

LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN AL DEBER DE INFORMACIÓN AL PACIENTE

THE LIABILITY FOR BREACH OF THE DUTY TO INFORM THE PATIENT

*María Isabel Warnier Readi**
*Pablo Andrés Meza Inostroza***

RESUMEN: En el presente trabajo abordaremos la responsabilidad que deriva de la infracción al deber de información a la luz de la legislación chilena y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, inserta dentro del contrato de prestación de servicios médicos o de salud y que pesa sobre los médicos y/o los prestadores de salud.

PALABRAS CLAVE: deber de información, consentimiento informado, responsabilidad médica.

ABSTRACT: In the present work we discuss the liability that derives from the infringement of the duty of information in light of Chilean legislation and the jurisprudence of our Courts of Justice, inserted within the contract for the provision of medical and associated health services and that is undertaken by doctors and/or healthcare providers.

KEYWORDS: duty of information, informed consent, medical liability.

I. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE

Dentro de la relación contractual médico paciente, este último no solo busca su sanación (que es el objetivo final que espera ocurra), sino que, además, que el

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho con mención en Derecho Privado Universidad de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mi.warnier@udd.cl

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Desarrollo. Ayudante de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: pmezai@udd.cl

prestador de salud le informe de manera clara, completa y en lenguaje sencillo sobre los riesgos, medicamentos o tratamientos que precisa para su esperada –pero no siempre lograda– recuperación. Así, es el enfermo, y no el médico, quien a través de la información que recibe, el que adopta la solución más favorable a su interés¹.

En Chile, la Ley n.º 20584², que regula los derechos y deberes que tienen las personas en la relación con acciones vinculadas a su atención de salud (en adelante LPDDP) contiene seis disposiciones –previstas en el párrafo 5.º, artículo 8 y siguientes– referidas al derecho de información que tienen los pacientes en la atención de los médicos y prestadores de salud, tanto públicos como privados, que, a su vez, es el correlato de la obligación que la ley impone a estos últimos dentro del contrato de prestación de servicios médicos. También algo dice el párrafo 7.º respecto de la información cuando reglamenta la autonomía de las personas en la atención de salud, según veremos en este apartado.

Con su consagración normativa, como dijo un diputado durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la LPDDP, se terminaría con una práctica existente desde hace muchos años en que los profesionales de la salud han informado en forma poco adecuada al paciente:

“Le dicen ‘te tengo que operar’, y el paciente se entrega como manso cordero. En adelante, eso no ocurrirá, ya que se establece el derecho del paciente a ser informado de su enfermedad. En consecuencia, él podrá tomar las decisiones con respecto a su salud y bienestar corporal”³.

Es así como la LPDDP dejó expresamente establecido que toda persona, incluidos los niños, niñas y adolescentes (en este caso adaptada a su edad y desarrollo) tiene el derecho a que el prestador institucional le proporcione información “suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea de forma visual, verbal o por escrito” acerca de su estado de salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del posoperatorio cuando procediera, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional⁴.

¹ MORALES y DAZA (2016) p. 19.

² La Ley n.º 20584 (2012) promulgada el 13 de abril de 2012 y publicada el 24 de abril del mismo año.

³ Palabras del diputado Alberto Robles. Discusión en sala. 31 de julio de 2007. *Diario de Sesión*, sesión 56. Legislatura 355. Discusión general.

⁴ Artículos 8 y 10 de la LPDDP.

Este derecho del paciente está estrictamente relacionado con su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, pues con la información referida del médico o prestador de salud él podrá optar por someterse o no a un procedimiento o tratamiento determinado.

Ahora bien, cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información deberá entregarse al representante legal o a quien sea responsable de su cuidado, hasta que el paciente la pueda recibir. Del mismo modo, en casos de urgencia o emergencia, cuando no exista posibilidad de dar esta información por la necesidad de atención médica inmediata e impostergable cuya falta implique un riesgo vital o secuela funcional grave, esta será entregada al representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre el paciente, velando porque se limite a la situación descrita, en resguardo de la vida privada y honra de la persona durante su atención de salud⁵. En estos casos, el paciente deberá ser informado cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, y en el caso de urgencia o emergencia médica “siempre que ello no ponga en riesgo su vida”. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia⁶.

Durante la discusión del proyecto de LPDDP, algunos diputados opinaron que era necesario mantener la excepción de revelar la información en determinados casos en que se justifique no proporcionar información al paciente como, por ejemplo, si tiene antecedentes de cuadros depresivos que permitan suponer que, al tomar conocimiento de la gravedad de su enfermedad, podría atentar contra su vida. En este sentido, hubo partidarios de establecer exigencias adicionales que debería cumplir el médico o profesional tratante para adoptar esta decisión⁷. Finalmente, ello no prosperó, pues en el texto aprobado en el Congreso el deber de información al paciente por parte del médico fue consagrado sin excepciones, ni siquiera aquella en la que el propio paciente pide no conocer la información, prevaleciendo, entonces, el deber de informar⁸. Como se dijo, solo la ley permite “posponer” la información en

⁵ Véase artículo 5, letra c) de la LPDDP.

⁶ Véase artículo 10 de la LPDDP.

⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS (2007).

⁸ El Mensaje del Ejecutivo con que se inició la tramitación del proyecto establecía tres excepciones al derecho a la información. En primer lugar, cuando la condición de la persona no permita recibir la información directamente, padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información debe ser dada a la o las personas que corresponda, que tengan la calidad de representante legal, cónyuge, parientes directos, amigos cercanos, apoderado personal o quién a cuyo cuidado se encuentre, ya sea transitoria o permanentemente.

casos de alteración de conciencia, emergencia o urgencia cuando a juicio del médico se ponga en riesgo la vida del paciente, pero recuperada la conciencia por este o superada que sea la emergencia o urgencia, el médico deberá informar. En el intertanto, de igual modo, deberá informar al representante o cuidador.

Cumplido que sea el deber de información, es el paciente quien debe otorgar su consentimiento para efectos de aceptar o rechazar un procedimiento o tratamiento médico. En tal sentido, el artículo 14 de la LDPDDP dispone:

“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,

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto establece que recuperada la conciencia o la capacidad de comprender, la persona debe ser informada.

Una segunda excepción ocurre tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en las 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 este caso, esta le debe ser dada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre en ese momento, cuidando que ella se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, cuando a juicio del médico tratante se encuentre en condiciones de recibir y comprender dicha información.

La tercera excepción tiene lugar cuando la persona, por escrito, ejerce su derecho a no ser informada. El ejercicio de este derecho constituye una manifestación voluntaria, consciente y esencialmente revocable. La persona puede designar, en este mismo acto, la o las personas que en su nombre reciban la información respectiva, quienes también quedan obligados a respetar su derecho a no ser informado. Si la persona decide no designar un receptor de esta información, el médico o profesional tratante debe registrar los antecedentes relevantes asociados a las acciones vinculadas a la atención de salud y tomar los resguardos necesarios para la debida protección de dicha información.

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.

El consentimiento informado del paciente para recibir prestaciones de salud digital se podrá otorgar en forma verbal, caso en el cual el prestador institucional e individual respectivo deberá registrar la aceptación o rechazo de la atención de salud mediante una declaración escrita en formato papel o firmado a través de un sistema electrónico que garantice su autenticidad de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 19.799, dejándose registro en la ficha clínica de los resguardos adoptados para asegurar el derecho de información de la persona.

Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído respecto de los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que éstos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, niña o adolescente ha sido informado y se le ha oído.

Con todo, no se requerirá autorización de los progenitores o de quien ostente el cuidado personal y/o patria potestad de mayores de 14 años, cuando se trate de la toma de exámenes PCR (Reacción en Cadena de la Polimerasa) realizada por personal de salud, en cualquier establecimiento de salud autorizado o en el contexto del programa de Búsqueda de Casos Activos, y que es parte de la estrategia nacional de testeo, trazabilidad y aislamiento del Estado, bastando para ello el consentimiento del niño, niña o adolescente.

En el caso de una investigación científica biomédica en el ser humano y sus aplicaciones clínicas, la negativa de un niño, niña o adolescente a participar o continuar en ella debe ser respetada. Si ya ha sido iniciada, se le debe informar de los riesgos de retirarse anticipadamente de ella”.

Finalmente, en el artículo 11 se preceptúa el derecho del paciente a que el médico tratante, una vez finalizada la hospitalización, provea de diversa información, de manera legible, como: el diagnóstico de ingreso y de alta, los resultados de exámenes y procedimientos e indicaciones a seguir, los medicamentos y dosis suministradas durante el tratamiento, la duración del tratamiento, entre otros⁹.

⁹ Véase artículo 11 de la LPDDP.

Por otra parte, el decreto supremo n.º 31 de 2012, en su artículo 2.º, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, dispone:

“La información señalada en el artículo anterior [que reproduce el art. 10 de la LPDDP] debe entregarse por regla general en forma verbal y se proporcionará en términos claros para la capacidad de comprensión del paciente considerando su edad y el entendimiento que demuestre de las materias técnicas involucradas. No obstante, podrá acompañarse documentos escritos en que conste lo explicado, agregando o no mayores antecedentes, destinados a dejar constancia de la recepción de la información. Sin perjuicio de lo anterior, la información señalada debe constar por escrito en 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 y dejarse constancia de la misma y del hecho de su entrega en la ficha clínica”.

De las normas referidas en lo precedente es posible concluir que el derecho que tienen los pacientes, en cuanto a información médica se refiere, está bastante protegido en nuestra legislación. Así, el deber del médico no se agota como antaño, en explicaciones técnicas que muchas veces ni aun el más ilustrado de los pacientes era capaz de comprender. No hay excepciones al deber de informar, pues, si bien cuando la persona no tenga capacidad de recibirla o la emergencia o urgencia médica impida darla, esta deberá entregarse al representante o cuidador y, cuando el paciente recobre la capacidad de conciencia o haya concluido la emergencia o urgencia, el médico deberá siempre informar aun cuando la información impacte negativamente en la salud de la persona.

II. ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Como adelantamos en lo precedente, el legislador en la LPDDP dispuso que la información que proporcione el prestador institucional al paciente debe ser “suficiente, oportuna, veraz y comprensible”¹⁰.

En similar sentido, la LPDDP prescribe:

“toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca

¹⁰ Artículo 8 de la LPDDP.

del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediera, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”¹¹.

Solo así, el paciente podrá con libertad decidir, dentro de las opciones que la ciencia médica pone a su disposición, cómo hacer frente a una determinada enfermedad.

El problema es que ni la LPDDP ni el reglamento definen qué se entiende por información suficiente, oportuna, veraz y comprensible o cuáles son las consecuencias que se siguen en caso de infracción al deber de información. De ahí que deberán los tribunales determinar cuándo se incumple este deber y sobre la base de las reglas de la responsabilidad del derecho común, imponer la obligación de indemnizar cuando la infracción a este deber cause un daño al paciente, concurriendo, desde luego, los demás requisitos de la responsabilidad civil.

De un modo general, la Excma. Corte Suprema¹² ha decidido que una adecuada y debida información, de manera de quedar liberado el personal médico de responsabilidad, es aquella que contenga una descripción exacta de la gravedad de la condición del paciente en que se explique al destinatario las consecuencias negativas a su salud y de su falta de tratamiento, entregada en términos tales que permitan al paciente o a sus familiares comprender la gravedad del diagnóstico.

Así se resolvió en el caso de una mujer que falleció durante el traslado del hospital de San Fernando al hospital Dipreca de Santiago. Si bien fueron los familiares quienes requirieron el traslado, a juicio de la Corte el reproche es a la inexacta información proporcionada por el personal de salud a los familiares de la paciente que, de haber sido completa, estos habrían adoptado una posición diferente y hubieran consentido en que su hija fuera intervenida en el hospital de San Fernando, sin incurrir en el riesgo grave de trasladarla a Santiago en vista de un diagnóstico grave.

En otro caso resuelto por la Excma. Corte Suprema¹³ se condenó al hospital de Castro por no haber entregado información veraz.

La información entregada a la actora, previo a la intervención quirúrgica, de acuerdo con su demanda, habría sido la de realizar una operación de sal-

¹¹ Artículo 10 de la LPDDP.

¹² CORTE SUPREMA (2017) rol 89.635-2016, Fernando Emilio Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O’Higgins y otros, considerando 9.º.

¹³ CORTE SUPREMA (2022) rol 132.045-2020, Ruiz con Servicio de Salud del Reloncaví, considerando 3.º.

pingectomía bilateral, que consiste en la extirpación de las trompas de Falopio en la mujer, lo cual la deja en una situación de esterilidad¹⁴. Esta era la operación más eficaz para alcanzar los fines que ella pretendía, esto es, evitar un nuevo embarazo.

En el protocolo de la operación se indica que se realizó la operación que se le había informado a la demandante –salpingectomía bilateral– y no la realizada –ligadura de trompas–, que es menos eficaz, arrojando como resultado que la actora quedó nuevamente embarazada. Existiendo, así, una incoherencia total entre la operación realizada; la operación que se señala en el protocolo, y el equívoco consentimiento informado, no es posible sino señalar que el Estado ha faltado al deber que le asiste en entregar un servicio efectivo y que, por lo demás, representa una preocupación del Estado Chile plasmado en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer. (De la sentencia de reemplazo).

En un fallo de la ICA de Santiago¹⁵ se condenó a un médico y a una clínica privada a resarcir los perjuicios causados a consecuencia, precisamente, pero también entre otras infracciones, a faltar al deber de información por no informar los riesgos de la intervención quirúrgica a la paciente.

Se trata del caso de una mujer que se sometió a una operación de implante de cadera, quien alegó, entre otras negligencias médicas, que el médico tratante no le informó de los riesgos de la intervención, no siendo suficiente para tener por cumplida la obligación de informar la sola firma estampada en un formulario por la paciente, quien quedó, luego de la operación con una pierna dos centímetros más larga que la otra sin que ello fuese advertido previo a la operación (no fue oportuna).

La Corte, revocando lo decidido en primera instancia, primero estimó que las obligaciones que se adquieren en virtud de los contratos celebrados por la actora son obligaciones de medio o de diligencia y no de resultado, lo que no implicaría que establecida la existencia del contrato y de las obligaciones contraídas, necesariamente corresponda la carga de la prueba del incumplimiento a la demandante porque si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor quien debe probar que fue diligente porque está alegando que extinguió por cumplimiento la obligación de comportarse de manera diligente. De esta manera, citando a Daniel Peñailillo¹⁶ y a Carlos Pizarro¹⁷, la Corte entiende que son

¹⁴ REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2021).

¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017) rol 4281-2017, Morales Molina, Loreto con Clínica Alemana de Santiago S.A. y otro.

¹⁶ PEÑAILILLO (2003) p. 228.

¹⁷ PIZARRO (2008) pp. 255-265.

los demandados quienes deben probar que actuaron con la debida diligencia y cuidado en la atención de la paciente y no esta última, como razonó el fallo de primer grado.

En tal sentido, lo primero que despeja la Corte es que respecto de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, señala que las clínicas y hospitales privados celebran con el paciente un contrato de prestación de servicios médicos al interior de una entidad o institución empresarialmente organizada, respecto de la cual el médico constituye un elemento más; de tal modo que lo que se contrata es un servicio médico sanitario integral que comprende desde los exámenes preparatorios y el diagnóstico hasta los cuidados posquirúrgicos.

Las clínicas:

“por ser dueñas del lugar en que se verificó el perjuicio y haberle correspondido, en consecuencia, la debida atención del paciente, quedan obligadas a poner a su disposición todos los recursos humanos y técnicos, para la superación de su estado de salud y evitar cualquier complicación.

La clínica –y el hospital– no es un establecimiento hotelero, que el paciente o su médico de confianza escoja teniendo en cuenta sólo la calidad de su infraestructura. El paciente confía en que esa clínica pondrá todos los medios ofrecidos a su disposición, para superar el trance de salud que haya motivado su internación”¹⁸.

En cuanto al cumplimiento o no del deber de información, que también era de cargo de los demandados probarlo según dice el fallo, la Corte estimó que no cumple con ese deber el médico, a pesar de que en la ficha dejó constancia de que:

“Se explica cuadro clínico, se plantean opciones de tt. Se menciona opción de manejo conservador, tto artroscópico 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 Artroscópico se plantea opción de tto definitivo mediante PTC”.

Lo anterior, por cuanto ese documento no acredita por sí mismo que se haya entregado dicha información a la paciente y en cualquier caso:

“no aparece de su tenor que se haya dado una explicación comprensible por la paciente, exenta de tecnicismos propios de la profesión

¹⁸ El fallo de la ICA de Santiago cita en este punto a la Excm. Corte Suprema en sentencia de casación en el fondo rol 5817-2013, de 19 de junio de 2014.

médica, explicándole claramente las alternativas de tratamiento disponibles y especialmente de los riesgos involucrados en la operación, atendida la escoliosis que presentaba y que podría, en el post operatorio, causarle una disimetría en 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 tratamientos quirúrgicos invasivos. Con todo, el documento escrito e impreso por la propia clínica y que se agregó a continuación de la ficha, firmado por la paciente, no cumple tampoco con las exigencias legales y reglamentarias”.

Dos cuestiones para destacar en este fallo. Lo primero, que por regla general las obligaciones de los médicos y, en general, de los prestadores de salud son obligaciones de medio y no de resultado de forma tal que interpretando las normas previstas en los artículos 1547 inciso 3 y 1698 del *Código Civil*, acreditado el incumplimiento (defectos en la atención), pesa sobre el médico o prestador de salud acreditar que cumplió con el deber de diligencia exigido en el contrato o en subsidio en el deber de comportarse de acuerdo con la ley. En segundo lugar, el que el deber de información no se satisface como antaño, cuando el médico no es capaz de informar como corresponde y sin caer en tecnicismos que solo otro médico podría entender.

En otro caso, también resuelto por la Excma. Corte Suprema¹⁹ se estimó que hubo infracción al deber de información en el caso de una mujer que, al haberse sometido a una técnica de infertilidad, no dio los resultados esperados por quedar embarazada sin que previamente se le haya advertido que, para reducir al mínimo riesgo de embarazo, su pareja debía también someterse a un tratamiento de anticoncepción complementario. Para la Corte, el deber de información fue incumplido, pues queda establecido que a la actora no se le informó acerca de la posibilidad de que su cónyuge se sometiera a un procedimiento anticonceptivo masculino complementario, con la finalidad de minimizar la posibilidad de un nuevo embarazo, tal como ella lo deseaba. Se está en presencia de una omisión cuya existencia se encuentra libre de controversia, y no se condice con las exigencias normativas, existiendo un funcionamiento deficiente, constitutivo de una falta de servicio, sin que sea óbice para arribar a esta conclusión la existencia del documento denominado “consentimiento informado” suscrito por la actora por cuanto lo allí consentido, difiere, sustancial y subjetivamente, de la información que debió entregársele.

¹⁹ CORTE SUPREMA (2021) rol 44.150-2020, Carla Marisol de Frutos Cares con Fisco de Chile, considerando 7.º y 8.º.

III. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA DOCTRINA

Para Guillermo Leighton, será suficiente la información cuando contenga una descripción del tipo de prestación que se ofrece y sus valores; se den a conocer las condiciones previsionales requeridas para la atención del usuario y se indiquen los antecedentes necesarios para acceder a ella y los pasos a seguir; se informe los derechos y limitaciones que tiene el usuario durante la atención de salud en un establecimiento; se comuniquen que se encuentran a su disposición los medios para hacer valer su opinión sobre la atención recibida; se dé a conocer las normas y protocolos establecidos sobre seguridad del paciente y calidad de atención, y los riesgos eventuales a que pudiera verse expuesto, que sean conocidos; se comuniquen los daños de cualquier magnitud que hayan sido provocados al usuario durante su atención; cuando se represente al paciente, sus representantes o cuidadores, su estado de salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles, el pronóstico esperado y, en su caso, el proceso previsible del periodo posoperatorio, teniendo especial consideración la edad del usuario, su condición personal u emocional²⁰.

Darío Parra, citando a Julio César Galán, señala que será oportuna²¹ la información cuando ella se entregue antes de la intervención o tratamiento que se trate, siempre y cuando sea dada con una antelación suficiente y en condiciones que permitan la adecuada reflexión del paciente²². En similar sentido, Lourdes Blanco indica:

“[...] la información debe prestarse con anterioridad a la intervención o tratamiento, esto es, la información debe facilitársele al paciente con una anticipación suficiente que le permita madurar y reflexionar para decidir sobre lo que crea más conveniente”²³.

En consecuencia, deberá ser entregada antes de cualquier procedimiento para que el paciente pueda decidir, sin perjuicio de lo cual, en caso de urgencia o emergencia, será oportuna cuando se comuniquen al representante legal o cuidador esta información. En este último caso, y como se dijo, finalizada la intervención, debe darse al paciente un informe que contenga las menciones del artículo 11

²⁰ LEIGHTON (2018) pp. 192-194.

²¹ Según RAE (2022) ‘oportuno’ (adj. 1) es: “Que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene”.

²² PARRA (2013) p. 1579.

²³ BLANCO (2006) como se citó en OLIVARES (2020) p. 45.

de la Ley n.º 20584. Y, como muchas veces los tratamientos se prolongan en el tiempo, cada intervención nueva requerirá de actualización de la información, entendiendo que la manifestación de voluntad del paciente deberá estar presente durante todo el curso del tratamiento²⁴.

Será veraz, cuando sea una información leal, debiendo procederse en este sentido con la máxima cautela en el sentir del paciente.

“Una expresión cruda y directa puede llevar a un estado de exasperación no tolerable para una persona, por lo que puede ser aconsejable recurrir a un familiar cercano o encargado de su cuidado para contar los detalles”²⁵.

Que la información sea comprensible, implica que el médico tiene la obligación de hacer que el paciente comprenda su estado y cuáles serán las consecuencias prácticas de su manifestación de voluntad. Los profesionales de salud no solo tienen el deber de informar, entendido este como una transmisión de datos objetivos, pues aquella información entregada en un lenguaje muy técnico ha de ser considerada como falta de información²⁶. En tal sentido, Enrique Barros expresa:

“la exigencia de que la información sea comprensible se deriva del deber de lealtad impuesto por la buena fe. Por lo mismo, no es necesario que sea por completo precisa desde el punto de vista técnico; así, a la inversa, una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida como por inadecuada”²⁷.

Como se quiera, aquella se justifica en la medida que está orientada para compensar el desequilibrio o desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente en aras de permitir satisfacer su autodeterminación o la de su familia en su caso. Además, según lo requieran las circunstancias, la citada obligación conllevaría un deber de aconsejar, esto es, de orientar a la otra parte en su decisión²⁸, lo que no implica persuadirlo a tomar una decisión.

²⁴ PARRA (2013) p. 1579.

²⁵ LEIGHTON (2018) p. 195.

²⁶ PARRA (2013) p. 1580.

²⁷ BARROS (2010) p. 683.

²⁸ PARRA (2013) p. 1581.

IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN DENTRO DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE. RESPONSABILIDAD POR SU INFRACCIÓN

El cumplimiento o incumplimiento de este deber finalmente será determinante para el reparto de riesgos que pueda causar el desenlace desfavorable de una atención médica, desde que si no se cumple este deber de información y producto de la enfermedad se causa un daño dentro de una atención de salud, el médico y/o prestador de salud podrán ser condenados a resarcir los perjuicios causados al paciente por el hecho de no informar o, bien, informar de manera deficiente. A la inversa, en caso de que el prestador de salud informe correctamente en los términos descritos por las normas referidas más atrás, ocurriendo el riesgo sin otra negligencia de su parte, el médico y la clínica u hospital se encontrarán liberados de su responsabilidad, pues el daño será producto del estado de salud del paciente y en cierta medida del azar.

Dicho de otro modo, si se infringe el deber de informar, pero no hay daño, no habrá responsabilidad civil. Por el contrario, si se causa un daño y no se cumplió con el deber de informar al paciente (incumplimiento total) o, bien, se causa un daño y se informó de manera incorrecta al paciente (cumplimiento parcial) podrá nacer, entonces, la responsabilidad civil y el médico o clínica u hospital tendrá que eventualmente reparar los daños causados al paciente.

Para Carlos Pizarro la indemnización en este caso sería por la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta; procede la indemnización por la pérdida de la chance²⁹. Álvaro Vidal concuerda con Carlos Pizarro y estima que, en caso del deber de información, su incumplimiento impide al paciente tomar una decisión respecto del tratamiento de su enfermedad, por lo que la privación de esta posibilidad de elegir es lo que fundamenta la indemnización; el daño objeto de la misma es la pérdida de una oportunidad³⁰. El supuesto refiere a la omisión de la información acerca de tal o cual tratamiento y, luego, constatado el incumplimiento, si el paciente no alcanza su aspiración –sanarse– legítimamente está facultado para reclamar la indemnización de la pérdida de una oportunidad, que es aquella de haberse tratado o sometido a otro tratamiento alternativo alcanzando tal aspiración.

Por el contrario, si el médico informa de los riesgos al paciente y este los asume como posibles dentro de una determinada intervención o procedimiento para paliar la enfermedad, el médico quedará liberado de responsabilidad, siendo el riesgo nada más que un efecto indeseado de la intervención sin que haya

²⁹ PIZARRO (2018) p. 911.

³⁰ VIDAL (2020) pp. 64-65.

reproche a la *lex artis*. En este caso el médico actuó conforme al deber de diligencia y el resultado no puede ser atribuido a su responsabilidad, sino que al lamentable curso natural de su enfermedad.

El régimen jurídico será el de la responsabilidad civil contractual. En tal sentido, Enrique Barros dice:

“los contratos profesionales son consensuales, de modo que basta que el consentimiento sea expresado por actos inequívocos que muestran una voluntad tácita, como ocurre con la conducta típica del paciente de visitar al médico o acudir al hospital, y la de ellos de asumir el tratamiento [...]. No debe extrañar, entonces, que la responsabilidad médica generalmente pueda ser calificada de contractual”³¹.

Para nosotros, si consideramos que dentro de la relación médico-paciente o prestador de salud-paciente coexisten varias obligaciones para una y otra parte, si bien la obligación principal del médico que es la de intentar sanar al enfermo y, por lo tanto, una obligación de medios donde cumplirá la obligación cuando despliegue el deber de diligencia esperado en la atención del paciente, no obstante no alcanzarse la prestación o el resultado esperado (error de proyección en los términos de Pablo Rodríguez Grez)³², en el preciso caso de la obligación de informar de los prestadores de salud y de los médicos tratantes en los términos previstos por la LPDDP, debiese considerarse esta como una obligación de resultado al menos en lo formal, de modo tal que la carga de la prueba recaerá en el prestador institucional o en el médico y en caso de incumplimiento, se presumirá su culpa dentro del juicio de responsabilidad.

Así, siguiendo la conocida clasificación creada por René Demogue, una obligación de medios, también denominada obligación general de prudencia y diligencia, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido. Por el contrario, en una obligación de resultado el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto. En la obligación de medios, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de reproche acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo. Por ello, solo en este último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en materia contractual (artículo 1547 del *Código Civil*), pues en una obligación de medios, para una parte de la doctrina, la constatación del incumplimiento exige que la víctima pruebe la negligencia del deudor³³.

³¹ BARROS (2010) p. 666.

³² RODRÍGUEZ (2003) pp. 131-135.

³³ TAPIA (2003) p. 88.

Como tempranamente advirtió Orlando Tapia, por regla general:

“el médico no se obligará a otra cosa que a emplear en el cuidado del enfermo la prudencia y diligencia necesarias [...] no se compromete, en manera alguna, a sanar al enfermo, sino solamente a desplegar todos los cuidados y precauciones que las reglas propias de su profesión requieran”³⁴.

Por ello, para determinar si el médico ha incumplido su obligación y actuado con negligencia será necesario que el paciente acredite que el comportamiento del facultativo se aleje no del modelo del hombre medio o del buen padre de familia, sino de aquel que podía esperarse de un profesional competente y diligente. Este juicio de reproche de la conducta del médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico prudente, pero considerando, también, las circunstancias, ya que no puede exigirse igual grado de diligencia a un médico que tiene a su haber todos los recursos, con el del médico de una localidad lejana que hace hasta lo imposible por intentar curar al enfermo sin más recursos que sus estudios profesionales y una infraestructura precaria³⁵.

Volviendo al deber de información, esta obligación que pesa sobre el prestador de salud y el médico tratante no puede ser considerada como obligación de medios, sino que de resultado. Para Mauricio Tapia:

“el examen de la pertinencia o de la suficiencia de la información exige una apreciación de si en su comunicación el médico se comportó como un profesional competente y prudente y, por ello, en ese sentido, es una obligación de medios. Constituye verdaderamente, una obligación de resultado aquella de transmitir materialmente la información, de ponerla a disposición del paciente, especialmente cuando se trata de comunicar resultados de exámenes médicos”³⁶.

El deber de información es un elemento de la buena fe y que en materia contractual supone, en general, poner en conocimiento de la contraparte aspectos importantes del objeto del contrato, que en materia de salud importa cuidar la salud y la vida del paciente, y de actuar con reserva respecto de terceros en cuanto a aquellos datos cuyos conocimientos deben estar circunscritos al paciente o a sus representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado. En este sentido, la ausencia de información al paciente o una información incompleta, falsa o ininteligible configura una contravención a la buena fe objetiva.

³⁴ Como se cita en TAPIA (2003) p. 88.

³⁵ TAPIA (2003) p. 89.

³⁶ *Op. cit.* pp. 94-95.

A su vez, si a esa falta de información o información defectuosa se agrega un daño subsecuente para el paciente, se configurará una negligencia culpable o dolosa del facultativo o del establecimiento de salud que dará origen a una responsabilidad civil que supondrá de parte de estos últimos el resarcimiento de los daños causados por su conducta omisiva.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BLANCO, Lourdes (2006): "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", en AA.VV., *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Madrid, La Ley).
- LEIGHTON GARCÍA, Guillermo (2018): "Derecho de información al paciente. Alcances prácticos. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2017", *Revista Derecho Público Iberoamericano* n.º 22. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/87/79> [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena (2016): "El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España", *Revista Novum Jus* vol. 10 n.º 2. Disponible en <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1316/1249> [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío (2013): "La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado", *Revista Médica de Chile* vol. 141 n.º 12. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872013001200012 [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- PEÑAILILLO AREVALO, Daniel (2003): *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", *Revista de Derecho* vol. 31. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200005&script=sci_arttext [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- PIZARRO WILSON, Carlos (2018): "Actualidad del deber de informar en Chile", *Revista Médica de Chile* vol. 146 n.º 8. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-988720180008000909&script=sci_arttext [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- RAE (2022): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es/oportuno%20?m=form>
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TAPIA SUAREZ, Orlando (1941): *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Memoria de prueba (Santiago, Universidad de Chile).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2003): "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho* vol. 15 n.º 2. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004&lng=es&nrm=iso&tlng=es [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2020): *Responsabilidad civil por negligencia médica* (Santiago: Academia Judicial Chile).

Normas

Boletín 4398-11: Historia de la Ley n.º 20584.

Ley n.º 20584 (2012), sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, 24 de abril de 2012.

Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud (2012), decreto n.º 31 del Ministerio de Salud, 26 de noviembre de 2012.

Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017): rol 4281-2017, Morales Molina, Loreto con Clínica Alemana de Santiago S.A. y otro, 6 de noviembre de 2017.

CORTE SUPREMA (2017): rol 89.635-2016, Fernando Emilio Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros, 29 de diciembre de 2017.

CORTE SUPREMA (2022): rol 132.045-20, Ruiz con Servicio de Salud del Reloncaví, 14 de noviembre de 2022.

CORTE SUPREMA (2021): rol 44.150-2020, Carla Marisol de Frutos Cares con Fisco de Chile, 27 de septiembre de 2021.

Otros documentos

CÁMARA DE DIPUTADOS (2007): Primer Informe de Comisión de Salud. Informe de Comisión de Salud en sesión 56. Legislatura 355. 20 de julio de 2007.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2021): *Cirugía de las trompas de Falopio*, 2 de julio de 2021. Disponible en www.reproduccionasistida.org/salpingectomia/#:~:text=es%20una%20cirug%C3%ADa%20no%20invasiva,las%20trompas%20con%20una%20sonda [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].