta de consentimiento informado al daño causado por la defectuosa ejecución de la prestación médica.

-El segundo y relacionado con el primero, es que si el vínculo causal no se establece con ese daño ¿entonces con cuál?

En este sentido, el profesor García Rubio afirma:

“Cuando el profesional sanitario incurre **en negligencia en su actuación técnica, la eventual omisión o defecto en la información suministrada** al paciente pasa prácticamente desapercibida o, cuando menos, no alcanza autonomía **para justificar por sí sola una reclamación de daños** que encuentra, en general, **su fundamentación en la violación de la *lex artis***”⁶¹(el destacado es nuestro).

En principio, parecería suficiente justificar la reclamación de daños en la violación de la *lex artis*. Sin embargo, a nuestro parecer esto sería una especie de responsabilidad objetiva que como analizamos anteriormente, se da en casos excepcionales en nuestra legislación.

Un ejemplo sería, “llega un paciente a la clínica; el médico obtiene el consentimiento informado para operarlo por una fractura expuesta; el médico realiza la inmovilización y comienza con la operación para poder dejar fijo el hueso; además de realizar la curación correspondiente (incluyendo su equipo médico). Pero, no se percató que además tenía una mal formación en la tibia, en la cual si no se operaba de forma inmediata, podría tener consecuencias gravísimas para recuperación de su fractura, por lo que el médico realiza en primer lugar el procedimiento médico en relación a la fractura y

⁶⁰ DE LA MAZA GAZMURI, Òb.cit, pág.132

⁶¹Ibídem.

simultáneamente en la operación, soluciona la malformación encontrada anteriormente no de la forma señalada según los procedimientos médicos, en vez de usar el bisturí para extraer la malformación, utiliza una tijera (que no era bajo ningún momento lo indicado según los usos médicos), y el paciente fallece por muerte por haber consumido cocaína horas antes”.

En este ejemplo el médico no obtuvo el consentimiento informado de acuerdo a la exigencia de la época⁶², acto seguido actuó de forma negligente ante los estándares de la *lex artis*, pero el paciente muere, pero no por causa del actuar negligente del médico, si no que por un acto ajeno a las 2 negligencias del médico, por lo que habría que preguntarse.

¿Es razón suficiente que el médico no haya obtenido el consentimiento informado, que haya actuado de forma negligente de acuerdo a la *lex artis* y se le pueda imputar⁶³ la responsabilidad por la muerte del paciente?

En razón a lo afirmado por el profesor García Rubio, sí podría imputarse responsabilidad al médico, ya que, sólo bastaría probar en primer lugar que el médico no obtuvo el consentimiento informado del paciente como debía y en segundo lugar que haya actuado de forma negligente de acuerdo a la *lex artis*.

A juicio nuestro, discrepamos lo afirmado anteriormente por el profesor García Rubio. (Nuestra posición no la sostendremos del punto de vista de la responsabilidad contractual, porque como previnimos en el primer capítulo, tanto la doctrina y como la jurisprudencia, dieron por superada la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Civil Médica, encuadrándola dentro de la Responsabilidad Extracontractual).

Para que una persona sea responsable en sede Extracontractual, debe cumplirse 4 requisitos copulativos:

- a. El daño;
- b. Un daño imputable: la culpa o dolo;
- c. La relación de causalidad entre el dolo, la culpa y el daño; y

⁶² Recordar, que no había norma expresa que regulara el consentimiento informado del paciente.

⁶³ Siempre hablando en sede civil.

d. Capacidad delictual.

a. El daño

El daño moral se ha definido como “el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos en el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes o más cercanos⁶⁴”. En la situación del médico, en este sentido sí habría daño moral, porque si bien el paciente fallece, son sus familiares quienes pueden fundamentarlo en caso de que reclamen la responsabilidad del médico en sede extracontractual.

b. Daño imputable

Para que el daño sea imputable (moral) se requiere además que éste sea provocado por culpa o dolo. El dolo debe analizarse de acuerdo al artículo 44 del Código Civil que señala:

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Mientras que la culpa debe analizarse según lo que se desprende del artículo 44, que señala que cuando no se señale el tipo de culpa aludido (grave, leve o levísima) se considerará como culpa leve, esto en relación al artículo 2324 del Código Civil en relación al libro IV del Título XXXV “de los delitos y cuasidelitos”, señalando:

“(…)O por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”.

En este segundo requisito de la Responsabilidad Extracontractual, también habría responsabilidad por parte del médico, debido a que en el ejemplo anterior, señalamos que actuó culpablemente al no seguir los protocolos establecidos para esa situación.

c. Relación de causalidad entre la culpa y el daño.

Esto se traduce en que la culpa (en este caso) sea el causante del daño moral, o sea que de no mediar el dolo o la culpa, el daño moral no se hubiese producido.

Ahora es que veremos cómo se sustenta nuestra posición, porque de lo anterior se derivan dos consecuencias⁶⁵

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de Junio de 1973, “revista de Derecho y jurisprudencia”, pp. 65-67

⁶⁵ ORREGO ACUÑA, *Ob.cit*, pág. 9

-La responsabilidad no recaerá en el demandado, cuando el daño sea imputable por culpa de la víctima. Esta exención puede ser total o parcial; será total cuando la culpa de la víctima excluya la del demandado; y parcial cuando la culpa de ambos provoque el daño, atenuando la responsabilidad

-Si el daño es indirecto, por regla general no es indemnizable. Entre más se aleja el daño del hecho inicial que lo originó, más difícil resulta establecer una relación de causalidad.

Creemos en este punto que la afirmación del profesor García Rubio, que es seguida por el profesor De la Maza Gazmuri, queda sin sustento, porque precisamente no se cumple uno de los requisitos **copulativos** de la responsabilidad extracontractual, que es la relación causal entre la culpa y el daño moral en este caso, dado que el motivo de la muerte fue por culpa del paciente y, por ende, hay una exención total de la responsabilidad, aun cuando el médico-demandado haya incumplido el deber de obtener el consentimiento informado y el deber de actuar de manera diligente en conformidad a la *lex artis*.

d. Capacidad Delictual

En este punto no haremos comentario, por cuanto ya bastó el incumplimiento de unos de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, para demostrar la falta de sustento de la tesis de la doctrina⁶⁶

2. a.2. e. Evolución Jurisprudencial del Consentimiento informado

Supuestos complejos y su desarrollo en la jurisprudencia

A continuación daremos la visión que tienen los tribunales nacionales cuando existe una omisión por parte del médico, para solicitar el consentimiento informado del paciente.

En la causa “Avendaño Carrasco con Dr. Herrera Otto”, el tribunal realizó un análisis tanto de la profesión del médico como a la falta de consentimiento informado, considerando lo siguiente:

⁶⁶ De La Maza y García Rubio en especial.

“de acuerdo a los principios suficientemente conocidos si el acreedor-paciente se encuentra jurídicamente habilitado para exigir de su médico-deudor que despliegue las actividades y habilidades que su título profesional manifiesta para curar o aliviar los malestares que padece (en los cuales está incluida el consejo e información), y si ello finalmente no se cumple por el médico, forzoso es concluir que la infracción debe estimarse imputable al deudor, sin perjuicio de la prueba de la diligencia o cuidado que pueda aportar en el proceso respectivo para exonerarse de toda la responsabilidad”⁶⁷

De lo expuesto por los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Concepción, creemos que se realiza un análisis ex-ante, ya que se recalca del fallo que:

“si ello finalmente no se cumple por el médico, forzoso es concluir que la infracción debe imputarse al deudor.”⁶⁸

Por lo que el médico, sólo podrá exonerarse de responsabilidad, demostrando en algún sentido, que actuó bajo los estándares de la *lex artis*.

Otro caso en que los tribunales se pronunciaron a la falta de consentimiento, tuvo lugar en el juicio entre Beraud c/ Elgueta y otros⁶⁹. En este caso ocurrió que se intervino quirúrgicamente la cadera del señor Beaud, que era la equivocada, y cuando el equipo médico se percató de esta situación, operaron acto seguido la otra cadera, el tribunal se pronunció al respecto señalando:

“en el transcurso de la referida intervención original a la cadera izquierda, el equipo médico se percató del error en que se estaba incurriendo, habiéndose decidido continuar hasta su término la operación de la cadera izquierda, para continuar posteriormente con la intervención de la cadera derecha, que era la única que se había programado y la única con indicación quirúrgica”⁷⁰

Agregando.

“respecto de la segunda intervención a la cadera derecha no se solicitó el consentimiento de la cónyuge del paciente lo que era estrictamente necesario dado el estado de inconsciencia del señor Beraud, a raíz de la dosis de anestesia, lo que lógicamente le impedía entender claramente la

⁶⁷ Avendaño Carrasco c/ Dr Herrera Otto, CA Concepción, 13.11.2001, rol 273-2000.

⁶⁸ Avendaño Carrasco c/ Dr.Herrera Otto. Ób.cit

⁶⁹Beraud c/ Elgueta y otros, CA Santiago, rol 43.556-1993

⁷⁰Beraud c/Elgueta y otros, ób.cit.

situación clínica planteada.”⁷¹

En esta sentencia, el profesor Cárdenas le dio un análisis enfocado a que:

“la corte parece restar validez al consentimiento prestado por un paciente que pueda encontrarse bajo los efectos de la anestesia”⁷².

A nuestro entender el tribunal no le resta validez al consentimiento informado, sino que al contrario, toda vez que al no poder obtener el consentimiento informado directamente a través del paciente, éste debe ser obtenido por el familiar más cercano, en este caso, la cónyuge. Aún más, el mismo tribunal destaca que hubo ausencia de consentimiento informado, porque el equipo tampoco se lo solicitó a la cónyuge, que en este caso debía ser quien tenía que entregarlo, por el evidente estado del paciente.

Existe otro caso pronunciado por los tribunales nacionales en la causa “Fuentes Richard c/Servicio de Salud de Concepción”, sin embargo, éste tiene la particularidad de que existió una doble falta por parte del médico a la *lex artis*. El tribunal en la parte considerativa de la sentencia señala:

“la extracción de tejido mamario se efectuó sin conocimiento ni consentimiento de la actora ni existió un diagnóstico previo que determinara la necesidad de esa operación, estableciéndose posteriormente que la tumoración grasa era benigna.”

Agregando:

“la deficiente prestación del servicio (...) estuvo dada fundamentalmente porque fue sometida a una intervención quirúrgica distinta a la programada (...) De este modo la actora sufrió la intervención de su mama derecha sin razón suficiente que la justificara, quedando en ese lugar con una notoria cicatriz, y, lo que es peor, se actuó **sin conocimiento ni el consentimiento de la demandante**, el que era de suyo necesario, porque nadie puede disponer o invadir la intimidad personal de otro, como es su cuerpo o parte de él, ni disponer de derechos ajenos sin la autorización de su titular, como lo es el derecho a elegir el médico de su confianza o el establecimiento en que quiere atenderse.”⁷³

⁷¹Beraud c/ Elgueta y otros. Ób.cit.

⁷² CARDENAS VILLAREAL ób.cit.pág.95.

⁷³Fuentes Richard c/ Servicio de Salud de Concepción, rol 757-2006

Como anticipamos en este fallo, ocurrió una doble negligencia del facultativo, en primer lugar hubo falta de consentimiento informado de la paciente, y en segundo lugar, hubo un daño derivado de la falta de éste, por lo que se suma que no actuó de acuerdo a los estándares exigidos por la *lex artis*.

Luego de exponer las sentencias citadas, nos podemos dar cuenta que los tribunales han sido enfáticos en recalcar la necesidad de que el paciente preste el consentimiento informado, con conocimiento de lo que la intervención médica implica. Sin embargo, en ninguno de los fallos pudimos observar que los tribunales se hayan remitido a alguna norma legal expresa, por lo que el tema del consentimiento informado quedaba a manos del criterio del juez, para evaluar la Responsabilidad Civil del médico.

2. a.3. Jurisprudencia actual del consentimiento informado.

En la sentencia revisada con fecha 5 de junio de 2013, la Corte Suprema rechaza los recursos de casación en el fondo y en la forma, interpuestos por el Dr. Rodrigo Reyes Erazo contra la demanda interpuesta por Treizman Sacks Lucy y otros.

Lo relevante de este fallo, es el razonamiento que hicieron los sentenciadores, el cual sostuvieron:

“No obstante lo anterior, también consideraron que el médico está obligado a cumplir 3 obligaciones de resultado: el deber de información, la obligación por los materiales y productos y la obligación relativa a los exámenes y análisis simples, ya que los diagnósticos y resultados están sujetos a la interpretación del profesional acerca de su alcance y posibles efectos”

Podemos observar que la sentencia sienta precedentes, al establecer que el consentimiento informado tiene la naturaleza jurídica de ser una obligación de resultado, imponiéndola como requisito *sine qua non* conseguirlo por parte del médico, para su posterior actuación⁷⁴.

⁷⁴ Que puede ser obligación de medio o resultado, dependiendo la prestación médica, aunque en el caso concreto, era obligación de medios.

Por lo que apreciamos, que la jurisprudencia ha ido evolucionando, llegando al punto, que esta última sentencia expuesta, le da un carácter claro a la obligación de conseguir el consentimiento informado.

Aún así, queda otra interrogante, ¿Es suficiente para solucionar el problema del consentimiento informado? La respuesta a nuestro juicio es que no, por lo que a continuación profundizaremos, en la dictación de la nueva ley (del año 2012), para ver si podría llegar a solucionar el problema del consentimiento informado.

2. b. Entrada en vigencia de la Ley 20.584 “De los derechos y deberes del paciente” ¿La norma-solución de la problemática del consentimiento informado?

Esta ley fue publicada el 28 de abril del año 2012 y uno de los objetivos es proteger al paciente de la investigación científica, entre otros aspectos. Así lo manifiesta la historia de la ley, la cual no señala:

“Respeto de la autonomía frente a la investigación científica:

Desde el Código de Nüremberg hasta las declaraciones de la Asamblea Médica Mundial, muchas declaraciones y convenciones internacionales se han firmado. Aún así, siguen siendo necesarias las herramientas legales que hagan efectivo el respeto del derecho a no ser sometido a investigaciones científicas sin la información previa necesaria para un adecuado consentimiento.

Por la particular indefensión en que pueden encontrarse las personas frente a la investigación científica, especialmente durante su atención de salud, resulta necesario recoger las recomendaciones internacionales sobre la materia, que buscan proteger los derechos de las personas frente a los intereses que rodean a las investigaciones en seres humanos. La experiencia internacional nos ha mostrado cuán fácilmente se expone a los sujetos a riesgos y peligros innecesarios o desproporcionados.

Por lo anterior, el proyecto de ley, de manera breve, establece tres elementos básicos y necesarios. Por de pronto, **se consagra el consentimiento informado libre, expreso y exento de toda presión para participar en protocolos de investigación científica.** Enseguida, se consagran las facultades del Ministerio de Salud para reglamentar y regular

los aspectos necesarios para la actividad científica en Chile, respetando los criterios y exigencias éticas para que dichas actividades se desarrollen respetando los derechos de las personas que participan en ellos. Finalmente, se establece la facultad de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, en tanto Autoridad Sanitaria, para velar por el adecuado cumplimiento de dichas normas.”⁷⁵

Consagrándose 3 principios básicos

a- El otorgamiento del consentimiento informado del paciente, debe ser informado, libre, expreso y exento de toda presión a participar en protocolos de investigación científica.

b- Consagración de las facultades que tiene el Ministerio de Salud para reglamentar y regular los aspectos necesarios para la actividad científica en Chile⁷⁶

c- Se establece la facultad de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud⁷⁷, de velar por el cumplimiento de estas normas⁷⁸

Puntos relevantes en la ley:

Artículo 8°: “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 los siguientes elementos:

a) Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.

b) Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.

⁷⁵ “Historia de la ley 20.584”, consultado en < <http://www.leychile.cl/Navegar> > [10 de Junio de 2013]

⁷⁶ A nuestro parecer, este segundo principio podrá ser cumplido en la medida que el primer principio se considere requisito *sine qua non* del segundo.

⁷⁷ Actuando en su rol de la Administración Médica Sanitaria, que se mencionó en el primer capítulo.

⁷⁸ Este punto no reviste importancia para el estudio de la problemática del Consentimiento informado.

c) Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales.

d) Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución

Los prestadores individuales estarán obligados a proporcionar la información señalada en las letras a) y b) y en el inciso precedente”

Podemos visualizar que la ley es clara al comenzar a regular, qué información es la que se tiene que entregar por parte del facultativo al paciente.

En segundo lugar, el artículo 14, tiene otra innovación al plasmar el consentimiento informado que debe entregar el paciente al médico, para proceder en su actividad profesional:

“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar 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. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos

indicados en el inciso primero del artículo 10. 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.”

En lo concerniente a los participantes en el consentimiento informado, el Artículo 13 hace una enumeración de éstos, señalando que el médico debe conseguirlo respecto a las siguientes personas:

- “a) Al titular de la ficha clínica, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, a sus herederos.
- b) A un tercero debidamente autorizado por el titular, mediante poder simple otorgado ante notario.
- c) A los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo.
- d) A los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo.”

Aquí la norma, viene a dilucidar una serie de dudas que se presentaban en el capítulo anterior, si bien mencionamos a ciertos participantes que hipotéticamente participaban en la entrega y obtención del consentimiento, en ningún momento era la ley la que señalaba quienes eran detalladamente.

En tercer lugar el artículo 15, exime la obligación del médico, de obtener el consentimiento informado en los siguientes casos:

- “a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.”

A nuestro juicio, la ley 20.584, debiese ser una norma preponderante a la hora presentarse las diversas problemáticas anteriormente expuestas. Por lo que debemos esperar que los tribunales vayan progresivamente considerándola, para resolver los conflictos entre las partes referentes al Consentimiento informado.

3. Conclusiones

Referente a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica y el consentimiento informado, estimamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han aceptado la existencia de esta, como obligaciones de medio, la actuación médica, y de resultado la obtención del consentimiento informado. Aunque aún no hay uniformidad en su tratamiento, la sentencia del 5 de junio de 2013 pronunciada por la Corte Suprema, sienta precedente según nuestra opinión. De lo anterior sacamos las siguientes conclusiones:

-Referente a la carga probatoria, creemos que tanto el mandato como una reformulación al artículo 1547 del Código Civil nos da una solución al problema de la carga probatoria, porque aceptar la primera se estaría aceptando un régimen de responsabilidad objetiva que como desarrollamos oportunamente, no es viable aceptarlo. Respecto a la reformulación del artículo 1547 creemos que no soluciona el problema probatorio, porque sólo se hace cargo de la obligación de medio emanada de la actuación médica en procedimientos médico (operaciones, tratamientos, etc.).

Pero no da respuesta al régimen probatorio ante el incumplimiento de la obligación que se le impone al médico de obtener el consentimiento informado del paciente, que como vimos en la jurisprudencia actual, se considera como obligación de resultado, por ende se podría aplicar hipotéticamente el artículo 1547 y en consecuencia, quedaría sin efecto la reformulación de tal precepto legal.

-Al momento de existir las prestaciones médicas entre el médico y paciente, el primero contrae dos obligaciones, una de medio y otra de resultado. De la primera es la conducta esperada por el médico en sus actuaciones según los estándares exigidos por la *lexartis*. La segunda obligación, es obtener el consentimiento informado por parte del paciente, problema que soluciona en parte la ley 20.584 en la forma, pero no en el fondo.

- Las prestaciones médicas no tienen regulación alguna en nuestro ordenamiento jurídico, ante este vacío legal, los sentenciadores están obligados a fallar conforme a

otras normas legales del Código Civil, cuestión que no debiese ocurrir si se le diera el tratamiento jurídico que corresponde por parte del legislador.

- Referente al consentimiento informado, la Ley N° 20.584, creemos que da una buena respuesta al problema, pero aún así creemos que es insuficiente, por no establecer responsabilidad de carácter civil sobre el médico infrinja dicha obligación.

De lo expuesto anteriormente, es que nuestra tesis de “La necesidad de una verdadera recepción en el Código Civil” respecto al problema de la responsabilidad civil médica, queda confirmada. Por lo que creemos necesario que:

-Se instaure una regulación expresa en el Código Civil de los contratos médicos, y todo lo que esto conlleva.

-Que la jurisprudencia debe comenzar a considerar la Ley N° 20.584 para analizar la situación fáctica que se presente caso a caso, referente a los requisitos, formas y quiénes participan en la entrega y obtención del consentimiento informado.

Bibliografía

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *“De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil”* chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005,
- BARROS BOURIE, Enrique, *“Tratado de responsabilidad extracontractual”*, Editorial Jurídica de Chile, año 2006
- CARDENAS VILLAREAL, Hugo, *“La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/ obligaciones resultado”*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago
- CARDENAS VILLAREAL Hugo, *Responsabilidad Médica estándares jurisprudenciales de la falta de de servicio”*
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *“Consentimiento informado y relación de causalidad,”* Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago
- DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, *“El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: Sus implicancias para la Responsabilidad Médica”*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago
- PIZARRO WILSON, Carlos, La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, *Revista de Derecho*, vol. XXXI, Valparaíso 2008
- STITCHKIN, BRANOVER, David, *“El Mandato Civil”*, Editorial Jurídica de Chile, año 1975
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *“Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”*, Valdivia, *Revista de Derecho* vol. XV, Diciembre 2003

Páginas web consultadas.

- El consentimiento informado”, Consultado en <http://etica.uahurtado.cl/documentos/documentos/consentimiento_informado.pdf>, [01 de Junio de 2013]
- Historia de la ley 20.584”, consultado en< <http://www.leychile.cl/Navegar>>[10 de Junio de 2013]
- ORREGO, Juan Andrés, “Apuntes de Derecho Civil”, Apunte “Responsabilidad Extracontractual”, Consultado en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>. [20 de Noviembre de 2012]

Sentencias consultadas.

- 26° Juzgado Civil de Santiago, 15 de Julio de 2003, Rol 31139-2001
- Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de Agosto de 2000, Rol 1.977-99.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de Noviembre de 2001, Rol 273-2000.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de Noviembre de 2006, Rol 757-2006
- Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 70, sección 4ª, pp. 65 y 67.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de Septiembre de 1995, Rol 43.556-1993
- Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2006, Rol 5615-2001
- Corte Suprema, 4 de Octubre de 2007, Rol 3299-2007
- Corte Suprema, 6 de Junio de 2013, Rol 5884-2012