

# Los Deberes Precontractuales en el Contrato Médico: Configuración y Consecuencias de su Infracción.

---

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO



Alumnas : Jael Paredes Albornoz  
Lorena Sarmiento Vásquez

Profesora Guía : Patricia Verónica López Díaz

Fecha de entrega : diciembre de 2017

## ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCION .....	5
CAPITULO I.....	7
1. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES EN EL CONTRATO MEDICO.....	7
1.1 Concepto de los Deberes Precontractuales .....	7
1.2 Justificación de los Deberes Precontractuales .....	11
1.3 Clases de Deberes Precontractuales: Típico o Atípico.....	13
1.4 Identificación de los Deberes Precontractuales en el Contrato Médico.....	16
CAPITULO II.....	20
2. CONFIGURACIÓN DE DEBERES EN EL CONTRATO MÉDICO.....	20
2.1 Deber de Información .....	20
2.1.1 Configuración del Deber de Informar en la Ley N.º 20.584.....	20
2.1.2 El Consentimiento Informado.....	24
i) Jurisprudencia.....	25
ii) Doctrina.....	26
iii) Historia de la Ley.....	27
iv) Modelo Comparado .....	28
2.2 Deber de Consejo .....	29
CAPITULO III.....	33
3. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCION DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES EN EL CONTRATO MÉDICO.....	33
3.1 Aspectos generales.....	33

3.2	Los Medios de Tutela Regulados en el Ordenamiento Jurídico Chileno.....	37
3.2.1	Nulidad.....	37
3.2.2	Indemnización .....	37
3.2.3	Adaptación del contrato.....	39
4.	IDENTIFICACION DE SUPUESTOS.....	40
4.1	Enfermedad Catastrófica pero Tratable.....	40
4.2	Enfermedad con Consecuencias Irreversibles.....	41
4.3	Tratamiento equivocado.....	44
	CONCLUSIÓN.....	46
	BIBLIOGRAFÍA.....	48

### Tabla de Abreviaturas

Art.: Artículo
Arts.: Artículos
AUGE: Acceso Universal de Garantías Explícitas
CDN: Convención de los Derechos del Niño
CI: Consentimiento Informado
CS: Corte Suprema
DCFR.: La relación precontractual en el Draft Common Frame of Reference
Ed.: Edición a veces editor, ediciones o editorial
HL 20.584: Historia de la ley N° 20.584
Ibíd.: Ibídem
Inc.: Inciso
N°: número
Ob. Cit.: obra citada
p.: Página
PECL.: Principles of European Contract Law
PLDC.: Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos CC.: Código Civil chileno
PME.: Propuesta de modernización española
pp. : Páginas
Sent.: Sentencia
ss.: siguientes
STS: Sentencias del Tribunal Supremo Español
TSE.: Tribunal Supremo Español
VIH: Virus de Inmunodeficiencia humana
Vol. Volumen

## **RESUMEN**

*En el presente trabajo abarcaremos principalmente dos cuestiones; Trataremos de corroborar el reconocimiento en la dogmática nacional de los deberes precontractuales de información y consejo presentes en el contrato médico, y por otro; analizar a través de casos prácticos la posibilidad de aplicar un sistema de unitario de medios de tutela conformado por la indemnización, nulidad y adaptación del contrato, los cuales permitan actuar como un sistema de remedios por incumplimiento ante la infracción de dichos deberes efectuados en fase precontractual.*

### **Palabras Claves**

Deberes precontractuales- deber de información- deber de consejo- sistema de articulación- indemnización- nulidad- adaptación de contrato- Ley N.º 20.584- medios de tutela- contrato médico.

## **ABSTRACT**

*In this work we will mainly cover two issues; We will try to corroborate the recognition in the national dogmatic of the precontractual duties of information and advice present in the medical contract, and also; analyze through practical cases the possibility of applying a unitary system of means of protection conformed by the compensation, nullity and adaptation of the contract, which allow acting as a system of remedies for non-compliance with the violation of said duties carried out in the pre-contractual phase .*

### **Keywords**

Pre-contractual duties- duty of information- duty of advice- articulation system- compensation- nullity- adaptation of contract- Law N.º 20.584- means of tutelage- medical contract.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene por objeto proporcionar un concepto de deber precontractual a través de la identificación y análisis de sus elementos ya que en nuestro ordenamiento no existe definición legal. También analizaremos la justificación e importancia de estos deberes en las tratativas preliminares y cuál es la manera en que pueden afectar a los contratantes, clasificaremos los deberes respecto a típicos- atípicos y los identificaremos en la Ley N.º 20.584 que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud.

En el segundo capítulo nos enfocaremos principalmente en el contrato médico y dos deberes que se encuentran presentes en esta materia que son el deber de información, trataremos brevemente el consentimiento informado, nos referiremos a la jurisprudencia, doctrina, historia de la ley, modelo comparado y el deber de consejo, entendiendo que opera simultáneamente y de manera complementaria con el primero.

Posteriormente, en el capítulo final nos referiremos a las consecuencias de la infracción de los deberes precontractuales y siguiendo la propuesta de la profesora PATRICIA LÓPEZ sobre la construcción de un supuesto unitario que aglutine la nulidad, indemnización y adaptación del contrato, lo que permite que el acreedor organice de mejor forma su estrategia de protección en sede precontractual y que los pueda ejercitar, según el caso, en forma autónoma o concurrente, crearemos diferentes hipótesis en las que identificaremos los supuestos que pueden concurrir en cada caso y luego de un análisis, propondremos cual es el medio de tutela que podría aplicarse.

## CAPITULO I

### **1. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES EN EL CONTRATO MÉDICO**

El objetivo de este capítulo preliminar, es doble. Por una parte, nos referiremos a los deberes precontractuales atendiendo a sus elementos, concepto, justificación. Además, clasificaremos su carácter: típico o atípico. En segundo lugar, identificaremos cuáles son los deberes precontractuales en un contrato médico.

#### **1.1) Concepto de los Deberes Precontractuales**

Los deberes precontractuales se refieren a la etapa de negociaciones preliminares la cual comienza cuando las partes se ponen en contacto por primera vez, teniendo por objetivo conversar y analizar las distintas situaciones, condiciones, extensión y expectativas del futuro contrato, buscan negociar y discutir sobre él y tiene como fin inmediato la elaboración de la oferta, para la creación de las condiciones y cláusulas en el contrato.<sup>1</sup>

Las tratativas preliminares no se refieren al acto o negocio jurídico en su sentido más estricto, ya que no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. Tal como lo señala el profesor DIEZ PICAZO<sup>2</sup>, podemos considerarlos como hechos jurídicos que constituyen la materia prima para la elaboración del contrato, pero debemos hacer presente que dicho periodo no se encuentra regulado normativamente y que no contamos con una definición en nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de lo anterior, en una primera aproximación debemos extraer los elementos que nos permitan esbozar un concepto de deber precontractual. En tal sentido, podemos enmarcar a los deberes precontractuales en las tratativas preliminares etapa en que las partes realizan tratos, los cuales no obligan a contratar, pero sí a resarcir, además, las partes gozan de absoluta libertad de retirarse de las negociaciones, ya que carecen del elemento volitivo imprescindible para el perfeccionamiento del contrato<sup>3</sup>. También deben adecuar su conducta según lo imponga la buena fe objetiva y subjetiva.<sup>4</sup>, la primera se puede comprobar en la medida que se van desarrollando las negociaciones, devela- en quien desarrolla los tratos- la intención de contratar o, al menos integrar, el proceso conducente al contrato

---

<sup>1</sup> OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO. “Fundamento de los deberes precontractuales en las tratativas preliminares”, Revista digital Nuevo Derecho: Creare Scientia In Ius, diciembre de 2013 p.2.

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO, LUIS. “Fundamentos de derecho civil patrimonial”, tomo I, sexta edición, Civitas, Madrid, 2007. pp. 311 y ss.

<sup>3</sup> OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO. *Ob. Cit.* p.3

<sup>4</sup> BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. “La buena fe contractual”, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

proyectado y sobre todo enmarcarse dentro de las negociaciones preliminares (antes del perfeccionamiento del contrato) y la segunda rige en todo momento la tratativa preliminar. El elemento subjetivo es determinante de la responsabilidad precontractual y corresponde a la conducta desplegada y su menor o mayor cercanía con la esperada en alguien que actúa de buena fe.<sup>5</sup>

Como una cuestión preliminar, el destacado profesor ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, hace una distinción respecto de los deberes precontractuales de información, la cual aplica analógicamente al concepto de los deberes precontractuales.

Es así como, al respeto del análisis de la expresión “deber”, es dable dirigir la atención a la razón de utilizar el vocablo “deberes” y por qué no referirnos a “obligaciones precontractuales”. Para responder, es necesario tener en cuenta que, la idea de deber jurídico evoca un imperativo de conducta, en cambio, la de “obligación” se utiliza para expresar el enlace entre un derecho y un deber,<sup>6</sup> pues es cierto, que toda obligación involucra un deber, pero no significa que se puedan utilizar estos conceptos indistintamente.

En esta primera fase, no existe un enlace entre deber y derecho subjetivo, esto es, que no existe un derecho de prestación, en virtud del cual, una vez cumplido, - por ejemplo, el deber de precontractual de información- se pueda exigir su cumplimiento forzoso. Podríamos comprender a los deberes precontractuales, individualmente considerados, como un deber jurídico que es impuesto por una norma la cual, no le atañe un derecho subjetivo de otra persona.<sup>7</sup>

Siguiendo, en su análisis, y con el propósito de definir, y más aún, fijar un concepto de deberes precontractuales, cabe hacer presente que la respuesta ofrece cierta dificultad como ya mencionamos anteriormente, pues no existe una regla o una figura jurídica dentro de nuestro ordenamiento que la proporcione explícitamente.

Los deberes precontractuales se pueden comprender como “todas aquellas obligaciones, que tienen como origen la buena fe objetiva, y en virtud de la cual, las partes deben guiarse en el ejercicio de las negociaciones preliminares, esto es, durante la formación, y con anterioridad al perfeccionamiento del contrato”. Dichas obligaciones, se ven determinadas por la existencia de una

---

<sup>5</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO. *“Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato”*, Editorial Legal Publishing, 2008. pp. 47 y 48.

<sup>6</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *“Los límites del deber precontractual de información”*, Editorial Aranzadi, 2010, p. 60.

<sup>7</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Ob. Cit.* p. 60.



relación de confianza y equidad, en que la finalidad de dichos deberes es cautelar cada parte de sus intereses y patrimonio, de cualquier daño que pueda surgir con ocasión de las negociaciones preliminares.<sup>8</sup>

Así mismo, y siguiendo lo dicho por ROSENDE, los deberes precontractuales deben comprenderse desde la óptica de la buena fe, definiéndola como aquella responsabilidad que se origina desde las negociaciones preliminares hasta el perfeccionamiento del contrato mismo, en atención a la confianza que se genera razonablemente, por estar negociando equitativamente el contrato, encontrarse finalizado o próximo a finalizar. Este comportamiento debe entenderse de carácter honesto, leal y veraz, además de cumplir con todo lo que requiere para una sana negociación, y así mismo debe procurarse mantener la plena libertad de los pre-contratantes<sup>9</sup>.

Como tercera posible definición, en Derecho comparado, se entiende que los deberes precontractuales son aquellos deberes de conducta del hombre en el prólogo negocial, susceptibles de generar una responsabilidad precontractual, la cual tiene su fundamento en el concepto de *fe in contrahendo*, fundamentada en el concepto de la buena fe objetiva, que puede ser exigible exclusivamente a las partes cuando entran en negociaciones, originadas por el contacto social.<sup>10</sup>

Siguiendo. Y con objeto de determinar cuál es el concepto más completo, es que nos hemos planteado el objetivo de verificar cada uno de los elementos que deben considerarse. Y es así como en doctrina, se pueden encontrar diversas manifestaciones de los elementos que determinan a los deberes precontractuales. Con todo, atendiendo a los fundamentos de VON JHERING, autor de la doctrina *culpa in contrahendo*, quien entiende que las partes de una negociación tienen deberes recíprocos que nacen en razón de las tratativas preliminares<sup>11</sup>.

Y así sumado a lo anterior, en el derecho contemporáneo, encontramos la protección de la *seguridad* y de la *confianza*, la primera está en la fase precontractual<sup>12</sup>, considerada como un tópico esencial del periodo de formación negocial, orientada en el concepto de la buena fe objetiva<sup>13</sup>, pues

---

<sup>8</sup> OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO. *Ob. Cit.* p. 6.

<sup>9</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO. “*Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*”, Editorial Universitaria, 1979, p. 74

<sup>10</sup> MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. “*La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción*”. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 30: 30-74, 2008, pp. 44-45.

<sup>11</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. “*Tratado de responsabilidad extracontractual*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 1000.

<sup>12</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1003.

<sup>13</sup> MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. *Ob. Cit.* p. 42.

así lo expresa la literatura jurídica germánica, expresión clara, de la relevancia de este elemento - la confianza-.

Sin embargo, aun cuando proteja la confianza, creada en la contraparte durante el proceso de negociación, de ninguna manera se pueden constituir obligaciones que nazcan sin el consentimiento de los contratantes<sup>14</sup>. Por tanto, reiteramos que estos tratos no constituyen de manera alguna un acto o negocio jurídico en sentido estricto, ni tampoco para introducir riesgos imprevisibles por el hecho de iniciar negociaciones. De ahí que el deber de *cuidado*, deba entenderse, en cierto aspecto, como la completa desconsideración de *la confianza creada*.<sup>15</sup>

La *buena fe*, - entendida como un elemento fundamental-, es un estándar abierto y flexible el cual se debe aplicar atendiendo a las circunstancias particulares, y de ahí, la dificultad de poder definir los deberes precontractuales con precisión<sup>16</sup>, por tanto, el comportamiento que se exige por el ordenamiento debe ser acorde a la probidad, aplicado en todas las etapas que constituyan las obligaciones, puesto que la sociabilidad y la ética requieren de un mínimo de *lealtad y honestidad* en el desarrollo de los intereses privados, puesto que la contraparte tiene derecho a que su interlocutora se comporte conforme a la buena fe o a la equidad y cuyo origen no se encuentra – en los casos de tratativas contractuales- en los contratos, sino que en la ley<sup>17</sup>.

El Derecho comparado, específicamente, en la jurisprudencia italiana, reconocía desde el año 1956, que en la formación del contrato e independiente del grado de vinculación, la ley imponía una obligación de corrección y buena fe.<sup>18</sup> Este reconocimiento sigue hasta la actualidad, que se evidencia con el proceso de modernización del movimiento de armonización y unificación del Derecho privado de la Unión Europea, entendido en su sentido más amplio, abarcados los sistemas jurídicos estatales, el Derecho comunitario y el moderno *ius commune*. En tal sentido se puede afirmar que son abundantes

---

<sup>14</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, “*Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*”, Editorial Universitaria, 1979, p. 74. En nuestra jurisprudencia, CORTE SUPREMA, rol N.º 1872/2010, (considerando quinto)

<sup>15</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* pp. 1003

<sup>16</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1003. En nuestra jurisprudencia señala: “Sin embargo, no es posible definir esos deberes con precisión, porque la buena fe es un estándar abierto, que solo puede ser aplicado atendiendo a las circunstancias. Por eso, su concreción depende de la particular relación que surge entre las partes a partir de la oferta o de las primeras tratativas contractuales.” rol N.º 1872/2010. considerando tercero.

<sup>17</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO. *Ob. Cit.* pp. 70-72.

<sup>18</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO. *Ob. Cit.* pp. 70.

los pasos dados para positivizar los deberes precontractuales, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento, que tienen su fundamento en la buena fe<sup>19</sup>.

Pues bien, teniendo en cuenta los elementos señalados por la doctrina y jurisprudencia, pretendemos defender, y sugerir modestamente, la definición correcta, que es aquella que involucre todos los tópicos correspondientes.

Por tanto, los deberes precontractuales, son aquellas obligaciones de conducta emanadas de la Buena Fe objetiva que deben realizar las partes en el prólogo negocial, susceptibles de generar una responsabilidad precontractual, la cual tiene su fundamento en el concepto de *fe in contrabendo*, esto es, desde las negociaciones preliminares hasta el perfeccionamiento del contrato mismo, en que el comportamiento y relación de los contratantes debe ser de carácter honesto, leal, veraz y debe procurar entre ambos la confianza, equidad, incluyendo todo lo que requiere una sana negociación, siendo su finalidad la de cautelar los intereses y patrimonio de las partes.

Es importante hacer presente que en estas etapas preliminares se reconoce una desigualdad, ya que normalmente existirá una parte que contará con mayor conocimiento respecto del contrato que se realizará y sobre la base de esta discordancia de información es que nacen obligaciones recíprocas entre estas lo que se desarrollará más adelante respecto al deber de información en el contrato médico.

## **1.2) Justificación de los Deberes Precontractuales**

Tanto en la doctrina nacional, como la extranjera, esta consiste en reconocer la existencia y plena validez de los deberes precontractuales.<sup>20</sup> Sin embargo, no existe consenso en nuestro

---

<sup>19</sup> GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ y OTERO CRESPO, MARTA. “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, en Revista Indret Para El Análisis Del Derecho 2 (2010), ver en [http://www.indret.com/pdf/731\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf). ; SCHULZE, REINER, “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho contractual europeo”, ADC, pp. 29-58, 2006, (espec., p. 31). Este autor comparte el reconocimiento de los deberes precontractuales; sin embargo, difiere respecto al principio en que se basan, señalando que el principio general básico del derecho comunitario es la libertad de contratación, coincidente a que sobre este punto con todos los Estados miembros, pero, sin duda, por el hecho de que en sí mismo representa un principio autónomo del Derecho privado comunitario, resultante de los valores en que se inspiran los TUE y TCE, puesto que la filosofía en que se inspira la economía de mercado y el libre comercio entre los Estados miembros lleva consigo la autodeterminación, tanto para determinar si se desea concluir un contrato, como para fijar su contenido.

<sup>20</sup> OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO. *Ob. Cit.* p. 6; BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. *Ob. Cit.* pp. 20-27; MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. *Ob. Cit.* p. 45; MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. *Ob. Cit.* p. 484; SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN, “Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales.”. Corte Suprema, rol N.º 1872/2010”, en Revista Chilena de Derecho, 40, N.º 1 (2013), pp. 314-322, así como la jurisprudencia nacional; CORTE SUPREMA, rol N.º 37430/2015 (considerando quinto), donde se señala “Que entre los deberes precontractuales de quienes participan de las tratativas preliminares está el deber de lealtad, que exige llevar adelante las negociaciones de buena fe, esto es, con el propósito efectivo de celebrar un contrato”; CORTE SUPREMA, Rol N.º 58029/2010

ordenamiento y doctrina respecto al fundamento de los deberes previos que deben cumplir los futuros contratantes.<sup>21</sup>

La importancia de la justificación de los deberes precontractuales se origina por una sustancial necesidad de los contratantes, pues la relación existente en la fase preliminar es incipiente, pero de enorme relevancia teórica- práctica, considerando que parte importante de los contratos libremente discutidos supone una etapa de discusión previa a su celebración, la cual se da en la mayoría de los casos, conscientes de lo que significa el riesgo de intercambiar información durante las negociaciones. Esto, evidentemente, originará una relación temerosa, fundada en la desigualdad<sup>22</sup>, puesto que, siempre habrá una parte que tendrá mayor conocimiento respecto del negocio que se está realizando, en atención a que son dos desconocidos que pretenden celebrar un contrato. Por tanto, se hace necesaria la protección de la precaria relación que existe entre los pre contratantes.<sup>23</sup>

La doctrina tradicional ha velado por la protección de los vicios del consentimiento, como así también respecto a los vicios redhibitorios<sup>24</sup>, pues asume que las partes son libres de contratar dentro de su esfera de autonomía privada. Desde esta perspectiva, es fundamental la protección de la etapa precontractual, puesto que en esta fase – en las tratativas preliminares<sup>25</sup>- puede verse alterada la genuina intención de obligarse<sup>26</sup>. Es así como también encuentran su fundamento de necesidad, en atención a razones económicas, - específicamente respecto del deber de información-, ya que ninguna de las

---

(considerando tercero) “En la etapa previa existen deberes precontractuales que pueden hacerse descansar en la buena fe objetiva, de forma de imponer, en determinadas circunstancias, peculiares deberes de información, que aseguren una negociación justa y no basada en un aprovechamiento que el derecho no tolere.”; CORTE SUPREMA, rol N.º 14243/2013 (considerando decimo). CORTE SUPREMA, Urrea con CorpBanca, Rol N.º 218/2011, considerando decimotercero.

<sup>21</sup>BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. *Ob. Cit.* pp. 20, 21, ALCALDE SILVA, JAIME. “*Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, 21 (2009), pp. 279-287; OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO. *Ob. Cit.* en el sentido que “Este principio no es, por ende, más que una consecuencia del fin de protección de la norma que dicho artículo contiene, y del cual surge para las partes el deber de obrar conforme a la buena fe como un principio del Derecho de una especial configuración, entendiéndolo como poseedor de una fuerza imperativa directa, capaz de ser una fuente directa creadora de normas concretas de conductas, como de derechos y obligaciones, plenamente exigibles por los miembros de una relación subjetiva”

<sup>22</sup>DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Ob. Cit.* p. 171, en lo que se refiere a que “existe un conjunto de relaciones contractuales en que el legislador ha considerado que las partes deben ser tratados *como* si fueran desiguales, (...) entendiendo que la parte no es capaz de proteger adecuadamente sus propios intereses, y por lo mismo, - y asumiendo que la otra parte se encuentra en una mejor posición para hacerlo. Se le impone el deber de informar”

<sup>23</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO. *Ob. Cit.* p.174.

<sup>24</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1018; definido como “referentes a las calidades de las cosa o servicio, que son o pueden ser presumirse conocidas por la parte que lo posee o presta el servicio y que resultan determinantes en la decisión contractual de la contraparte.”

<sup>25</sup> Las tratativas preliminares – entendida como los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato.

<sup>26</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1000

partes debiera incurrir en una especie de inversión para obtener información respecto de lo que se quiere contratar, puesto que significaría un desincentivo para estos efectos.<sup>27</sup>

Así mismo, en ciertas relaciones contractuales, es posible verificar que, entre las partes, se da una desigualdad en la posición negocial que suele caracterizar la situación de los consumidores y proveedores en las relaciones de consumo. Dicha desigualdad, se condice con la presencia de asimetrías informativas<sup>28</sup>, es decir, por las ventajas que, en términos de información, posee una de las partes sobre la otra. Lo que ha sugerido DE LA MAZA GAZMURI, es que las equivocaciones de una de las partes, no solo se explicaría por la falta de información, sino también por problemas de racionalidad imperfecta, la cual consiste en que la información se suministra, pero el consumidor no es capaz de hacer un buen uso de ella, de ahí que la técnica predominante que se ha empleado, sea la imposición de deberes precontractuales de información.<sup>29</sup>

### **1.3) Clases de Deberes Precontractuales: Típicos y Atípicos**

Los deberes precontractuales generalmente son atípicos, pero se encuentran de manera excepcional reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico como en la jurisprudencia nacional, explícitamente en algunas normativas. Dependerán del tipo de contrato frente al que nos encontremos, pero podemos identificarlos en la Ley del Consumidor, así como también en la Ley de Etiquetado y finalmente en la Ley N.º 20.584 que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a la atención de salud.

Algunos deberes precontractuales no han sido establecidos por el legislador, pero a pesar de que no se encuentren una norma concreta que los consagre, existe un principio general del que pueden extraerse, lo que origina el deber de cumplimiento dentro del íter contractual, pues, la jurisprudencia<sup>30</sup> los aplica de igual forma, reconociendo su fundamento en la buena fe, entendido como un principio del derecho de una especial configuración, poseedor de una fuerza imperativa directa, capaz de ser una fuente creadora de normas concretas de conductas, exigibles por los miembros de una relación

---

<sup>27</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* pp. 1004.

<sup>28</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Ob. Cit.* pp. 21-23, BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* disponiendo el autor que “en los deberes de información subyace el principio de derecho privado, en cuya virtud el lego que negocia con un experto debe ser igualado, al menos en lo esencial, en la información que dispone el especialista”.

<sup>29</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Ob. Cit.* p. 120.

<sup>30</sup> ; SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN, “Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales.” Corte Suprema, rol N.º 1872/2010”, en revista Chilena de Derecho, 40, N.º 1 (2013), pp. 323. “lo que permite afirmar a nuestro parecer, que los deberes precontractuales nacidos de la buena fe son válidos y poseen fuerza”.

subjetiva<sup>31</sup>, mientras que otros entienden como fundamento el deber de cooperación entre las partes que integra la idea misma de contrato<sup>32</sup>, emanación directa del artículo 2314 del Código Civil, que consagra el principio general de no dañar a otro.

Por tanto, de lo anterior podemos afirmar que nos encontramos ante la imposibilidad de poder definir o establecer un catálogo exhaustivo de los deberes precontractuales, a priori, pues siguiendo como fundamento el principio de negociar de buena fe, así como también actuar con el deber de cuidado<sup>33</sup>, da origen a un estándar abierto, que se aplica atendiendo a las circunstancias, por lo que su concreción atenderá a las particularidades de la relación que surge entre las partes a partir de la oferta o de las primeras tratativas contractuales.<sup>34</sup>

Siguiendo con el análisis de aquellos deberes, a la luz de Ley N.º 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, donde encontramos la regla general contenida en del artículo 3 b)<sup>35</sup>, su tenor indica que, a diferencia de lo que sucede en el derecho común de los contratos, existe un deber general del proveedor de suministrar información al consumidor en la etapa previa a la formación del consentimiento, estableciéndose un amplísimo deber precontractual de informar para el proveedor.<sup>36</sup> También se verifica, pero de manera más particular con el supuesto del artículo 32<sup>37</sup> y del artículo 37<sup>38</sup>, con un alcance extremadamente amplio. Si bien, se encuentra establecido el deber de informar, no

---

<sup>31</sup> MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. *Ob. Cit.* p. 47- 58, Así mismo señala Vladimir Monsalve que en la p. 45 que el “El principio de buena fe, se extiende en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares, direccionando las conductas humanas y en especial los actos y contratos que gobiernan la convivencia, de tal forma que estas prescripciones generales siempre serán aplicadas, no solo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución” BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO, “*El Resarcimiento del daño moral en España y Europa*”, Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 47, señala que la Escuela Alemana e Italiana durante el siglo XIX y siglo XX logró unificar sus criterios, comprendiendo a la buena fe como fuente de las obligaciones y de los límites impuestos a la conducta humana. En que los deberes secundarios de conducta adquieren gran importancia en la etapa precontractual, donde la fuente legal de estos deberes accesorios o secundarios de conducta se haya en una norma dispositiva de carácter superior y es el principio de la buena fe, el cual gobierna absolutamente todas las relaciones negócias existentes.

<sup>32</sup> Como enseñaba Emilio Betti (1890-1968) y nos recuerda, citando al maestro italiano p. 84.

<sup>33</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1003.

<sup>34</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1000.

<sup>35</sup> Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.

<sup>36</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “*El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 2 (2010), pp. 21-46.

<sup>37</sup> Artículo 32: “en la medida en que se limitan a contratos celebrados por medios electrónicos, y a aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia”

<sup>38</sup> En el sentido que se limita a los actos de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor.

resulta posible enunciar taxativamente cuál sea la información que un consumidor promedio necesita para formar adecuadamente su voluntad, por tanto, debe atenderse a las circunstancias del caso.<sup>39</sup>

El deber de información también se encuentra tipificado en el Artículo 2° de la Ley N.° 20.606, precepto que exige que, durante las tratativas preliminares, el futuro contratante o consumidor, deberá conocer la información nutricional, expresada en las etiquetas o envases, de manera que este al momento de contratar, cuente con la información verídica, en aras de la proteger del consentimiento de las partes.<sup>40</sup>

La evolución doctrinal, jurisprudencial y la descodificación, vienen a complementarse con la entrada en vigencia de la Ley N.° 20.584 de 2012<sup>41</sup> que ratifica de manera explícita los deberes precontractuales establecidos a favor de los pacientes, como el de información<sup>42</sup> y el derecho a la confidencialidad<sup>43</sup> y el deber de consejo, entregando su reglamentación a la Ley N.° 20.584 y a la potestad Administrativa. Así lo plantea la enunciación del artículo 10 inciso 1° de la Ley N.° 20.584, en que el contenido del deber de información, es amplio, pero atendiendo a las características individuales del paciente<sup>44</sup>.

Por tanto, el deber de información se encuentra tipificado tanto directamente como indirectamente en nuestro Derecho, puesto que su incumplimiento puede acarrear responsabilidad por parte del infractor, el cual se encuentra recogido por nuestra legislación en forma muy dispersa y sobre materias relativamente distintas. Tales casos son el artículo 1861 de nuestro Código Civil, que establece el deber de información relativo al contrato de la compraventa, asimismo encontramos

---

<sup>39</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Ob. Cit.* p. 45.

<sup>40</sup> “Los fabricantes, productores, distribuidores e importadores de alimentos deberán informar en sus envases o etiquetas los ingredientes que contienen, incluyendo todos sus aditivos expresados en orden decreciente de proporciones, y su información nutricional, expresada en composición porcentual, unidad de peso o bajo la nomenclatura que indiquen los reglamentos vigentes.”

<sup>41</sup> PIZARRO WILSON, CARLOS, “*El Contrato Médico. Calificación, Contenido y Responsabilidad*”, en *Revista Chilena de Derecho* 41, (2014), pp. 825-843

<sup>42</sup> Artículo 10: Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca 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 procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”.

<sup>43</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO, “*Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos*”, en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. “*Cuadernos de análisis jurídico*”. Colección Derecho Privado, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 199-221.

<sup>44</sup> EL autor expresa que se distingue, ya sea la edad, el estado de salud, su nivel de comprensión y otras que refieran a la individualidad del paciente” p. 100, PIZARRO WILSON, CARLOS, “*En oposición al consentimiento hipotético informado*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 44 (2015) 97-120

dentro de la Ley N.º 19.496 de Protección al Consumidor, modificado por la Ley N.º 20.555, la cual en su artículo 32 contiene una norma mucho más específica que la contenida en el Código Civil<sup>45</sup>. Y más precisamente se encuentra reconocido a propósito del saneamiento de la evicción establecida en los artículos 1859, 1930 inciso cuarto, 2188 y de los vicios redhibitorios ubicados en los artículos 1933, 2192 y 2003 del Código Civil.<sup>46</sup>

Por lo dicho anteriormente, podemos concluir que, dentro del ordenamiento jurídico chileno, los deberes precontractuales se pueden concretar de formas diversas. En ocasiones, una norma jurídica impone expresamente dichos deberes; en otras, son los jueces quienes, aplicando el principio general de la buena fe, y a falta de norma expresa, extraen directamente de éste dichos deberes. Con todo, si se acepta la tesis de que el fundamento último de los deberes precontractuales es la buena fe, puede afirmarse que, en ciertos supuestos, el legislador ha tipificado las exigencias de la buena fe<sup>47</sup> y, en otros supuestos, ha dejado al juez la posibilidad de que él establezca deberes precontractuales atípicos, mediante la concretización de las necesidades de la buena fe en el desarrollo de un contrato.<sup>48</sup>

#### **1.4) Identificación de Deberes Precontractuales en el Contrato Médico**

Lo que nos compete analizar en este acápite son los deberes precontractuales que podemos encontrar en el contrato médico. Para comenzar, nos remitimos a la Biblioteca del Congreso Nacional más precisamente a la historia de la Ley N.º 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención en salud. La referida ley se da como consecuencia del proceso de culminación de la reforma a la salud que se inició el año 2001, con el Proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de las personas en salud. Según la opinión del profesor PIZARRO WILSON, esta ley ratifica que en el Código Civil no hay una regulación comprensiva de los derechos de los pacientes en forma sistemática y adecuada a la concepción actual de la persona.<sup>49</sup>

El proyecto desató variadas discusiones, además de recibir duras críticas, pues está dirigido a los pacientes, más específicamente a los derechos de autonomía de estos. La problemática que se

---

<sup>45</sup> PRADO PUGA, ARTURO. “Sobre la responsabilidad civil precontractual”, en Revista Actualidad Jurídica 32, (2015), pp. 167-176

<sup>46</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, “Por la articulación de un sistema de medios de tutela precontractual en el Código Civil Chileno”, en Estudios de Derecho Civil XII, Santiago, Editorial LexisNexis, 2017, pp. 465-484.

<sup>47</sup> véase autores indicados en la nota 20.

<sup>48</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Ob. Cit.* pp.75-109

<sup>49</sup> PIZARRO WILSON, CARLOS. *Ob. Cit.* p. 827.



visualizó es que no existía una manera de diferenciar claramente lo atingente a la autonomía de los pacientes y la responsabilidad de los médicos. Otro aspecto que causó interés es la consagración del consentimiento informado y la regulación de la muerte digna que dio paso a un sinfín de debates entre académicos, médicos y religiosos sobre la medicina en los límites de la vida, centrándose en la posibilidad de armonizar el rechazo del ensañamiento u obstinación terapéutica, pero evitando al mismo tiempo, los distintos abusos que pudieren llegar a cometerse.

La inspiración del proyecto surge de numerosos instrumentos del derecho internacional, los cuales dieron paso a normas jurídicas concretas que se adaptarán a los distintos escenarios en que su posible vulneración deba enfrentarse.

Dentro de los principios inspiradores de la ley, encontramos el de dignidad de las personas y la autonomía de las personas en su atención de salud, el cual no ha estado exento de críticas ya que no es relevante frente a las facultades del médico tratante, pues no se reconoce la autonomía de los enfermos terminales, de decidir cómo y cuándo morir (asociado a la adhesión a una concepción religiosa que plantea la indisponibilidad del derecho a la vida). Así como también, el derecho de las personas a decidir informadamente, que apunta al derecho que tiene toda persona de que el prestador le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible sea en forma visual, oral o por escrito para que el sujeto pueda otorgar o denegar su voluntad cuando se somete a cualquier procedimiento, en el que se plantea como requisito para el correcto ejercicio de este derecho el cumplimiento del deber de informar, correlativo al derecho a ser informado<sup>50</sup>.

Respecto de los menores de edad, también se reconoce la calidad de sujetos de derecho, pero se hace distinción respecto a la edad, quienes al ser mayores de 14 y menores de 18 deben ser informados por el profesional tratante. En cuanto a las personas en situación de salud terminal, se plantea que puedan rechazar tratamientos que estimen desproporcionados e innecesarios y la posibilidad de “limitar el esfuerzo terapéutico” con objeto de limitar la distanasia<sup>51</sup>. Por su parte, sobre las personas con discapacidad psíquica o intelectual, se busca superar la distinción entre capaces e incapaces, recogiendo la existencia de distintos niveles de competencia que debe ser reconocida, al menos en lo que concierne a las decisiones en materia de salud. En la confidencialidad de la

---

<sup>50</sup> Historia de la Ley, Biblioteca del Congreso Nacional pág. 7 y 8

<sup>51</sup> Palabra de origen griego que significa “muerte difícil o angustiosa”. En el vocabulario de la ética se utiliza la palabra distanasia para indicar la utilización en el proceso de morir de tratamientos que no tienen más sentido que la prolongación de la vida biológica del paciente. Ver <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201027.pdf>

información de salud, se establece un criterio general de protección de esta información y además regula de manera pormenorizada las situaciones en que es finalmente necesario permitir que esta confidencialidad ceda en cada caso particular y bajo estrictas normas sobre su manejo. Se reconoce el derecho a la participación ciudadana en salud que es la posibilidad de los sujetos de intervenir en decisiones que conciernen a la salud colectiva y también efectuar consultas y reclamos. Por último, se establece el marco legal para la tutela ética en los servicios asistenciales referido a la existencia de Comités de Ética, instancia no jurisdiccional, pero con reconocimiento a nivel mundial.

Nuestro objetivo en este acápite es identificar normas que podamos considerar influyentes en las tratativas preliminares, donde se configuran los deberes precontractuales, para luego en el segundo capítulo, analizar más en profundidad el deber de comunicación o información consagrado explícitamente en el párrafo 4, artículo 8 y siguientes de la Ley N.º 20.584, y además el deber de consejo que no está consagrado explícitamente en la ley, pero podemos desprender del deber de información y lo encontramos en los artículos 10, 24 y 25 de dicha ley.

Así mismo, podemos encontrar el deber de lealtad presente en toda negociación, que conlleva a que ambas partes, en su relación directa, tienen la obligación de obrar de buena fe compartiendo información y ajustando su comportamiento a marcos regidos por la lealtad y confianza para llevar la celebración del contrato a concreción, esto es, el deber de actuar seria y consecuentemente, donde los contratantes que realizan las diligencias encaminadas a la celebración del contrato deben obrar de manera congruente, mirando el objetivo, que es celebrar un contrato paralelamente, negociando de manera seria, demostrando la intención de realizar el contrato de manera eficiente y eficaz.

Lo dicho anteriormente, se materializa en el artículo 10 de la referida ley, donde la información antes de contratar es primordial, pues se señala que debe ser “oportuna y comprensible” por parte del médico u otro profesional tratante acerca del estado de salud y el posible diagnóstico de su enfermedad, así como también se encuentra presente, el deber de reserva, secreto o confidencialidad. Es fundamental señalar que, en el avance de las tratativas preliminares, las partes obtienen información relevante para la formación del contrato, que, en algunos casos, si es divulgada, puede lesionar a la otra parte - principalmente si se trata de enfermedades que tienen un rechazo social como el SIDA-. Este deber, exige que las partes guarden la debida discreción que la información amerita. Ahora bien, si no se cumple este deber, una de las opciones que tiene el afectado y que sería procedente, es la indemnización por los perjuicios ocasionados, siempre y cuando la información haya sido conocida a

consecuencia de las negociaciones entabladas.<sup>52</sup> Postularemos también, en el desarrollo del presente trabajo, que puede dar paso a otro remedio por incumplimiento, por ejemplo la nulidad o adaptación del contrato, pues es inevitable que se intercambie información y mientras más complejas las negociaciones, entonces más confidencial será la información-.

Encontramos el deber antes dicho, precisamente en el párrafo 5° “De la reserva de la información contenida en la ficha clínica” de la presente ley, el artículo 12 inciso segundo, señala que “toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2 de la ley N.º 19.628”.

Finalmente, podemos concluir que este deber encuentra su fundamento, en querer evitar que quien participe en la negociación sufra perjuicio. El profesor OPAZO BARRIENTOS, señala que es importante enfatizar, que el deber subsiste independiente del éxito o no de los actos, diligencias o negociaciones que se llevan a cabo en la antesala del contrato.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO. *Ob. Cit.* p. 100.

<sup>53</sup> OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO. *Ob. Cit.* p.11.

## CAPÍTULO II

### 2. CONFIGURACIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES EN EL CONTRATO MÉDICO.

En relación a los deberes precontractuales, debemos analizar el contrato entre el médico y el paciente. Determinar su contenido constituye una tarea ineludible para descifrar los deberes del mismo, en una primera aproximación y del análisis de la Ley N.º 20.584 podemos identificar el deber de seguridad<sup>54</sup>, de cuidado<sup>55</sup>, información y finalmente el deber de consejo. Sin embargo, en este acápite nos enfocaremos particularmente en el análisis de los dos últimos.

#### 2.1 Deber de Información

En primer lugar, analizaremos la concretización del deber de informar en la Ley N.º 20.584, el contenido que debe tener la información, desde una mirada general. También indagaremos en lo sostenido por la jurisprudencia y la doctrina, posteriormente examinemos la historia de la ley y haremos una comparación somera para dilucidar el modelo en que se inspiró la citada ley.

##### 2.2.1 Configuración del Deber de Informar en la Ley N.º 20.584

La relación entre el agente de salud y el paciente, se encontraba regulada y entregada tradicionalmente a la ética profesional, como a los principios administrativos que promovían el buen trato. Así las cosas, luego de más de diez años de tramitación legislativa e intensa discusión, se reconoció un catálogo de derechos y deberes. Expresión de los derechos fundamentales<sup>56</sup> recogidos

---

<sup>54</sup> De carácter típico. Se encuentra regulado en el artículo 4 de la Ley N.º 20.584, constituye una obligación legal para todas las prestaciones médicas. Esta norma, además, dio origen a la dictación de una serie de protocolos médicos para los eventos adversos y centinelas. Es un deber de carácter amplio, ratificado en la resolución exenta emanada del Ministerio de Salud N.º 1.031, de 17 de octubre de 2012, la cual aprobó protocolos y normas sobre la seguridad del paciente, la cual permitió el ejercicio de la potestad administrativa en todo su esplendor, cuyo contenido se refleja en una serie de prácticas clínicas y protocolos que deben considerarse imperativos para los médicos, modelado por la *lex artis*. En PIZARRO WILSON, CARLOS. *“La Responsabilidad Civil Médica”*, Editorial Legal Publishing Chile, 2017, pp. 27- 34.; BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* pp. 665 a 825; PIZARRO WILSON, en *“El contrato médico (.) Ob. Cit.* pp. 831 a 835.

<sup>55</sup> BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* pp. 665-825; En relación con el deber de cuidado exigible a los profesionales de la salud, la jurisprudencia ha evolucionado progresivamente hacia el establecimiento de deberes cada vez más extensos y estrictos, deducidos como contenido implícito de los contratos, como expresión de la *Lex Artis* o como parte de la noción de falta de servicio propia del Derecho Administrativo. la Ley N.º 20.584, ha ampliado los deberes explícitos de los prestadores de salud, sean estos profesionales o establecimientos. WAHL SILVA, JORGE. *“Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios, cuaderno de extensión jurídica N.º 25”*, pp. 16 a 17.

<sup>56</sup> Los principios inspiradores de esta iniciativa, son la dignidad de las personas, la autonomía de estas últimas en lo referido a su atención en salud, y el derecho a decidir informadamente. Como principio rector se encuentra la dignidad

en nuestra Constitución Política y en los Tratados Internacionales suscritos por Chile, es que se dio origen a la Ley N.º 20.584<sup>57</sup>, exigible a todo prestador de salud, público o privado, sea individual o institucional.<sup>58</sup> Que se dirige principalmente, al paciente en su proceso de atención en salud; período comprendido desde el primer contacto e ingreso a un establecimiento de salud hasta su egreso.<sup>59</sup>

La Ley N.º 20.584 reconoce el deber de información el que, si bien, no aparecía en términos formales asumido por el legislador, nadie dudaba de su existencia, puesto que bastaba recurrir a la buena fe en su función integradora<sup>60</sup>. Más aún, el reconocimiento del deber de información, no se limita a la Ley N.º 20.584, pues, ya se encontraba reconocida en el Reglamento de los Servicios Públicos de Salud.<sup>61</sup>

El párrafo 4º de la Ley, referido al derecho de información, se evoca específicamente a la información que debe ser entregada a la persona que debe decidir si someterse o no a un tratamiento, se compone de 4 artículos, cada uno de ellos contempla una parte de la información. Es así, como conforme al plexo de derechos que la Ley N.º 20.584 fija, se determina el marco mínimo en que se desarrollará la atención en salud. Encontrándose explícitamente el deber de información<sup>62</sup>, el cual debe permitir al paciente tomar una decisión, conforme a su voluntad, inteligencia y libertad.<sup>63</sup> Así mismo,

---

de la persona, por lo que todo acto que atente contra esa dignidad o consecuentes derechos fundamentales, aunque no explicitados por el legislador será recurrible conforme a las normas constitucionales. Respetar la dignidad de las personas no es una mera afirmación declarativa. Al contrario, ésta se traduce en formulaciones y hechos concretos, especialmente en el respeto por su libertad. Una de las expresiones es la ampliación de libertades, como la autonomía y control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos. En Historia de la Ley N.º 20.584, p. 7.

<sup>57</sup> Esta ley fue Publicada en el Diario Oficial con fecha 24 de abril del año 2012; con vigencia diferida al 1 de octubre del mismo año.

<sup>58</sup> MILOS, PAULINA y CORRAL, HERNÁN. *"Derechos y deberes de los pacientes, Estudios y textos legales y reglamentarios"*, en Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes 25 (2014), p. 5.

<sup>59</sup> MILOS, PAULINA y LIRA, FRANCISCA, *"La Ley N.º 20.584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Una visión panorámica"*, en Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes 25 (2014), p. 9.

<sup>60</sup> DOMINGUEZ HIDALGO, CARMEN. *"Aspectos de la integración del contrato"*, en *Estudios de Derecho Civil VI*, Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 251 Y SS

<sup>61</sup> Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, decreto N.º 140 del Ministerio de Salud, de 21 de abril de 2005, en su artículo 34. "Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquéllos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conlleven, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a su grupo familiar."

<sup>62</sup> La Ley N.º 20.584 consagra entre otros, el derecho a la información, el que distingue entre la información terapéutica, la información administrativa, la información financiera, la información al paciente en cuanto consumidor y, la información destinada a la obtención del consentimiento informado.<sup>62</sup> En MILOS, PAULINA y LIRA, FRANCISCA. *Ob. Cit.* p. 10

<sup>63</sup> MILOS, PAULINA y LIRA, FRANCISCA. *Ob. Cit.* p. 10

dentro de este marco, está presente el consentimiento informado<sup>64</sup> que permite concretar el ejercicio de la autonomía personal en la toma de decisiones vinculadas a la atención en salud.

El deber de informar goza de reconocimiento legal expreso en el artículo 8<sup>o</sup><sup>65</sup>, en el que expresa que toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible. En consecuencia, el titular de este derecho es el paciente, que tiene como contrapartida al médico, el cual tiene el deber de cumplir con el mismo<sup>66</sup>. Una vez prestado el deber de informar se dará lugar al consentimiento informado, el cual habilita al médico para poder efectuar la intervención médica, pues, parece lógico que, ante la intervención de un tercero, merece al menos, poder identificar ciertos aspectos fundamentales del acto médico.<sup>67</sup>

Así también, cabe hacer presente que, el deber de información, se manifiesta, además, en el artículo 10<sup>68</sup>, de dicha ley, reconociendo el derecho del paciente, es así que de forma explícita dice que, “*toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible*”. De modo que el deber de informar aparece, como un requisito del consentimiento del paciente, salvo que nos encontremos con las excepciones que señala la misma ley.

Así las cosas, respecto del contenido de este deber, se encuentra el de informar sobre los riesgos asociados al tratamiento apropiado en atención a su diagnóstico y a la condición del paciente. Sin embargo, la ley no es explícita al señalar cual es el límite del contenido, al contrario de lo que se regula en otros ordenamientos<sup>69</sup>. En nuestra ley, se limita a indicar que el paciente tiene derecho a ser

---

<sup>64</sup> El consentimiento informado debe entenderse como un derecho instrumental de esta ley, hace posible la realización y la concreción práctica de los derechos fundamentales, que en este caso es el de información. ídem.

<sup>65</sup> 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. 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.

<sup>66</sup> No nos explayaremos sobre la distinción de los deberes que recaen, esto es tanto para los médicos como al prestador de servicio en general.

<sup>67</sup> PIZARRO WILSON, CARLOS. “*La responsabilidad civil médica*”, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 40.

<sup>68</sup> “Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca 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 procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”

<sup>69</sup> En el derecho alemán el contenido de la información es más completo que nuestro ordenamiento, puesto que debe entregar detalles al paciente sobre el diagnóstico, el tratamiento propuesto, las alternativas los riesgos existentes y, si es posible, el pronóstico de recuperación. IBARRA FUENTES, CONSTANZA. “*Análisis sistemático de la Ley N.º 20.584*”

informado “*de los riesgos que ellos puedan representar*”, asunto bastante complejo, pues, delimitar cuales son los riesgos dependerá del caso concreto. De ahí que, existe discrepancia en la doctrina<sup>70</sup>. PIZARRO WILSON, postula los riesgos son aquellos de frecuente ocurrencia y los más graves, pues estos determinan, por regla general, que actitud seguir, esto es, si aceptar el tratamiento o no.<sup>71</sup>

Sin embargo, según establece el profesor DE LA MAZA, se trata de que el profesional suministre al paciente información y que ésta resulte útil para este último. Por tanto, el requisito, es que la información sea comprensible, la cual dependerá, como es evidente, de los conocimientos y capacidades del paciente. Por consecuencia, será necesario que el profesional, -en determinados casos-, adapte la información de carácter más técnico-científico a un lenguaje común, de manera que pueda ser utilizada por el paciente.<sup>72</sup>

Existe, además, un deber accesorio, que es el deber de consejo, el cual se tratará en el acápite siguiente. Pues bien, a modo de conclusión, toda actuación médica debe contar con la autorización del paciente, la cual debe ser suficientemente informada. Pues, recae en el médico el deber de suministrar al paciente la información necesaria para tomar su decisión.

El objetivo de este deber, se funda en que el paciente conozca la magnitud de lo que le afecta y por medio de dicha información pueda decidir cómo va a ejercer su derecho de disposición sobre su propio cuerpo. La forma de entregar la información debe ser comprensible, debido a la asimetría de información existente entre un profesional médico y el paciente.

---

*que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud*”, *cuadernos del Tribunal Constitucional* N.º 61, 2011. En términos similares la doctrina española según lo señalado en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre la actuación en el ámbito de la salud a que se vayan a someter. Dicha información comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. GALÁN CORTÉS, JULIO. “*Responsabilidad médica y consentimiento informado*”, Civitas, Madrid, 2001, p. 298.

<sup>70</sup> PIZARRO, WILSON (2017), *Ob. Cit.* pp.40-41.

<sup>71</sup> Algunos autores nacionales estiman que la información dada, debe ilustrar al paciente de sus condiciones de salud, además de conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos para que pueda decidir lo que quiera y crea conveniente. BRANTT ZUMARÁN, MARÍA GRACIELA. “*Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento*”, en GUZMÁN BRITO. “*Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvall*”, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, p. 514.

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, “*Sistema de responsabilidad médica*,” 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2007, p. 217, citado en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. “*Contrato de servicios médicos, consentimiento informado y relación de causalidad*”, *Revista chilena de Derecho Privado*: 247- 255, 2009. P. 249.

## 2.2.2 El Consentimiento Informado

El párrafo 4° del título II de la Ley, contiene el consentimiento informado<sup>73</sup>, sobre el que reposa el principio de la autonomía del paciente.<sup>74</sup>

El contexto descrito, el art. 14 de la Ley establece que “*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*”. Éste derecho debe ser ejercido según los términos establecidos en el artículo 10. Conviene añadir que, de acuerdo al art. 4, adicionalmente, “*toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado*”. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma.

Si bien, el principio no se encuentra explícitamente consagrado en la legislación<sup>75</sup>. En este sentido, la ejecución del contrato de buena fe, permite responder del cumplimiento de la obligación considerando las circunstancias previsibles que pueden interferir en este. Como se aprecia, la nueva normativa es expresión o culminación de una tendencia en que el paciente deja de ser una suerte de sujeto pasivo de un procedimiento, y se convierte sujeto activo del proceso, así como lo ha reconocido la jurisprudencia<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup>No estará exenta de dificultades tanto desde el un punto de vista legislativo, como jurisprudencial y doctrinario.

<sup>74</sup>Tiene por objeto respetar la libertad y el control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos.

<sup>75</sup>Consentimiento informado es un asunto determinante, complejo y fuertemente debatido. En contraste con lo que suele suceder en el derecho comparado, en Chile carecemos de una ley que establezca como requisito de las actuaciones médicas la obtención del consentimiento informado. DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “*Consentimiento informado y relación una visión panorámica*”, en *Ius et Praxis*. vol. 6, N.º 2, Talca, p. 89.

<sup>76</sup>Corte de Apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012. Sostuvo que; “*la información al paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del consentimiento informado, siendo el objeto esencial de éste la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye per se un requisito del acto médico*”



## i. Jurisprudencia

En Chile han existido esfuerzos doctrinarios<sup>77</sup> para otorgar fisonomía al deber de informar en el ámbito médico en el derecho Civil. Es así como en la jurisprudencia<sup>78</sup>, es posible evidenciar sentencias que han reconocido y aplicado éste deber, aunque son escasas, tienen un contenido prolifero.

La importancia del deber de informar, aparece recogido de manera reciente, los cuales dejan de manifiesto la estrecha vinculación entre el deber de información y el de consentimiento informado, siendo este último, consecuencia del primero. No se puede entender el consentimiento informado, sin que previamente opere la información de manera oportuna, siendo objetivo de ambos la protección de la autodeterminación del paciente, por tanto, requisito per se del acto médico.<sup>79</sup>

Siguiendo con el análisis, a priori, podemos señalar que las sentencias estudiadas contienen el deber de información y la relevancia del objeto del mismo, puesto que, lo que se discute es si se informó un riesgo que era propio.

De lo anterior, podemos concluir que los deberes de información están encaminados a satisfacer el principio de autodeterminación, así como también del principio de dignidad<sup>80</sup> del paciente o de su familia en su caso,<sup>81</sup> este deber radica en la necesidad de compensar el desequilibrio o

---

<sup>77</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “Consentimiento informado, un poco de realismo”. En revista de Derecho Valdivia, Vol. XXX - N.º 2, (2017) BARROS, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad...*, Ob. cit., p. 682. DE LA MAZA, 2010 p. 127 y ss. DE LA MAZA 2010, pp. 2007 y ss. DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “Consentimiento informado, una visión panorámica” *Ius et Praxis*. 2010, Talca. BRANTT ZUMARÁN, MARÍA GRACIELA, “Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento” Colección de estudios de Derecho Civil, 2008, p. 512. TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO, “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. Revista de Derecho Valdivia, Valdivia. 2003, pp. 95 y 96. LARRAÍN PÁEZ, CRISTIAN, “Algunos supuestos de daños en la responsabilidad médica en la doctrina y jurisprudencia española.” Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2004, pp. 207 y ss.

<sup>78</sup> Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, “Fernández Medel con Clínica Las Condes S.A”, 8 de septiembre de 2011, rol N.º 5291-2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 2013, rol N.º 7995-2011. Segundo Juzgado de Letras de los Andes, “Torres Quezada y otros con Servicio Salud Aconcagua”, 24 de diciembre de 2012, rol N.º 131-2010, confirmada con declaración de Corte de Apelaciones, 12 de julio de 2013, rol 449-2013, se rechazó el recurso de casación en el fondo por la Corte Suprema, 30 de enero de 2014, rol N.º 9006-2013. Tercer Juzgado Civil de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con servicio de Salud Concepción”, 21 de agosto de 2012, rol N.º 7408-2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012, rechazado el recurso de casación en el fondo por la corte suprema, 2 de octubre de 2013, rol N.º 4325-2013. Quinto Juzgado Civil de Santiago, “Cárcamo Soto con Pontificia Universidad católica y otro”, 2 de junio de 2014, rol 6651-2009. Corte Suprema, “Toncio Gutiérrez con Valverde Casteñón y Servicio de Salud Libertador Bernardo O’Higgins”, 27 de junio de 2013, rol N.º 2332-2012.

<sup>79</sup> Corte de apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012.

<sup>80</sup> Corte Suprema “Wagemann Morales con Vidal García-Huidobro”, 28 de enero de 2011, rol N.º 5849-2009.

<sup>81</sup> Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, “Fernández Medel con Clínica Las Condes S.A.”, 8 de septiembre de 2011, rol N.º 5291-2009.

desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente, que no es ningún experto. Se presenta un doble fundamento, que está dado por la autodeterminación del paciente, vinculado al derecho de decidir su tratamiento habiendo sido informado de forma clara e íntegra. El cual constituye un antecedente necesario e imprescindible, que permite razonar sobre la base del “consentimiento informado”,<sup>82</sup> entendido como un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* médica, que daría origen a un consentimiento sano, dejando habilitado al médico para intervenir su cuerpo<sup>83</sup>.

Como segundo fundamento, se encuentra la urgencia de equilibrar la asimetría de información entre el médico y paciente.<sup>84</sup> Así mismo, se entiende que el médico junto con el paciente, asumirían un riesgo calculado, solo superado en ocurrencia de determinadas circunstancias<sup>85</sup>.

Finalmente, cabe agregar una cuestión determinante, pues el consentimiento del paciente, no equivale a una exoneración de culpa del médico, pues se trata de una cuestión irrenunciable, ya que se trata de la vulneración del derecho a la salud y a la integridad del organismo.<sup>86</sup>

## ii. **Doctrina**

El deber de informar es requisito del consentimiento del paciente, así lo establecen diferentes autores. Por tanto, el paciente debe conocer *ex ante* los riesgos, puesto que de lo contrario no los puede asumir. De ahí que, faltando la acreditación de éste, se entenderá que el médico es quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención, en lugar del paciente.<sup>87</sup>

Así mismo, como lo ha confirmado la jurisprudencia, los deberes de información se orientan a satisfacer el principio de autodeterminación<sup>88</sup>. Sin embargo, respecto de esto, el profesor DE LA MAZA discurre, más bien se cuestiona si los pacientes están en condiciones reales de ejercer su derecho, ya

---

<sup>82</sup> Corte de apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012

<sup>83</sup> Tercer Juzgado Civil de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 21 de agosto de 2012, rol N.º 7408-2009.

<sup>84</sup> PIZARRO, WILSON (2017), *Ob. Cit.* p. 54.

<sup>85</sup> Ese riesgo previsto, solo podrá ser superado por aproximaciones científicas en que podrán variar, circunstancias externas ajenas a su control o internas del organismo enfermo.

<sup>86</sup> PIZARRO, WILSON (2017), *Ob. Cit.* p. 57

<sup>87</sup> GALÁN CORTÉS, JULIO, “*Responsabilidad civil médica*”, Thompson-Civitas, quinta edición, 2016, pp. 623 y 624.

<sup>88</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE “*Tratado de responsabilidad...*”, (2006). *Ob. Cit.* p.683.

sea porque no lo quieren, o porque el mismo sistema de burocratización afecta el deber de informar, a lo que se agrega la dificultad de ser comprendida.<sup>89</sup>

Por tanto, podemos concluir que el objetivo de la ley es obtener por parte del médico información, principalmente respecto de los riesgos, lo que da origen al consentimiento informado, consistiendo en una especie de autorización al médico de intervenir y poder asumir los riesgos informados. Sin embargo, consideramos que, en la práctica, el cumplimiento del principio de autodeterminación, no está exento de dificultades, pero entendemos al igual que el profesor PIZARRO WILSON, que para que no se vea afectada la autodeterminación del paciente, se debe comprender las cuestiones más simples.<sup>90</sup>

### iii) Historia de la Ley

Uno de los principios inspiradores, es la autonomía de las personas, así como también, el derecho tomar una decisión informada, de modo que toda persona pueda otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con determinadas excepciones.

Durante la tramitación de la Ley N.º 20.584, se dio lugar a un amplio debate, de manera que, durante la misma, se asentó la existencia de asimetría en la información, lo que dificulta la comprensión del diagnóstico y del tratamiento. Para que se traduzca en un acceso igualitario, éste debe ser comprensible para toda persona independientemente de su situación sociocultural o económica.<sup>91</sup> Así como también se evidenció, la necesidad de precisar el alcance de la información que deberá suministrarse y que se estimará como válida para que el paciente adopte una decisión informada, especialmente en relación con los riesgos.<sup>92</sup>

Por su parte, se planteó que el objetivo del modelo de la ley es el paciente adopta las decisiones a partir de la información que le proporciona el médico. No obstante, se advirtió que este modelo no

---

<sup>89</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “*Consentimiento informado, un poco de realismo*”. En Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXX - N.º 2, (2017) p. 111-128.

<sup>90</sup> Considera Pizarro Wilson, que deben comprenderse tres cuestiones básicas; en primer lugar, que se está enfermo y el diagnóstico es  $\alpha$ ; que se requiere una intervención médica, que consistirá en  $\beta$ , y; que luego podrá mejorarse o no, y si la intervención presenta riesgos. PIZARRO, WILSON (2017), *Ob. Cit.*, p.45

<sup>91</sup> Los representantes de la Asociación Nacional de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Salud y Previsión Social (Anadeus), en Historia de la Ley.

<sup>92</sup> El representante de la Corporación Médicos para Chile Informe de la comisión de salud recaído en el proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud. Boletín N.º 2727-1.

refleja la realidad que existe en el país, puesto que los pacientes se vinculan con el médico en una suerte de paternalismo aceptado. Asimismo, se debe considerar como requisito para el correcto ejercicio de este derecho el cumplimiento del deber de informar, correlativo al derecho a ser informado.

#### **iv) Modelo Comparado**

La Ley N.º 20.584 tuvo como inspiración la legislación aplicada en España como en Argentina. Esto como respuesta la campaña iniciada desde el año 1990 por la Organización Mundial de la Salud.<sup>93</sup> Durante la cual, se dictaron leyes reguladoras de los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de autonomía del paciente y de información, en países como España<sup>94</sup>, Argentina<sup>95</sup> y en Francia<sup>96</sup>. Asimismo, cabe mencionar que la inspiración de los derechos a garantizar propuestos dentro de la Ley N.º 20.584, se recoge de distintos instrumentos de derecho internacional<sup>97</sup>

En la legislación española, como la argentina tienen como fundamento el respeto a la autonomía de su voluntad. Entiende la ley por información aquella que de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

La Carta Europea regula el consentimiento informado, además de considerarlo como un derecho humano fundamental por la jurisprudencia española<sup>98</sup>.al disponer que en el marco de la medicina se respetará el consentimiento libre e informado de la persona<sup>99</sup>, así como que el paciente

---

<sup>93</sup> Informe de la comisión de salud recaído en el proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud, boletín N.º 2727-11, 10 de diciembre de 2002, p. 2-3.

<sup>94</sup> En España, en Navarra, con la Ley Foral 11/2002, sobre los derechos del paciente a la información.

<sup>95</sup> En Argentina, en Formosa, Río Negro, Tucumán, entre otras provincias, mediante leyes como la 26.529/2009 y la 26.657/2010

<sup>96</sup> La ley 2002/303.

<sup>97</sup> Tales como pactos, convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos. Entre otros, cabe señalar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

<sup>99</sup> SÁNCHEZ, DIEGO. “*Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde la vigencia de la Ley 26.529*”, Prudentia Iuris N°70, pp. 165- 177 (2011) [en línea], Prudentia Iuris, 70, 165-186. Recuperado de

tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente<sup>100</sup>. Entendiendo el consentimiento informado como la declaración de voluntad consciente efectuada por el paciente, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada. Así las cosas, es una cuestión que comparte con la Ley N.º 20.584, sin embargo, se entiende que la legislación española es más completa a la hora de determinar el contenido de dicho deber.

## 2.2 Deber de Consejo

Es un deber de carácter atípico, que encuentra su configuración a partir de la buena fe<sup>101</sup>, clara expresión de su función integradora que tiene su origen en la evolución del Derecho de los Contratos. El legislador de forma paulatina ha dotado al contrato médico de ciertos deberes que ensanchan las obligaciones imperativas a cargo de los facultativos.<sup>102</sup> Se puede observar que el contenido de la relación médico -paciente, es entendida como un contrato atípico y complejo<sup>103</sup>, que se construye a propósito de la Ley N.º 20.584<sup>104</sup>, en que se establecen diversos deberes a partir de protocolos definidos por la potestad reglamentaria, además de ser modelada por la *lex artis*<sup>105</sup>.

Se nos presenta un panorama complejo a la hora de determinar la definición y el carácter del deber de consejo, puesto que no hay ninguna norma dentro de nuestro ordenamiento que regule explícitamente este deber, en efecto, es una creación doctrinaria, la cual se justifica por la exigencia del

---

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derechos-deberesmedicos-pacientes-26529.pdf> Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2017.

<sup>100</sup> El artículo 5º del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el día 1º de enero de 2000, y el artículo 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01,

<sup>101</sup> BOETSH (2011), p. 115, trata sobre la función creadora de determinados deberes de conducta a partir de la buena fe.

<sup>102</sup> PIZARRO WILSON, CARLOS, “*La responsabilidad civil médica*”, Editorial Legal Publishing Chile, 2017, pp. 26.

<sup>103</sup> PIZARRO WILSON, en “*El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad*” pp. 825 a 830.

<sup>104</sup> Ley N.º 20.584, regula los derechos y deberes que tiene las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención -de salud, *Diario Oficial*, 24 de abril de 2012.

<sup>105</sup> Así lo define el autor como una obligación de diligencia que requiere de un análisis de la conducta del Médico para apreciar si se ajustó o no a las reglas de su oficio, en PIZARRO WILSON, CARLOS, *La Responsabilidad Civil... Ob. Cit.* (n.2), p. 21. Así como también ratifica el mismo criterio considerando que “*Su obligación contractual queda sujeta al empleo de la lex artis, esto es, actuar con apego a las normas técnicas y reglas de su profesión para intentar un resultado no garantizado*” en Corte Suprema, considerando cuarto, “*Riquelme Vargas con Clínica Dávila S.A.*, 6 de enero de 2016, rol N.º 18450-2015. En el mismo sentido, se ha resuelto que “*las acciones de salud corresponden sean desarrolladas conforme a la Lex Artis Médica, que constituye el parámetro de comparación de la actividad desplegada por los médicos, caracterizada como una obligación de previsión, asistencia, diligencia, cuidado y garantía del respectivo facultativo, n los términos de un profesional promedio, que se eleva cuando es especialista. en Corte Suprema, “Wagemann Morales con Vidal García Huidobro”*, 28 de enero de 2011, rol 5849- 2009.

rol activo del especialista. Este deber se encuentra íntimamente relacionado con el deber de información, ya que operan simultáneamente y de manera complementaria.<sup>106</sup>

El deber de consejo se puede definir como aquel deber de carácter profesional y serio, enmarcado dentro del deber de cuidado<sup>107</sup>, que tiene como objetivo principal el recomendar un camino de acción de conformidad con el estado del arte médico, para que el paciente decida informadamente acerca de los riesgos que asume. Configurándose así, como principio rector, - el que a su vez comparte con el deber de información- el derecho a decidir informadamente, puesto que el especialista debe informar al inexperto acerca de lo que éste no está en condición natural de conocer.<sup>108</sup> Por tanto, se puede deducir, que es un deber accesorio al de información, y podrá operar según lo requieran las circunstancias, tendrá por objeto finalmente, orientar al paciente en su decisión.<sup>109</sup>

Es imperioso para efectos de comprensión, analizar a la luz de la Ley N.º 20.584 la concretización del deber de consejo. Es así como en virtud del artículo 10<sup>110</sup>, específicamente donde señala “toda persona tiene derecho a ser informada...de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación...así como el pronóstico esperado”. Este artículo evidencia lo que hemos comprendido como deber de consejo, que deja entrever el vínculo aparejado con el deber de información, puesto que el médico debe señalar al paciente las diferentes opciones de tratamiento, clara expresión de la confianza depositada en el médico, que en caso de error puede aparejar consecuencias gravísimas.

Así también se evidencia en el artículo 24<sup>111</sup>, que en caso de aquellos pacientes que no puedan manifestar su voluntad, el comité de ética deberá autorizar los tratamientos a realizar. Y finalmente

---

<sup>106</sup> BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 685.

<sup>107</sup> BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 682, trata el autor que el deber de cuidado del profesional se descompone en tres aspectos diferentes: informar acerca de los riesgos y las alternativas de tratamiento, dar un consejo profesional serio, y obtener el consentimiento.

<sup>108</sup> BARROS, ENRIQUE, *tratado de responsabilidad...*, *Ob. Cit.* p. 663-682

<sup>109</sup> GÓMEZ CALLE, ESTHER, “*Los deberes precontractuales*”, Madrid, La Ley, 1994, p. 120.

<sup>110</sup> Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca 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 procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

<sup>111</sup> Artículo 24.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento.

encuentra expresión en el artículo 25<sup>112</sup>, el cual se asimila con el artículo anterior, puesto que una persona puede ser objeto de hospitalización involuntaria cumpliendo determinados requisitos, debiendo, además ser comunicada a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental, lo que es manifestación del rol activo del médico en atención a la fijar los tratamientos adecuados y el riesgo de los mismos.

Es necesario precisar que el deber de consejo, puede operar incluso en contra de la opinión del paciente. Así, por ejemplo, no cumpliría con el deber de consejo, el médico que omite reenviar al paciente a un especialista, en circunstancias que sus propios conocimientos no son suficientes para evaluar el riesgo, en consideración con la *lex artis*. Así mismo, constituirá una infracción a este deber, el que no advierte de los riesgos informados por el fabricante de un medicamento<sup>113</sup>.

En relación a lo dicho anteriormente, este deber no debe entenderse de carácter ilimitado, puesto que reconoce como límite, -en la mayoría de los casos- la voluntad del paciente. Es así como la jurisprudencia ha manifestado recientemente esta posición:

“Que la Ley N.º 20.584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, en su artículo 16 dispone que el "alta voluntaria" -voluntad de no ser tratado, de interrumpir el tratamiento o de negarse a cumplir las prescripciones médicas, conforme el artículo 18 del mismo cuerpo de normas-.”<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Artículo 25.- Una persona puede ser objeto de hospitalización involuntaria siempre que se reúnan todas las condiciones siguientes:

- a) Certificación de un médico cirujano que indique fundadamente la necesidad de proceder al ingreso de una persona para llevar a cabo la evaluación de su estado de salud mental;
- b) Que el estado de la misma comporte un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros;
- c) Que la hospitalización tenga exclusivamente una finalidad terapéutica;
- d) Que no exista otro medio menos restrictivo de suministrar los cuidados apropiados, y
- e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración. De no ser posible esto último, se tendrá en cuenta la opinión de su representante legal o, en su defecto, de su apoderado a efectos del tratamiento y, en ausencia de ambos, de la persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho.

Toda hospitalización involuntaria deberá ser comunicada a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedad Mental indicada en el artículo 29 que correspondan.

<sup>113</sup> BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 685

<sup>114</sup> Corte Suprema, “María Eugenia Moncada en favor de Eduardo Carrasco Moncada / Complejo Asistencia Barros Luco y Hospital Dr. Lucio Córdoba”, 20 de octubre de 2015, rol N.º 10.382-2015. Considerando primero.

Lo anterior verifica el carácter restringido del deber de consejo, en contraposición al derecho de autodeterminación, es así como lo ratifica en el considerando siguiente, que añade:

“Que, conforme a lo anteriormente expuesto, no ha existido ilegalidad alguna en el actuar de los centros asistenciales recurridos en cuanto al haberse solicitado por la propia actora el traslado del paciente a otro centro asistencial, por lo que mal podría entenderse que dicha actuación le sea atribuible, en cuanto sólo se limitaron a acceder a la petición efectuada por la recurrente en uso de la facultad que le confiere el artículo 16 de la Ley N.º 20.584.”<sup>115</sup>

Con todo, como es posible evidenciar, la omisión de este deber de consejo, podrá traer aparejadas consecuencias importantes y verse traducido en un daño incremental o más aun, en la pérdida de una oportunidad de sanar<sup>116</sup>. En el mismo sentido, el derecho protege al paciente con la imposición de este deber, en atención a la importancia de que la otra parte, esto es el paciente, pueda confiar en el experto. En efecto, debe comprenderse como un verdadero derecho a favor del paciente, en atención a la importancia del bien jurídico tutelado<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Ídem.

<sup>116</sup> BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 685

<sup>117</sup> BARROS, ENRIQUE. *Ob. Cit.* p. 1023, el autor señala que la confianza en el experto es esencial para establecer los límites de los deberes de información, por tanto, si el experto no actúa en su calidad de tal, frente a su contraparte, en este caso de paciente, ésta no tendrá depositada la confianza de que le es necesaria, por lo que se verá impedido de ilustrar a la misma.



## CAPITULO III:

### 3. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCION DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES EN EL CONTRATO MÉDICO

#### **3.1) Aspectos generales**

Concluido el acápite anterior, debemos afirmar dos cuestiones trascendentales para desarrollar este capítulo. En primer lugar, los deberes precontractuales son admitidos y se encuentran regulados tanto dentro de nuestro ordenamiento jurídico como en el Derecho comparado<sup>118</sup>. Como consecuencia de lo anterior, su incumplimiento trae aparejada la protección precontractual a favor del acreedor<sup>119</sup>. De esto último, nos encargaremos de probar en este acápite.

En la actualidad es necesario articular un sistema de medios de tutela precontractual a favor del acreedor. Sin embargo, en nuestro ordenamiento es una cuestión que no se ha tratado, salvo por la profesora PATRICIA LÓPEZ<sup>120</sup>, que ha visto la necesidad de articular un sistema de medios que puedan, además, equipararse con los medios de tutela contractual. Esta ausencia de estudio, contrasta con lo regulado en el Derecho comparado, especialmente respecto a la doctrina española<sup>121</sup>.

Es así, como este sistema de medios de tutela se conformaría por la indemnización, la nulidad y la adaptación del contrato, los cuales pueden proceder, ya sea de forma conjunta o autónoma, lo cual estará sujeto a la decisión del acreedor. Sin embargo, hay autores, que no siguen la misma línea, esto es, no admiten estos tres medios de tutela.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ y OTERO CRESPO, MARTA, *La responsabilidad precontractual...Ob. Cit. p. 5*. La evolución experimentada por la figura de la responsabilidad precontractual en el contexto europeo en las dos últimas décadas marca una señalada tendencia hacia el establecimiento expreso, de un deber general de actuar de conformidad con la buena fe en la fase precontractual. Así, los ordenamientos del Common Law, pretenden contractualizar la etapa prenegocial. Además, dentro del marco europeo, que abarca los sistemas jurídicos estatales, el Derecho comunitario y el moderno ius commune, ya son abundantes y significativos los pasos dados para positivizar los deberes precontractuales, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

<sup>119</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema de medios de tutela precontractual en el código Civil Chileno*, en estudios de Derecho civil XII, 2017, pp. 467.

<sup>120</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, (2017) *Ob. Cit. pp. 465-484*.

<sup>121</sup> MORALES MORENO, MANUEL, “Evolución el concepto de obligación en derecho español”, en Morales Moreno, Antonio Manuel, la modernización del Derecho de Obligaciones, citado en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema Ob. Cit. (2017) pp. 467*. Quien postula la articulación de los medios de tutela.

<sup>122</sup> Los autores como Pantaleón y García Rubio admiten como medio de tutela la indemnización y la nulidad, excluyendo la adaptación del contrato. A diferencia de Morales Moreno, que acoge los tres anteriores. en PANTALEÓN, FERNANDO, “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos”, en Anuario de Derecho Civil 64 (2011), 3, pp. 897-929 y GARCÍA, MARÍA. y OTERO CRESPO. en “La responsabilidad

Sin ánimo de profundizar, trataremos superficialmente los medios de tutela en el Derecho comparado. En primer lugar, en los sistemas continentales, pueden darse situaciones en que no se hayan respetado los deberes precontractuales por una de las partes, y no se procederá a la desvinculación del contrato, lo cual puede derivarse de que no se considere un vicio del consentimiento suficientemente relevante. Sin embargo, en tales casos, generalmente se admitirá la indemnización a favor de la parte perjudicada<sup>123</sup>.

En la jurisprudencia alemana existen casos en los que la víctima del vicio del consentimiento sigue interesada en el mantenimiento del vínculo, por lo que se le reconoce la posibilidad de modificar judicialmente el contrato a través de la reducción del precio. Así como también, ocurren casos en que no hay un vicio del consentimiento, pero si un déficit de información que le resulta perjudicial a una de las partes, ésta puede exigir la desvinculación contractual a título indemnizatorio, e incluso se le reconoce en algunos casos la posibilidad de reclamar la modificación contractual, que podríamos asimilarlo con la adaptación del contrato<sup>124</sup>.

En países nórdicos, el profesional que no haya cumplido con algunos de los deberes de información exigidos, quedará obligado por el contrato a todo lo que la otra parte razonablemente hubiera pedido. Así también, queda incluido el contenido contractual, tanto el acordado por las partes, como por las legítimas expectativas de quien se le haya infringido sus derechos de información<sup>125</sup>.

Finalmente, en el Derecho español, la parte perjudicada por el incumplimiento del deber de información precontractual, podrá decidir cuál es el interés que prefiere proteger, esto es, si desea seguir con el contrato o desligarse de él. En el primer caso se requeriría una reconstrucción judicial en que se dé cuenta de la información ignorada, lo que supone un *modelo hipotético de contrato equitativo*; y en el segundo, se podría ejercer la acción de nulidad<sup>126</sup>.

Siguiendo con el análisis en la dogmática nacional. La importancia de éste sistema de articulación, radica en la incorporación de nuevos medios de tutela, correspondientes a la adaptación

---

*precontractual en el derecho europeo*” en InDret, Revista para el análisis del Derecho (2010) citado en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) pp. 468

<sup>123</sup> Art. 4:106 PECL en GARCÍA, MARÍA. y OTERO CRESPO. Ob. Cit. p. 51.

<sup>124</sup> GRÜNEBERG, CHRISTIAN et al. (2009), “§ 311 BGB”, en VV.AA., “*Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*”, 68 Auf., Verlag C.H. Beck, München. pp. 480-481.

<sup>125</sup> WILHELMSSON, THOMAS (1999), “*Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting- The Nordic Experience*”, en Roger BROWNSWORD / Norma J. HIRD / Geraint p. 170.

<sup>126</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, XABIER, “*En torno a las obligaciones precontractuales de información*”, ADC, vol. 60, núm. 2, (2009), p. 709

del contrato y la nulidad – la indemnización siempre se ha considerado-. Así como también, el de otorgar a favor del acreedor un sistema de protección. Además de desligar o diferenciar teóricamente los medios de tutela precontractual, de los contractuales<sup>127</sup>. Es así, que se postula un sistema más acotado que el propuesto por la doctrina europea, y equiparable con el incumplimiento en sede contractual.<sup>128</sup> Distinción por lo demás, en la actualidad está en crisis<sup>129</sup>.

Es trascendental identificar cual es el supuesto unitario que permite agrupar estos tres medios de tutela, y, por tanto, determinar cuándo proceden dentro del sistema de protección precontractual. Éste supuesto articulador, tiene por objeto indagar y sistematizar todas aquellas hipótesis en que el legislador le otorga protección al acreedor *ante anomalías y disconformidades previas a la ejecución del contrato*. Es así, que poder determinar el contenido de éste, es una cuestión que se discute<sup>130</sup>. Sin embargo, la profesora PATRICIA LÓPEZ simplifica el contenido de éste, equiparándolo a *la noción de equilibrio originario o congénito*, precisamente, a la infracción de los deberes precontractuales de lealtad e información. No hay una jerarquía o prelación entre estos, si no que depende de los supuestos, que determinarán si procede exclusivamente o si concurre junto a otro<sup>131</sup>. Lo anterior encuentra su explicación o fundamento en la fuente creadora de especiales deberes de conducta<sup>132</sup>, la buena fe,

---

<sup>127</sup> No obstante, que en determinados casos los medios de tutela podrán proceder simultáneamente en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) pp. 468

<sup>128</sup> La distinción entre ambos tipos de responsabilidad civil, desde un punto de vista conceptual, se encuentra delimitada definiéndose a la responsabilidad contractual como aquella que “tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el cumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor”; y la responsabilidad aquiliana como aquella otra que “tiene como presupuesto la causa de un daño sin que entre dañante y dañado medie una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio en PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO, Tesis doctoral “*La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*”. Universidad Carlos III de Madrid 2014. p. 44. disponible en <http://studylib.es/doc/4481552/la-responsabilidad-civil-del-m%C3%A9dico-en-la-medicina-curativa>

<sup>129</sup> Aún presente esta distinción en el Derecho el español, argentino, chileno y colombiano, entre otros, siguen manteniendo un diferente régimen para ambos tipos de responsabilidades lo sostienen, entre otros: REGLERO CAMPOS, FERNANDO. “*Conceptos generales y elementos de delimitación*” ... p. 144 y ss.; JIMÉNEZ LÓPEZ, MARÍA DE LAS NIEVES. “*Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*” ... p. 26 y ss. LUQUE JIMÉNEZ, MARÍA DEL CARMEN. “*Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 30 a 62; El Argentino LÓPEZ MESA, MARCELO. “*Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado*” en López Mesa, Marcelo (Dir). *Tratado de Responsabilidad Médica*. Buenos Aires: Legis, 2007, pp. 16 y 17. Sobre el particular véase un estudio al respecto realizado por YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Reus, 1993, pp. 83 y ss.

<sup>130</sup> Por el profesor MORALES MORENO, “¿Es posible construir un sistema...?”, p. 409, citado en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 470.

<sup>131</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 473.

<sup>132</sup> Que son la honestidad, corrección, lealtad, transparencia, coherencia, y cooperación. en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 471

regulada explícitamente en el artículo 1546 del Código Civil, la cual tiene por objeto preparar acertadamente el cumplimiento de la prestación.

El deber de lealtad, es desplegar una conducta correcta y honesta, dentro de la negociación de un contrato. Su fundamento, no está explícitamente regulado, sin embargo, se desprende tanto del artículo 1546 del Código Civil, como de los artículos referidos a la falta de consentimiento (1451 a 1459), así como también está presente en otras normas<sup>133</sup>. Sobre estos supuestos, es procedente la indemnización complementaria, – así lo disponen las reglas del título 35 del libro IV del Código Civil- en aquellos casos en que la declaración de nulidad del contrato cause daños al contratante legitimado para impetrarla. En otro aspecto, para que opere la lesión enorme, requiere la ley de la concurrencia de una asimetría prestacional, entendida como una manifestación del aprovechamiento de una de las partes por la inexperiencia de la otra.<sup>134</sup> En consecuencia, es posible afirmar que, en los casos de infracción al deber precontractual de lealtad, se admita como medio de tutela la adaptación del contrato.

Respecto al deber de información, como cuestión preliminar, consideramos que según lo desarrollado anteriormente el deber de consejo es parte del deber de información, por tanto, lo dicho respecto de este último se aplicaría al primero<sup>135</sup>. Siguiendo, se encuentra tipificado indirectamente respecto de la obligación de indemnizar en los vicios redhibitorios (artículos 1861, 1933, 2192 y 2013), así como en el saneamiento de la evicción (artículos 1859, 1930 inciso cuarto y 2188)<sup>136</sup>. La infracción a este deber, puede originarse porque la información no ha sido entregada, ya sea porque la ignora o porque lo olvida, configurándose el dolo o culpa, respectivamente. Y como consecuencia, podrá configurarse la indemnización de daños precontractual.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> Los artículos 1451 a 1459 respecto a los vicios del consentimiento, 1814 falta de objeto, 1685 dolo del incapaz, 1688 contratación del incapaz sin las formalidades legales y artículos 1681 a 1697 respecto a la nulidad.

<sup>134</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 471

<sup>135</sup> Señala la autora que “*la relación profesional transforma el deber de informar en un verdadero deber de aconsejar*”. GÓMEZ CALLE, ESTHER, “*Los deberes precontractuales*”, La Ley, Madrid, 1994, p. 120, en el mismo sentido DE LA MAZA IÑIGO, “*Consentimiento informado...*” (2010) p.p. 97 a 99.

<sup>136</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 471

<sup>137</sup> Ibid., p. 472.

Es así, como también podría alegarse la nulidad relativa, por encuadrar dentro de un supuesto dolo, en aquellos casos en que exista infracción al consentimiento informado, ya sea porque la falta de información sea deliberada o maliciosamente inexacta<sup>138</sup>.

### **3.2) Los Medios de Tutela Regulados en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**

#### **3.2.1) Nulidad**

Partiremos el desarrollo de este ítem, confirmando una cuestión bastante discutida<sup>139</sup>, esto es, la nulidad entendida como una medida protectora, la cual deriva de la inobservancia de las reglas que confieren poderes. Debe entenderse, que es expresión de la falta de los requisitos jurídicos, para que ésta produzca efecto, pero en ningún caso es consecuencia del incumplimiento de una obligación o prohibición. En efecto, ya no se concibe como una medida sancionatoria sino, más bien, un medio de tutela, respecto de determinadas causales y a favor de aquellos que han celebrado un acto y se le han privado de sus efectos. La cual operaría de pleno Derecho, - tanto la nulidad relativa como la nulidad absoluta - cuestión que es discutida por la doctrina.<sup>140</sup>

La nulidad debe comprenderse como un medio de tutela extrajudicial<sup>141</sup>, la cual se encuentra articulada en nuestro Código Civil, puesto que éste último no contiene una norma que regule la anulación del contrato. La que adoptaría la forma de una notificación no sujeta a formas especiales,

---

<sup>138</sup> Acertada afirmación realiza DE LA MAZA, IÑIGO en atención a la información en el contrato médico, pues señala que el bien protegido es la autodeterminación del paciente, y que el medio de protección de ese interés se busca a través de un dispositivo que se denomina consentimiento informado. Para que sea lícita la actuación médica debe haber sido aceptada por el paciente, la que será jurídicamente valiosa en la medida que venga de un sujeto suficientemente informado. DE LA MAZA IÑIGO, “Consentimiento informado...” (2010) *Ob. Cit.*, p. 98.

<sup>139</sup> Los que suelen negar enfáticamente que la nulidad sea una forma de sanción, son los seguidores de Hart ya que las normas que confieren poderes normativos no pretenden disuadir a sus destinatarios de que lleven a cabo actos que no satisfagan en cuanto a su forma las exigencias jurídicas, en el tercer capítulo de *The Concept of Law* (Hart, 1961). La misma idea sigue ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MORENO, JUAN “*Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*”, en *Doxa* 26 (2003), pp. 731-733. También afirma la misma idea, DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, “*¿Sanción de invalidez?, Los conceptos de invalidez y sanción*”, asumiendo que el sentido central de sanción, es el de consecuencias de un acto antijurídico, pues la antijuridicidad del acto no es ni condición necesaria ni condición suficiente para la invalidez.

<sup>140</sup> En el caso español, como regímenes típicos de nulidad se contempla expresamente la distinción entre nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, cada una con su respectivo régimen jurídico establecido a nivel legislativo, en Chile se discute, sobre la base de las ideas de SANTAMARÍA PASTOR, JUAN, “*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*”. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 39-79, CONCHA MACHUCA, RICARDO, “*El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*” *Revista de Derecho* Vol. XXVI- N.º 2 (2013) pp. 93-114 señala que nuestro sistema no es como el español y que no opera de pleno Derecho. Desarrolla el tema profundamente introduciendo un nuevo paradigma JERÉZ DELGADO, CARMEN, *La anulación del contrato*, Santiago, Editorial Civitas, Navarra, 2011, pp. 51-52 y 65-72, citado en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 474

<sup>141</sup> Sin embargo, respecto de determinados casos, esta debe ser declarada. en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 474

pero realizada de forma idónea y eficaz para que el destinatario tome conocimiento de ella. Finalmente, la sentencia tendría un efecto declarativo, la que permite afirmar que se justifica, para quien demanda la nulidad pueda exigir la restitución de lo entregado en virtud del contrato anulado y para distinguir la acción de nulidad de la propiamente restitutoria.<sup>142</sup>

### 3.2.2) Indemnización

Es aquella que procede por anomalías o disconformidades producidas en la fase de formación del contrato, que tiene como consecuencia, generalmente, su extinción.<sup>143</sup> La indemnización es de carácter complementaria de la nulidad, puesto que - como explicamos anteriormente-, proviene de una infracción al *deber de lealtad* en la fase precontractual. La cual procederá, en aquellos casos en que la nulidad tenga determinadas causales<sup>144</sup>, la que nos interesa dentro de este trabajo es aquella que proviene de los vicios del consentimiento. Por tanto, la indemnización se regirá por el estatuto contenido en el título 35 del libro IV del Código Civil. Es así, que también podría aplicarse la indemnización en aquellos casos en que se pierda la oportunidad de anular el contrato, esta figura no se regula en nuestro ordenamiento<sup>145</sup>, sin embargo, se puede asimilar a aquellos casos en que el perjudicado renuncie a demandar la nulidad o cuando se encuentre prescrita la relativa como la absoluta, según los plazos legales (1691 y 1683).

Dentro de los supuestos en que procede la indemnización, – que es el que nos interesa – es el que deriva de la infracción al deber de información, reguladas en los artículos 1861, 1933, 2192 y 2203. Su fundamento se explica, como bien señala la profesora PATRICIA LÓPEZ, en que se ha infringido un deber precontractual el cual se proyectará en el contenido del contrato, el que tendrá como efecto el cumplimiento defectuoso.<sup>146</sup> Pudiendo trasladarse a la fase contractual si el acreedor la demanda en sede contractual.

Finalmente, podemos concluir que la indemnización precontractual en principio, es complementaria a la nulidad. Pero, admite excepciones, puesto que también, podría proceder

---

<sup>142</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 47

<sup>143</sup> ídem.

<sup>144</sup> Además de la celebración de un contrato con un incapaz, falta de objeto o causa, objeto o causa ilícita y la actuación de un falso procurador en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, “*Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil Chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento*” en Revista Ius et praxis, en prensa, citado en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 478

<sup>145</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 478

<sup>146</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 479

autónomamente. Como aquellos casos en que se perdido la facultad de anular el contrato, además del caso de los vicios redhibitorios.<sup>147</sup>

### 3.2.3) Adaptación del Contrato

Es aquel que consiste en la rectificación del contrato celebrado, en la fase precontractual, ya sea por error vicio – ya sea unilateral o compartido- o por ventaja desleal. Este medio de tutela tiene por objeto restaurar la asimetría prestacional inicial, conservando el contrato, pero con un contenido diverso. La adaptación del contrato se encuentra regulada en el Derecho Comparado<sup>148</sup>, la cual constituye un límite para que proceda la nulidad, puesto que una vez otorgado, se pierde la posibilidad del perjudicado de anularlo. Debemos entender que en ningún caso se pueden acumular la adaptación del contrato con la nulidad, puesto que ambos tienen por objetivo cuestiones distintas. La nulidad tiene como efecto la aniquilación del contrato, mientras que en la adaptación tiene por objeto que subsista el contrato. Así también, respecto de ciertos casos cabe la acumulación de la indemnización con la adaptación del contrato. Estos procederán respecto de los daños que se ocasionen por error o el provecho excesivo. Puesto que, los daños no quedarán absorbidos solamente por la adaptación contrato.<sup>149</sup>

La adaptación del contrato procederá en aquellos casos de *lesión enorme*, sin embargo, desde su concepción amplia<sup>150</sup>, esto es, aplicable a los casos de rebaja de la prestación excesiva, cuestión que tiene su fundamento en el equilibrio contractual originario. Así como también respecto del *error vicio*, pudiendo ser unilateral o compartido<sup>151</sup>. Ambas hipótesis se encuentran reguladas dentro de nuestro

---

<sup>147</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, “*Los supuestos y el alcance...*”, *Ob. Cit.* citado en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 480.

<sup>148</sup> La autora no utiliza expresamente esa denominación, pero se desprende del mismo MARÍA. y OTERO CRESPO, “*La responsabilidad precontractual...*” (2010) *Ob. Cit.*, p. 51; Christian GRÜNEBERG (2009), en VV.AA., Palandt. pp. 480-481; Thomas WILHELMSSON (1999), “*Good Faith and the...*”, en Roger BROWNSWORD, p. 170. Además de encontrarse específicamente, en los artículos 4:105 y 4:109 de los PECL, II. 7:203 Y II. 7:207 del DCFR, 527-14 de propuesta de Código Civil relativa a los libros quinto y sexto elaborada por la asociación de profesores de Derecho Civil español de 2016 (PAPDC), 1301 de la propuesta de Modernización española (PME), 3.2.10 y 3.2.7 de los PICC, 30 y 37 del Borrador de los PLDC, 1432 del Códice, 248 del Código Civil portugués y 269 del Código Civil y comercial argentino, artículos 4:105 (2) de los PECL y 3.2.0 (2) de los PICC.

<sup>149</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 480

<sup>150</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, “*Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenido en el Borrador de los Principios Latinoamericanos derecho de los contratos*”, en VIDAL, ÁLVARO; SEVERÍN, GONZALO; MEJÍAS, CLAUDIA, *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago, Editorial Thomson Reuters- La ley, 2015, pp. 699-723.

<sup>151</sup> Será error unilateral cuando una de las partes facultadas para impugnar el acto, la otra manifiesta su disposición a cumplir el contrato, tal cual como había sido entendido por aquella. y será error compartido en aquellos casos en que el juez deberá otorgar al contrato un sentido que razonablemente habrían acordado de no haber existido error. en LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, *Ob. Cit.* (2017) p. 480

Código, en el artículo 12 y en el principio de buena fe contractual (1546). En el primer caso, ya que permite renunciar a la nulidad y, en el segundo caso, quien cometa el error, deberá aceptar la adaptación que sea ofrecida por la otra parte, siempre cuando permita satisfacer su pretensión. Entender que actúa bajo esta causal, permite que la persona que experimenta el error no quede vinculada a contrato no querido, de ahí que se comprenda como un método de *distribución del riesgo de la información defectuosa*. Pues, es claro que se trata de un vicio al consentimiento, que, en este caso, desaparecerá este, una vez que se adapte el contrato, puesto que ya no existirá la intención de la otra parte de desvincularse del mismo, de manera que se ampliará la procedencia de la conservación del contrato<sup>152</sup>.

#### 4. IDENTIFICACIÓN DE SUPUESTOS

##### 4.1) Enfermedad Catastrófica pero Tratable

Hipótesis: Endometriosis. Una mujer padece de endometriosis<sup>153</sup> requiere de intervención quirúrgica de urgencia ya que corre peligro de que los quistes producidos por la menstruación reventen e infecten los demás órganos del cuerpo lo que derivaría en septicemia, el médico decide operarla de urgencias, pero no le comunica ni a ella ni a la persona que la acompañaba sobre las opciones que existen para la solución de su problema las cuales pueden ser una cirugía para eliminar las áreas de endometriosis o una histerectomía con extirpación de ambos ovarios. Realiza la operación y decide solo extirpar las áreas de endometriosis. La paciente debe volver a operarse después de un año ya que nuevamente sufre de la misma enfermedad, debiendo pagar una nueva operación y además pedir licencia en su trabajo.

Respecto a esta hipótesis podemos señalar que existe claramente una infracción al deber precontractual de información consagrado en la Ley N.º 20.584 ya que no se cumplió con la información en forma oportuna y comprensible por parte del médico, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ambas podían tener, por lo que no existe consentimiento informado.

Consideramos que en este caso aparecen distintos medios de tutela que pueden complementarse y ser alegados debido a la infracción del deber precontractual de información,

---

<sup>152</sup> LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *Por la articulación de un sistema...*, Ob. Cit. (2017) p. 482.

<sup>153</sup> Es una afección en la cual el tejido y las células que recubren el útero (endometrio) crecen en otras áreas del cuerpo, causando dolor, sangrado irregular y posible infertilidad. Por lo general, el crecimiento del tejido (implante) ocurre en el área pélvica, por fuera del útero, en los ovarios, el intestino, el recto, la vejiga y el delicado revestimiento de la pelvis. Sin embargo, los implantes también pueden presentarse en otras áreas del cuerpo.



consideramos que la nulidad es una posibilidad ya que existe un vicio en el consentimiento en la fase de formación del contrato además de la indemnización de daños por lucro cesante y daño moral, en este caso existiría un complemento entre ambos, aquí no procedería la adaptación del contrato ya que no es posible continuar con el contrato pues no hay un problema de voluntad defectuosa, pues ni siquiera existió información que posibilitara la decisión consciente de las opciones y riesgos que podría ocasionar la operación. Por lo que el efecto de retrotraer a las partes al estado en que se encontraban antes de la relación entre ambas provocaría que la paciente recupere su dinero y pueda volver a realizar la operación, esta vez conociendo la información sobre su estado de salud oportunamente.

#### **4.2) Enfermedad con Consecuencias Irreversibles**

Hipótesis: Paciente es intervenida quirúrgicamente, lo cual le produce paraplejia<sup>154</sup>. Una paciente es intervenida quirúrgicamente en la columna, con objeto de tratar la escoliosis, esto es, la curvatura anormal de la columna vertebral. Antes de efectuar la intervención, se le informó a la paciente de las distintas alternativas de tratamiento, además de los riesgos que podría aparejar la intervención en la columna, es decir, las altas probabilidades de producir una lesión medular irreversible. Sin embargo, el médico no tomó una posición respecto de estos tratamientos, ni tampoco le aconsejó respecto de cuál de estos sería más beneficioso atendiendo a las características del caso.

A pesar de tener conocimiento de los riesgos, la paciente firmó la aceptación del consentimiento. Finalmente, durante la intervención se produjo una lesión medular y por consecuencia paraplejia, en principio de carácter irreversible.

Para proceder al análisis, debemos determinar cuáles son los medios de tutela aplicables para el incumplimiento de deberes en la etapa precontractual, ya que debemos reconducirnos al momento anterior a la contratación, ésta es la época en que se verifica el consentimiento informado, el cual tendrá lugar en aquellos casos en que se verifique por parte del facultativo la información completa, oportuna y comprensible. Si bien, no trataremos a fondo sobre la discusión doctrinaria que existe en cuanto al contenido de la información entregada, hay mínimos que no se discuten<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Sentencia del tribunal Supremo Español de 11 de mayo de 1999. RJ 1999, 4802 (sala 3ª), Pte. Excmo. Sr. P. Mateos García.

<sup>155</sup> Existe acuerdo en que debe suministrarse información acerca del diagnóstico, del tratamiento, de los riesgos asociados a él y sus alternativas. DE LA MAZA GAZMURI “*Consentimiento Informado ...*” (2017), *Ob. Cit.* p. 100.

Dicho esto, lo primero que debemos identificar, es si en esta hipótesis se verifica o no un incumplimiento al deber de información. El tribunal Supremo Español, respecto a este caso, negó la verificación de la falta de información otorgada por el médico, señalando que la intervención vendría forzada por la voluntad de la paciente y en contra de las recomendaciones médicas, por lo que se verificaría el consentimiento informado. Cuestión que discrepamos, siguiendo al profesor DE LA MAZA GAZMURI<sup>156</sup>, pues el deber de los facultativos no se puede limitar solo a exponer al paciente las alternativas y riesgos frente a su enfermedad, sino que además se exige que el médico tome una posición respecto de los mismos, ya sea aconsejándoles o desaconsejándoles. Puesto que, el deber de consejo incorpora un elemento subjetivo, como objetivo.<sup>157</sup> El primero corresponde a la opinión y el segundo a la información objetiva que se suministra. Por consiguiente, el profesional tiene el deber de transmitir estos datos, y en determinadas circunstancias, - como se presenta en el caso de autos- pues, se requiere un deber de aconsejar, esto es, orientar a la otra parte en su decisión.

En efecto, podemos concluir que “la relación profesional transforma el deber de informar en un verdadero deber de aconsejar”<sup>158</sup>. Por ende, podemos afirmar que el consentimiento informado es el medio a través del cual se procura la protección de la autodeterminación del paciente, puesto que se garantiza mediante la imposición del deber de información, que a su vez forma parte el deber de consejo<sup>159</sup>. En consecuencia, se verifica en este caso una vulneración al consentimiento informado.

Dicho esto, debemos analizar cuál es el medio o los medios de tutela precontractuales aplicables al caso concreto. La Nulidad, procede en aquellos casos en que falta uno o más requisitos jurídicos, para que el acto produzca efectos, y en la cual, además se busque o tenga por objetivo aniquilar el acto o contrato. En este caso, atendiendo a los efectos que produjo la intervención, (la paraplejia) no podríamos dejar sin efecto el acto, puesto que la paciente no podría volver al estado físico en que se encontraba antes de someterse a la intervención quirúrgica.

Siguiendo con el examen, como ya descartamos la nulidad entendida como remedio o medio de tutela. Analizaremos si es procedente la adaptación del contrato, ya que es un límite para la

---

<sup>156</sup> DE LA MAZA GAZMURI “*Consentimiento informado ...*” 2017, *Ob. Cit.* 111- 131.

<sup>157</sup> FABRE-MAGNAN, MURIEL, “*De l’ obligation d’ information dans les contrats*”. *Essai d’ une théorie*. París, LDGJ, 1993, P. 385

<sup>158</sup> GÓMEZ CALLE, ESTHER, “*Los deberes precontractuales*”. La Ley, Madrid, 1994, p. 120, aun cuando en la práctica es difícil de diferenciar razón, como ha sugerido fa B re-magnan , De l’information, Cit. nota n. 31, p. 385, es que ambas especies de deberes se diferencian únicamente por el contenido de la información que se trata de suministrar: en unos supuestos se trata de datos; en otros, se suma una opinión acerca de esos datos

<sup>159</sup> DE LA MAZA GAZMURI, “*Consentimiento informado...*” (2010), *Ob. Cit.*, p. 98

procedencia de la nulidad, y en ningún caso se pueden acumular ambas, dado que estas tienen por objeto cuestiones opuestas. Así las cosas, en el caso concreto concurrió un error vicio, respecto de la paciente, aun cuando fuera advertida de los riesgos, pues no asimiló las reales probabilidades de que el resultado de la intervención la dejara parapléjica. Así las cosas, es razonable pensar, que una persona sabiendo que tiene altas probabilidades de no volver a caminar, no se sometería a una intervención de tal magnitud. En efecto, a priori podría admitirse la adaptación del contrato en virtud del artículo 1546 del Código Civil. Sin embargo, en principio es una cuestión de carácter irreversible. Por tanto, si modificamos el contrato no podrá aceptar la adaptación que sea ofrecida por la otra parte, puesto que no permitirá satisfacer su interés, que es corregir la escoliosis y la lesión medular que le impide caminar. Empero, podría ocurrir que, con el consentimiento de la paciente, esto es que, manifieste su voluntad de realizarse una nueva intervención con objeto de corregir, en lo posible la lesión medular, en caso de que ésta tuviera cura. Y en este caso podría concurrir junto con la indemnización, puesto que los daños no quedarán absorbidos solamente por la adaptación contrato.

Con respecto a la indemnización ésta procede por anomalías o disconformidades producidas en la fase de formación del contrato. En el caso de autos, por infracción al deber de información. El cual se proyecta en el contenido del contrato, el que tendrá como efecto el cumplimiento defectuoso. En este caso ya verificamos la infracción del deber de información, siendo admisible indiscutiblemente la indemnización como medio de tutela los deberes precontractuales de información. Procederá la indemnización tanto por el daño emergente y lucro cesante. Debido a la gravedad que significa padecer paraplejia, entendido como una limitación grave al desarrollo de las actividades cotidianas de una persona.

Finalmente, analizando la nulidad ya no de manera autónoma, si no complementada con la indemnización, podríamos admitir otra alternativa como medio de tutela. Sin bien, nos encontramos frente a una hipótesis en que no es posible el efecto retroactivo respecto del estado físico de la paciente (poder caminar), si podrá proceder este efecto respecto al estado patrimonial de la paciente, retribuyendo las prestaciones efectuadas por dicha intervención. Por tanto, podría dar lugar a la anulación del acto, por consiguiente, devolver la prestación, sumado con indemnización de daños (daño emergente y lucro cesante) y, además, realizar por parte del facultativo otro tratamiento para paliar los efectos adversos ocasionados como consecuencia de la primera intervención.

#### 4.3) Tratamiento Equivocado:

Hipótesis: Medicación recetada genera enfermedad catastrófica<sup>160</sup>. Este caso trata de una paciente diagnosticada con trastorno depresivo bipolar, prescribiéndole como tratamiento Clorpromasina y Metoclopramida, neurolépticos, los cuales tienen una alta incidencia en la generación de distonías<sup>161</sup>. Riesgo que en ningún momento se le informó a la paciente. Después de dos años le diagnosticaron esta enfermedad cuando ya se encontraba avanzada y era irreversible (patología de carácter degenerativa progresiva) la cual la tiene en la actualidad prostrada.

Nos encontramos frente a una infracción del consentimiento informado, pues, para que sea lícita la actuación médica debe haber sido aceptada por el paciente; por su parte, esa aceptación sólo es jurídicamente valiosa en la medida que venga de un sujeto suficientemente informado. En principio, la aceptación del paciente vale únicamente si éste tenía conocimiento de los riesgos involucrados en la intervención, debiendo, además, ser suministrada por el profesional sanitario.

Lo que se puede reprochar en este caso, es que en primer lugar el médico no le proporcionó información a la paciente respecto de los riesgos<sup>162</sup> de padecer distonía. Pues, alega que, de haber conocido dicho riesgo, no se hubiera sometido a dicho tratamiento. Por consiguiente, estimamos que estamos frente a una infracción del deber de información y ante una hipótesis de tratamiento equivocado. Según lo estimado por los ministros de la excelentísima Corte Suprema, en el caso de autos, afirman que no se advirtió oportunamente de los daños que estaban causando los fármacos prescritos para el tratamiento del trastorno psiquiátrico, lo que además impidió que se retiraran los medicamentos en los albores de su enfermedad, provocando que la distonía progresara comprometiendo dorso y cuello, incurriendo en una pérdida de chance, donde la paciente tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio o no aceptar a administración de medicamentos.

---

<sup>160</sup> Sentencia Corte Suprema de 11 de mayo de 2017 Rol N° 47.936-2016, sobre indemnización de perjuicios, caratulados “Corbalán Castillo Patricia Navidad con servicio de Salud Metropolitana Occidente”.

<sup>161</sup> La distonía se caracteriza por contracciones musculares involuntarias de larga duración que suelen obligar al afectado a adoptar posiciones anómalas, como por ejemplo hacer que todo su cuerpo, el tronco, las extremidades o el cuello se contorsionen. La distonía se debe a una mutación genética, a un trastorno o a un fármaco. Si es posible se corrige la causa, pero si no es posible, el tratamiento con fármacos como los ansiolíticos suaves, levodopa más carbidopa y toxina botulínica puede ayudar a aliviar los síntomas. En <http://www.msdmanuals.com/es-cl/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/trastornos-del-movimiento/diston%C3%ADa>

<sup>162</sup> DE LA MAZA GAZMURI, “*consentimiento informado...*” (2010), op. cit., p 99.

En consecuencia, afirmamos la existencia de un vicio en el consentimiento informado - en atención del artículo 10 de la Ley 20.584-, y además de un tratamiento equivocado. En consecuencia, podríamos establecer como medio de tutela, en primer lugar, la nulidad del contrato, teniendo como objetivo retrotraer a la paciente al estado patrimonial en que se encontraba anteriormente a la administración de los fármacos para el tratamiento de la depresión. Efectuándolo mediante la retribución de la prestación incurrida por el tratamiento errado. El efecto retroactivo no podrá reflejarse en el ámbito distinto al patrimonial, ya que debido a la envergadura de la enfermedad son secuelas difíciles de revertir. Una vez efectuado lo señalado, se podrá efectuar un nuevo tratamiento, que trate la enfermedad primaria, esta es, la depresión, y además de la enfermedad secundaria, la distomía.

Siguiendo, como es evidente que la nulidad del acto no absorberá el daño causado por el tratamiento equivocado, por tanto, es necesario la aplicación en conjunto con la indemnización por daño emergente y por lucro cesante.

Respecto al medio de tutela, adaptación de contrato, este presenta una mayor dificultad para poder aplicarlo al caso respectivo, ya que existe un *error vicio*, en el cual se permite que quien cometa el error acepte la adaptación que sea ofrecida por la otra parte, solo en aquellos casos en que la parte afectada pueda satisfacer su interés. Este medio opera bajo el supuesto en que el vicio del consentimiento desaparecerá una vez que se adapte o modifique el contrato. Sin embargo, en el caso de autos, no se admitiría este medio de tutela, principalmente, por el hecho de que con la sola adaptación del contrato no hay forma de satisfacer el interés de la paciente, debido a los efectos del tratamiento son en principio, irreversibles. De ahí que la única manera de admitir este medio de tutela sería, mediante la modificación del contrato, en que se traten las consecuencias derivadas del tratamiento depresivo que dio origen a la distomía, que dentro de lo posible revertían las consecuencias de la misma. Además de la concurrencia de la indemnización, debido a que no podrá absorber la adaptación del contrato los perjuicios ocasionados por el tratamiento equivocado. Todo lo dicho en este acápite debe operar con la concurrencia de la voluntad de la parte afectada por el vicio, en este caso la paciente. Pues, la característica principal de los medios de tutela es que operan a criterio del acreedor.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto en este informe, cabe arribar a las siguientes conclusiones:

- Los deberes precontractuales se encuentran en la etapa de negociación preliminar y su fin inmediato es la elaboración de la oferta para la creación de las condiciones y cláusulas de un contrato, se pueden comprender como “todas aquellas obligaciones, que tienen como origen la buena fe objetiva, y en virtud de la cual, las partes deben guiarse en el ejercicio de las negociaciones preliminares, esto es, durante la formación, y con anterioridad al perfeccionamiento del contrato”. Dichas obligaciones, se ven determinadas por la existencia de una relación de confianza y equidad, en que la finalidad de dichos deberes es cautelar cada parte de sus intereses y patrimonio, de cualquier daño que pueda surgir con ocasión de las negociaciones preliminares, en estas etapas, se reconoce una desigualdad, ya que normalmente existirá una parte que contará con mayor conocimiento respecto del contrato que se realizará y sobre la base de esta discordancia de información es que nacen obligaciones recíprocas entre estas.
- El artículo 10 de la Ley N. °20.584 establece que la información antes de contratar es primordial, pues se señala que debe ser “oportuna y comprensible” por parte del médico u otro profesional tratante acerca del estado de salud y el posible diagnóstico de su enfermedad, así como también se encuentra presente, el deber de reserva, secreto o confidencialidad. Podemos concluir que este deber encuentra su fundamento, en querer evitar que quien participe en la negociación sufra perjuicio. Es importante enfatizar, que el deber subsiste independiente del éxito o no de los actos, diligencias o negociaciones que se llevan a cabo en la antesala del contrato. Los deberes precontractuales generalmente son atípicos, pero se encuentran de manera excepcional reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico como en la jurisprudencia nacional, explícitamente en algunas normativas como la Ley del Consumidor y la Ley de Etiquetado y la Ley N-° 20.584 que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a la atención de salud. Dentro del ordenamiento jurídico chileno, los deberes precontractuales se pueden concretar de formas diversas. En ocasiones, una norma jurídica impone expresamente dichos deberes; en otras, son los jueces quienes, aplicando el principio general de la buena fe, y a falta de norma expresa, extraen directamente de este, dichos deberes.

- En la referida ley se determina el marco mínimo en que se desarrollará la atención en salud. Encontrándose explícitamente el deber de información en los artículos 8 y 10, se resume en que debe permitir al paciente tomar una decisión, conforme a su voluntad, inteligencia y libertad. Así mismo dentro de este marco, está presente el consentimiento informado en el artículo 14, el cual debe aplicarse en los términos del artículo 10, en general, este derecho, permite concretar el ejercicio de la autonomía personal en la toma de decisiones vinculadas a la atención en salud.
- Respecto al deber de consejo, se encuentra íntimamente relacionado con el deber de información, ya que operan simultáneamente y de manera complementaria, se puede definir como aquel deber de carácter profesional y serio, enmarcado dentro del deber de cuidado, que tiene como objetivo principal el recomendar un camino de acción de conformidad con el estado del arte médico, para que el paciente decida informadamente acerca de los riesgos que asume, el principio rector es el derecho a decidir informadamente, ya que el especialista debe informar al inexperto acerca de lo que éste no está en condición natural de conocer. Por tanto, se puede deducir, que es un deber accesorio al de información, y podrá operar según lo requieran las circunstancias, además, tendrá por objeto finalmente, orientar al paciente en su decisión.
- Finalmente debemos recalcar la importancia de articular un sistema de medios de tutela precontractual a favor del acreedor. Se conforma por la indemnización, la nulidad y la adaptación del contrato, los cuales pueden proceder, ya sea de forma conjunta o autónoma, lo cual estará sujeto a la decisión del acreedor. La ventaja de este sistema es que permite al contratante perjudicado organizar su estrategia de protección eligiendo la alternativa que le resulte más beneficiosa para sus intereses, por lo que se amplía su abanico de posibilidades a la hora de escoger alternativas.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO (2007): “*El resarcimiento del daño moral en España y Europa*”. Editorial Ratio Legis. Salamanca.

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO (2008): “*Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*”, Editorial Legal Publishing. Santiago.

BARROS BOURIE, ENRIQUE (2006): “*Tratado de responsabilidad extracontractual*” Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

BOETSCH GILLET, CRISTIÁN (2011): *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (2010): “*Los Límites del Deber Precontractual de Información*”, Editorial Aranzadi, Pamplona, España.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN (2011): “*Aspectos de la integración del contrato*”, en Estudios de Derecho Civil VI, legal publishing, Santiago.

FABRE-MAGNAN, MURIEL, (1993): “*De l` obligation d` information dans les contrats, Essai d` une théorie*”, Editorial LDGJ. París,

GALÁN CORTÉS, JULIO, (2001). “*Responsabilidad médica y consentimiento informado*”, Civitas, Madrid.

GALÁN CORTÉS, JULIO, (2016): “*Responsabilidad civil médica*”, en Thompson-Civitas, quinta edición, Madrid, España.

GÓMEZ CALLE, ESTHER, “*Los deberes precontractuales*”, Editorial La Ley, Madrid, 1994.



MORALES MORENO, MANUEL, *“Evolución el concepto de obligación en derecho español”*, en Morales Moreno, Antonio Manuel, la modernización del Derecho de Obligaciones, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006.

PIZARRO WILSON, CARLOS, (2017): *“La Responsabilidad Civil Médica”*, en Editorial Legal Publishing Chile, Santiago de Chile.

PUGA PRADO, ARTURO, (2015): *“Sobre la responsabilidad civil precontractual”*. Actualidad Jurídica, Issue N° 32, pp. 157-176.

ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, (1979): *“Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual”*. Editorial Universitaria, Valparaíso.

ZULOAGA RÍOS, MARGARITA, *“Teoría de la Responsabilidad Precontractual”*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile.

## **REVISTAS**

ALCALDE SILVA, JAIME (2009): *“Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato”*, en Revista Chilena de Derecho Privado, Issue 12, pp. 279-287.

ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MORENO, JUAN, (2003): *“Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”*, en Doxa 26, España.

BASOZÁBAL ARRÚE, XABIER, (2009): *“En torno a las obligaciones precontractuales de información”*, en Revista ADC, vol. 60, núm. 2., Madrid.

BRANTT ZUMARÁN, MARÍA GRACIELA, (2008): *“Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento”*, en GUZMÁN BRITO. “Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvall”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile.

CONCHA MACHUCA, RICARDO, (2013) “*El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*” Revista de Derecho Vol. XXVI- N° 2, Talca.

DE LA MAZA GASMURI, IÑIGO, (2010): “*Consentimiento informado, una visión panorámica*” Ius et Praxis. vol 16, N°2, Talca.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (2010): “*El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información*”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Issue 2, pp. 21-52.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, (2017): “*Consentimiento informado, un poco de realismo*”. En revista de Derecho Valdivia, Vol. XXX - N° 2. Valdivia, Chile. Rev. Derecho (Valdivia) [online]. 2017, vol.30, n.2, pp.111-131. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200005>.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. (2009): “*Contrato de servicios médicos, consentimiento informado y relación de causalidad*”. Revista chilena de Derecho Privado (12): 247- 255. P. 249.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (2010): “*Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXIV, pp. 75-99.

DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, (2007): “*¿Sanción de invalidez?, Los conceptos de invalidez y sanción*”, en Editorial Arazandi, Navarra.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO (2010): “*Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos*”, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 199-221.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ y OTERO CRESPO, MARTA (2010): *“La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”*, en Revista Indret Para El Análisis Del Derecho, Barcelona, N° 2 pp. 1-62 ver en [http://www.indret.com/pdf/731\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf).

GRÜNEBERG, CHRISTIAN, (2009): *“Palandt Bürgerliches Gesetzbuch”*, 68 Auf., Verlag C.H. Beck, München. “311 BGB”, en VV.AA., Alemania.

IBARRA FUENTES, CONSTANZA, (2015): *“Análisis sistemático de la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”*. Cuadernos del tribunal Constitucional, N° 61.

JERÉZ DELGADO, CARMEN, (2011) *“La anulación del contrato”*, Editorial Civitas, Navarra, Santiago.

JIMÉNEZ LÓPEZ, MARÍA DE LAS NIEVES. (2011): *“Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria”*, Editorial Tecnos, Madrid.

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, (2007): *“Sistema de responsabilidad médica”*, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2007.

LARRAÍN PÁEZ, CRISTIAN, (2004): *“Algunos supuestos de daños en la responsabilidad médica en la doctrina y jurisprudencia española.”* Revista de Derecho Universidad de Concepción, LXXII, N.º 215-216, Concepción.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA (2017): *“Por la Articulación de un Sistema de Medios De Tutela Precontractual en el Código Civil Chileno”*, en Estudios de Derecho Civil XII, Santiago, Editorial LexisNexis, pp. 465-484.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, (2015): *“Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción”*

contenido en el Borrador de los Principios Latinoamericanos derecho de los contratos.” Estudios de Derecho Civil X, Editorial Thomson Reuters- La ley, 2015. Santiago.

LÓPEZ MESA, MARCELO, (2007): “*Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado*” en López Mesa, Marcelo (Dir.). *Tratado de Responsabilidad Médica*. Editorial Legis, Buenos Aires.

LUQUE JIMÉNEZ, MARÍA DEL CARMEN, (2008): “*Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

MARÍA y OTERO CRESPO, (2010): “*La responsabilidad precontractual en el derecho europeo*” en InDret, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. pp. 1- 62.

MILOS, PAULINA y CORRAL, HERNÁN, (2014): “*Derechos y deberes de los pacientes, Estudios y textos legales y reglamentarios*”, En De la maza Gazmuri, Iñigo (compilador), Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

MILOS, PAULINA y LIRA, FRANCISCA, (2014): “*La Ley N.º 20.584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Una visión panorámica*” En De la maza Gazmuri, Iñigo (compilador), Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR (2008): “*La Buena Fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*”. Revista de derecho, Universidad del Norte, N° 30 pp. 30-74.

OPAZO BARRIENTOS, ROBERTO (2013): “*Fundamento de los deberes precontractuales en las tratativas preliminares*”. Revista Digital Nuevo Derecho: Creare Scientia un Ius, Issue 1, pp. 1-13.

PANTALEÓN, FERNANDO, (2011): “*Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos*”, en Anuario de Derecho Civil 64, 3, pp. 897-929.

PIZARRO WILSON, CARLOS (2015): “*En oposición al consentimiento hipotético informado*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XLIV, pp. 97 - 120.

PIZARRO, CARLOS (2014): “*El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad*”, en Revista chilena de derecho volumen 41 N°3, Santiago, Chile. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000300003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000300003). Fecha última consulta: 12 de noviembre de 2017.

REGLERO CAMPOS, FERNANDO, (2013): “*Conceptos generales y elementos de delimitación*”, en Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, España.

SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN (2013): “*Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones*”. Revista Chilena de Derecho, 40(1), pp. 315-322.

SÁNCHEZ, DIEGO C. (2011): “*Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde la vigencia de la Ley 26.5292, Prudentia Iuris N°70, Argentina.*

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN, (1976): “*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*”. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

SCHULZE, REINER (2006): “*Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho contractual europeo*”, en ADC, Alemania pp. 29-58, 2006.

TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO, (2003): “*Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*”. Revista de Derecho Valdivia, vol. XV, N°2, Valdivia.

WAHL SILVA, JORGE, (2014): “*Ficha Clínica, Uso De Protocolos De Calidad Y Seguridad, Y Consentimiento Informado. Problemas De Responsabilidad Civil*”. En De la maza Gazmuri, Iñigo (compilador), Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

WILHELMSSON, THOMAS (1999), “*Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting- The Nordic Experience*”, en Roger BROWNSWORD / Norma J. HIRD / HOWELLS, Good Faith in Contract. Concept and Context, Ashgate-Dartmouth, Aldershot.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, (1993): “*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*”. Editorial Reus, Madrid.

## **JURISPRUDENCIA**

Corte de apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012.

Corte de apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012.

Corte de apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol N.º 1473-2012

Corte Suprema “Wagemann Morales con Vidal García-Huidobro”, 28 de enero de 2011, rol N.º 5849-2009.

Corte Suprema, “María Eugenia Moncada en favor de Eduardo Carrasco Moncada / Complejo Asistencia Barros Luco y Hospital Dr. Lucio Córdoba”, 20 de octubre de 2015, rol N.º 10382-2015.

Corte Suprema, “Wagemann Morales con Vidal García Huidobro”, 28 de enero de 2011, rol N.º 5849- 2009.

Corte Suprema, considerando cuarto, “Riquelme Vargas con Clínica Dávila S.A., 6 de enero de 2016, rol N.º 18450-2015.

Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, “Fernández Medel con Clínica Las Condes S.A.”, 8 de septiembre de 2011, rol N.º 5291-2009.

Sentencia Corte Suprema de 11 de mayo de 2017 Rol N° 47.936-2016, sobre indemnización de perjuicios, caratulados “Corbalán Castillo Patricia Navidad con servicio de Salud Metropolitana Occidente”.

Sentencia de la Corte Suprema (2011): Rol N.º 1872/2010. “Jiménez Mira, David Alejandro Con Armijo Cerda, Antonio De Los Ángeles” (responsabilidad precontractual)

Sentencia de la Corte Suprema (2012): Rol N.º 218/2011 “Urrea Fuentes Cristian con Corpbanca” (2012): (acción de indemnización de perjuicios).

Sentencia de la Corte Suprema (2014): Rol N.º 14243/2013. “M.L. &L. Limitada con Banco Itaú Chile” (acción cumplimiento de contrato de indemnización de perjuicios)

Sentencia de la Corte Suprema (2016): Rol N.º 37430/2015 “Luno con Luno” (cese de alimentos)

Sentencia del Tribunal Supremo Español de 11 de mayo de 1999. RJ 1999, 4802 (sala 3ª), pte. Excmo. Sr. P. Mateos García.

Tercer Juzgado Civil de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 21 de agosto de 2012, rol N.º 7408-2009.

### **LEYES, TRATADOS, MOCIONES, BOLETINES, INFORMES:**

Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01.

Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)

Convención sobre los derechos de los Niños (1989)

Declaración de los Derechos del Niño (1959)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Declaración y programa de acción de Viena, conferencia mundial sobre derechos humanos (1993).

En Argentina, en Formosa, Río Negro, Tucumán, entre otras provincias, mediante leyes como la 26.529/2009 y la 26.657/2010

En España, en Navarra, con la Ley Foral 11/2002, sobre los derechos del paciente a la información.

Historia de la ley N.º 20.584,

Informe de la comisión de salud recaído en el proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud. Boletín N.º 2727-11

Ley de Francia 2002/303.

Ley N.º 20.584 del 24 de abril de 2012 "Los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud".

PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO, Tesis doctoral *"La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa"*. Universidad Carlos III de Madrid 2014, disponible en <http://studylib.es/doc/4481552/la-responsabilidad-civil-del-m%C3%A9dico-en-la-medicina-curativa>

Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, decreto N.º 140 del Ministerio de Salud, de 21 de abril de 2005.