



**Universidad de Valparaíso.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Escuela de Derecho.**

**“El incumplimiento del deber de
información configura una imputabilidad
objetiva respecto del médico”.**

Tesina.

Autor: Cristian Jiménez Rodríguez.

Profesor Guía: Mario Opazo González.

I. INDICE.

I. INTRODUCCIÓN.....	P.3
II. NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE	P.5
1.- El Contrato Médico.....	P.5
2.- Naturaleza Jurídica del Contrato Médico	P.7
3.- Consecuencias de la Responsabilidad Civil Médica Contractual.....	P.14
4.- Factores de atribución de tipo objetivo en la Responsabilidad Civil Médica.....	P.18
III. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL MÉDICO MANIFESTADA A TRAVÉS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE.....	P.21
1.- Deberes del profesional de la salud.....	P.21
2.- Fundamento del Deber de Información: Autodeterminación.....	P.25
3.- Consentimiento Informado como manifestación de la Autonomía del paciente.....	P.26
4.- Incumplimiento del Deber de Informar	P.29
IV. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN GENERA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	P.33
1.- El incumplimiento contractual en las obligaciones de medio basado en la culpa como elemento central	P.34
2.- Responsabilidad Objetiva en Sede Contractual	P.38
3.- Algunas obligaciones de resultado a cargo de los médicos y en especial respecto al deber de informar	P.39
V. CONCLUSIONES.....	P.45
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	P.47

I. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día, en el ámbito de la atención de salud existe un notorio aumento de las reclamaciones prejudiciales y acciones judiciales. Sin duda es un tema que preocupa dentro del ámbito de la responsabilidad médica, sobre todo porque afecta la confianza recíproca que debe existir entre el facultativo y el paciente, lo que constituye un gran pilar dentro de la relación médica.

Esto se ha incrementado, porque muchas veces existe una inmensa distancia entre lo que espera el paciente y los resultados obtenidos, lo que genera gran frustración, resentimiento y reclamaciones, porque se tiene fe en el avance de la ciencia, y se piensa que el médico, con las herramientas que tiene a su cargo, siempre podrá restablecer la salud, y lamentablemente no siempre es así.

Si se analizan las reclamaciones y las acciones judiciales interpuestas, se puede apreciar que una de las causas de mayor incidencia son aquellas en que se esgrime la falta o deficiencia de información proporcionada al paciente y su entorno y la ausencia del denominado consentimiento informado. Si bien muchas de ellas se basan también en la mala práctica médica, los problemas en general derivarán de un deterioro de la relación médico- paciente por mala comunicación, por ausencia o deficiencia de la obligación de informar y del consentimiento informado, generando responsabilidad.

Es por ello que el inicio de esta tesina, versará sobre el tipo de responsabilidad que genera el contrato médico, que de acuerdo a la legislación actual y a la doctrina comparada y nacional es por regla general contractual en el ámbito del Derecho Privado, analizando en la misma línea, la naturaleza jurídica del contrato médico. Finalmente dentro del contexto analizado se evaluarán las consecuencias jurídicas de que el contrato médico genere responsabilidad contractual.

Una vez establecidas ciertas conclusiones en cuanto a la responsabilidad misma, se analizará el consentimiento informado. El consentimiento es uno de los elementos esenciales para la validez de todo acto o contrato, pero el consentimiento informado se ha

ido positivizando para alejarse del pensamiento paternalista en que se basa la tradición médica, para dar paso a la primacía del modelo de la autonomía de la voluntad de los pacientes, la autodeterminación de cada persona como sujeto de derecho, lo que produce un cambio de paradigma de las relaciones sanitarias. Esto sin duda no solo se reduce a un problema legal, sino que implica un cambio en la mentalidad de los profesionales que no se consigue a través de la imposición, sino por medio de la formación a través del tiempo.

Así, siguiendo el análisis del contrato médico, se analizarán los deberes del médico, centrándonos en aquellos relativos a la información que debe suministrársele al paciente. El fundamento que nos lleva a la proliferación de la autodeterminación del paciente, cuyo interés se intenta proteger a través del consentimiento informado, que materializa el deber de información del médico.

No obstante, pese al desarrollo y la evolución judicial, no están establecidos con claridad los límites del consentimiento informado, lo que complica seriamente la relación médico-paciente, sobre todo al considerar que toda actuación médica genera riesgos, por sencilla que sea, lo que implica cuestionar el tipo de responsabilidad contractual aplicable, planteando una objetivización de la misma, postura minoritaria que se intentará analizar y ver en cuanto a su aplicación práctica.

Sin duda será un tema interesante de recorrer, dado el escaso desarrollo de esta materia en nuestro país, por lo que se intentará ir precisando el contenido y la forma del derecho a la información y del consentimiento informado a la luz de nuestras reglas contractuales y de Responsabilidad Civil.

II. NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.

1. El Contrato Médico.

Los médicos, en el ejercicio de su profesión, pueden ocasionar una serie de perjuicios, lo que genera el tema de su responsabilidad, que los vincula directamente al ámbito del derecho civil, y específicamente al plano indemnizatorio. En este aspecto es notoria la evolución –aun cuando se ha manifestado lenta a través de los años-, ya que antiguamente el número de médicos era reducido, razón por la que existía hacia ellos un respeto reverencial, investido de inmunidad absoluta. Lo anterior, porque se pensaba que eran personas con indiscutible capacidad y conocimiento, que no cometían errores ni negligencias, por lo que hacía impensable exigir su responsabilidad por un acto defectuoso. Esto se suma a que en épocas pasadas los avances científicos eran rudimentarios, por lo que era más complejo ejercer el área médica y, finalmente, la dificultad de tener que recurrir a especialistas para la resolución de casos, debido a la falta de conocimientos e información de los ciudadanos y jueces. La realidad de hoy dista mucho de aquello, ya que la responsabilidad civil del médico¹ no tiene por qué ser diferente de la responsabilidad civil general, su título profesional no los exime de efectos jurídicos.

De esta manera, los médicos pueden quedar expuestos a diversos tipos de responsabilidad y, por ende, sometidos a regímenes legales específicos. En primer lugar, la responsabilidad penal por negligencia culpable prevista en el artículo 491 del Código Penal, que busca

¹ Existen al respecto diversas definiciones. Para el caso concreto de esta tesina, me apegaré al concepto de responsabilidad médica que nos entrega Vicente Acosta, que la define como *“la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicios científicos, en la actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo”*. ACOSTA, VICENTE. *“De la responsabilidad civil médica”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1990. Pág. 19.

sancionar con una pena privativa de libertad al médico que se ha apartado de la *lex artis*. Pero es inusual que una sentencia condenatoria llegue a este extremo, considerando las atenuantes y las formas alternativas de cumplimiento de la pena. En segundo lugar, puede surgir responsabilidad administrativa del Servicio de Salud cuando la negligencia médica - basada en la “falta de servicio”- ocurre en un hospital público. Finalmente, el acto médico puede dar origen a responsabilidad civil, caso en que la víctima buscará la reparación del daño ocasionado.

Luego, para determinar las normas aplicables a los médicos, se debe distinguir si el acto del facultativo se efectuó en un hospital público, caso en que dará origen a responsabilidad si el acto califica como falta de servicio, de acuerdo a la Ley N°19.966 de 2004 –llamada también “Ley del Auge”- que contempla normas particulares. De lo contrario, en el ámbito privado, la relación entre el paciente y el médico y, asimismo, aquella entre el paciente y la clínica o establecimiento privado de salud, constituye un vínculo contractual de derecho privado²

En este último caso, cuando el vínculo es entre particulares, la práctica general es que una persona que necesita la asistencia profesional para restablecer su salud, para realizar un chequeo médico o aplicar un tratamiento, requerirá de los servicios del facultativo, lo que dará origen a un acuerdo de voluntades, que no es otra cosa sino un contrato consensual entre médico y paciente, exento de formalidades, que conllevará obligaciones para ambas partes.

En virtud del artículo 1545 del Código Civil *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Por lo tanto, en los casos en que se ha faltado a los deberes impuestos por el contrato, que opera como ley entre las partes, si cualquiera de ellas deja de cumplir las obligaciones, o bien no las cumple de manera oportuna o las cumple imperfectamente, surgirá una responsabilidad contractual, que es la regla general en el ámbito médico, ya sea que el contrato se haya perfeccionado tácita o expresamente.

² PIZARRO, Carlos. “Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas”. Rev. Med. Chile 2008; 136: 539-543, p. 540.

De este modo, se puede definir la responsabilidad contractual como *“la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause”*³, por lo que, en caso de incumplimiento, surgirá para el acreedor los siguientes derechos:

A. Cumplimiento forzado de la obligación, mediante intervención judicial.

B. Indemnización de perjuicios.

En el caso contrato del contrato de prestación de servicios, la indemnización que derive por los perjuicios ocasionados será por incumplimiento total, analizado las diversas circunstancias y normativas, para efectos de otorgar una indemnización compensatoria, que equivale al cumplimiento mismo.

2. Naturaleza Jurídica del Contrato Médico.

Un aspecto de gran discusión y evolución, es respecto a la naturaleza de la responsabilidad civil médica: Contractual o extracontractual, ya que si bien se ha sostenido que se aplica la primera, no se ha precisado la estructura jurídica que le sirve de sustento.

2.a) Naturaleza contractual.

“Durante muchos años se discutió acerca de la naturaleza de la responsabilidad profesional médica, pero en la actualidad no existe divergencia en cuanto a que como

³ GUAJARDO CARRASCO, Baltazar. “Aspectos de la Responsabilidad Civil Médica. Doctrina y Jurisprudencia”. Librotecnia, 2° Edición, año 2005, p. 29, citando a su vez a ALESSANDRI, Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”, Santiago, año 1943, p.742.

*regla general la responsabilidad del médico frente a su paciente es de tipo contractual*⁴, opinión que es compartida por varios autores nacionales⁵. Asimismo lo ha manifestado don Lorenzo de la Maza, al señalar que: *“No hay duda de que la relación que existe entre el médico y el enfermo a quien atiende es una relación de carácter contractual”*⁶. Algunos, como Eduardo Court, al referirse a la responsabilidad contractual del facultativo, van un poco más allá, agregando que *“De esa índole es también la responsabilidad que pueda recaer sobre él mismo cuando presta servicios en establecimientos públicos o privados, tanto respecto de esos establecimientos, como respecto de los pacientes que a ellos llegan en demanda de sus servicios profesionales. En esta última situación, los autores estiman que se configura a favor del paciente, una estipulación a favor de otro en los términos del artículo 1449 del Código Civil y que, por consiguiente, la responsabilidad es contractual”*⁷. Arturo Alessandri por su parte, esgrime como argumentación en la línea de la responsabilidad contractual que *“la responsabilidad de los médicos nace del daño causado al paciente debido a negligencia o imprudencia en el cuidado, en la omisión de indicaciones médicas, por los riesgos o consecuencias de una intervención quirúrgica o tratamiento prescrito, o por la ignorancia o error en el diagnóstico, responsabilidad que generalmente tiene por fundamento un contrato”*⁸

Sin embargo, una parte de la doctrina más incipiente, sin dejar de lado el fundamento contractual de la responsabilidad del galeno, considera que surgiría responsabilidad

⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. “La Responsabilidad Civil de los Médicos”, p. 2.

⁵ ALESSANDRI R., Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I”. Ediar Editores Ltda., Pág. 75; ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. “Las Obligaciones, Tomo II”, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición. 1993, pág. 766; TOMASELLO HART, LESLIE. “La Responsabilidad Civil Médica, en Estudios de Derecho Privado”. Edeval, Valparaíso, 1994, p. 35.

⁶ DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. “El Contrato de Atención Médica”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 16 N°1, enero-mayo 1989, p. 7.

⁷ COURT MURASSO, Eduardo. “Responsabilidad Civil Médica”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX, 1998, p. 278.

⁸ ALESSANDRI R., Arturo. “De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno”. Universitaria, 2° Edición, Santiago, año 1983, pp. 77 y ss.

extracontractual por eventuales daños, en casos en que no existe contrato, de modo que se estaría violando un vínculo preexistente, que comprende por lo general una obligación de hacer, lo que queda plasmado a través de la siguiente opinión *“Nada impedía que a un médico pudiera imputarse responsabilidad extracontractual, frente a la imposibilidad de acreditar un contrato de atención médica previo con el paciente”*⁹.

Respecto a la responsabilidad contractual del galeno, se ha recurrido a diversas figuras jurídicas para explicarlo¹⁰:

- A. Inicialmente se invocó las disposiciones del **mandato**, solución que no fue del todo convincente, al momento de considerar cuáles eran los actos que podía realizar el mandatario, en tanto están referidos a actos de administración, o sea, actos jurídicos, distintos de aquello que en definitiva significa la actuación material de un médico.
- B. Luego, el Art. 2118 del Código Civil¹¹, sujeta los servicios prestados por ciertas profesiones a las reglas del mandato, siendo aplicable en segundo término las normas del **arrendamiento de servicios**, ya que presentaba mayor similitud con una relación en la que hay por una parte largos estudios, así como la ejecución de las obligaciones concernientes al ámbito profesional.
- C. Finalmente, también puede sostenerse que el contrato médico no obedece a ninguna figura jurídica establecida, considerándolo como un **contrato innominado o atípico** que es regido por las reglas del mandato, sin perjuicio de aplicar las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, que puede entenderse a su vez, en

⁹ VENEGAS, Loretto. “Factores de imputación en la Responsabilidad Civil Médica. Evolución de la Doctrina y Jurisprudencia Chilena”, Revista Escuela de Derecho- Año 8, número 8, 2007, p.19, citando a su vez a KOCH K., Erich “Responsabilidad Médica”, Imprenta Cervantes, Santiago, 1919, pp. 51, 54, 57, que se inclinaba por la responsabilidad extracontractual.

¹⁰ VENEGAS, Loretto. Op. Cit (9) pp. 19 a 21.

¹¹ “Artículo 2118 Código Civil *“Los servicios de los profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*, en concordancia con el artículo 2012 del mismo texto legal, relativo al arrendamiento de servicios materiales, que prescribe *“Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2118 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas”*.

especiales circunstancias como una agencia oficiosa o estipulación a favor de otro.¹². En este sentido, autores como Lorenzo De La Maza discrepan de este carácter innominado en atención a que el contrato médico tendría un marco legal que lo regula.

De acuerdo a lo expuesto, y considerando las características del contrato de prestaciones médicas, es importante precisar que la naturaleza jurídica del contrato médico perfeccionado entre el galeno y su paciente, y de acuerdo a las normas regulatoria de los contratos en nuestro Derecho, es la de un contrato atípico o innominado y consensual¹³. Esto porque las partes, en atención a las especiales circunstancias que las vinculan, manifiestan su consentimiento en forma tácita por regla general, y porque nuestra legislación civil no lo reconoce como figura contractual específica, ni lo califica jurídicamente, por lo que, *“de los artículos 2118 y 2012 del Código Civil podemos concluir que, en cuanto a su régimen jurídico, se sujeta a las normas del mandato y, subsidiariamente, a las del arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no tuvieren de contrario a ellas.”*¹⁴

2.b) Naturaleza Extracontractual.

Otra opción para explicar el fundamento de la responsabilidad médica surge conforme a las normas del artículo 2314 y siguientes del Código Civil, relativas a la responsabilidad extracontractual, toda vez que si bien la responsabilidad del galeno es explicada a través de la responsabilidad contractual, algunos sostienen que *“aún cuando tuviera por fundamento*

¹² Ibidem.

¹³ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. “De la Responsabilidad Civil Médica”. Editorial Jurídica de Chile. 1990, pp. 111 y 124.

¹⁴ Un análisis completo de esta materia puede verse en ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Ob. Cit., en nota (13), pp. 92 y ss.

*un contrato se regiría por las normas de la responsabilidad extracontractual, en la medida que se tratara de una infracción a la norma penal*¹⁵

Por ello, no obstante que la responsabilidad civil médica será usualmente contractual atendido el vínculo de ese carácter, se reconocen situaciones excepcionales en que el médico, en virtud de su profesión, estará afecto a responsabilidad extracontractual o aquiliana, que surgirá en casos excepcionales justificados por las especiales circunstancias en la que se despliega la actividad médica. Alessandri señala tres casos¹⁶:

- a) Cuando el médico causa daño al paciente a quien presta servicios por amistad o por espíritu caritativo o de beneficencia, sin ningún fin de lucro;
- b) Si con la muerte o las lesiones ocasionadas al paciente causa daños a un tercero; y
- c) En general, cuando con cualquier acto de su profesión daña a un tercero con quien no está ligado contractualmente.

En estos casos excepcionales, la responsabilidad extracontractual surge por el solo hecho de haberse ocasionado un daño culpable a otro, sin necesidad de que exista un vínculo que ligue a las partes, como ocurre, por ejemplo, en un accidente de tránsito, donde los conductores solamente llegan a relacionarse por el hecho del incidente. Del mismo modo, en un proceso va a existir responsabilidad extracontractual médica, si no queda acreditada suficientemente la relación contractual entre el facultativo y el paciente. Incluso, es admisible para la víctima, cuando en virtud de una prestación médica sufra un daño, persiga su reparación por vía extracontractual derivado de la conveniencia que ofrece en materia de indemnización y daño moral¹⁷

La jurisprudencia también ha admitido que entre médico y paciente puede –en ciertas circunstancias- darse responsabilidad extracontractual, cuando no se ha acreditado la

¹⁵ VENEGAS, Loretto. Op. Cit (9) citando a su vez a Koch, Erich. “Responsabilidad Médica”, Imprenta Cervantes, Santiago, 1919, pp. 51, 54, 57

¹⁶ ALESSANDRI, Arturo. Op. Cit (5), pág. 77 y 78.

¹⁷ VENEGAS, Loretto. Op. Cit (9) p.22.

relación contractual correspondiente. Un caso emblemático al respecto, es la causa por cuasidelito de lesiones graves, caratulada “Tala Saig Oscar con Clínica Las Condes”¹⁸, por querrela que interpuso don Lionel Beraud Poblete, paciente que debía ser operado de la cadera derecha, y que por error fue operado de la cadera izquierda, sin su consentimiento ni el de su cónyuge, siendo posteriormente operado de la cadera correcta. En aquella ocasión el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Cornelio Villarroel Ramírez, en fallo de primera instancia, determinó que si falta el consentimiento del paciente (para una intervención quirúrgica), la responsabilidad del médico es extracontractual, aun existiendo una razón médica que lo justifique, de lo cual se entiende que la operación indebida de la cadera izquierda es ajena a todo contrato o vínculo jurídico existente, ya que al no haberse formado el consentimiento, faltó un requisito de existencia, por lo que su infracción no puede generar responsabilidad contractual.

2.c) Cúmulo u opción de responsabilidad.

En todo caso, y no obstante, que la tendencia actual se orienta a la contractualización de la actividad médica, cabe advertir que cuando se analiza la responsabilidad de los profesionales de la salud, existe doctrina y alguna jurisprudencia que señalan que existiría una opción para la víctima, en el sentido de exigir la responsabilidad contractual o extracontractual del profesional causante del daño, ya que resultaría igualmente injusto el perjuicio aún cuando haya mediado contrato¹⁹.

Frente a esto, cuando existe vínculo pactado entre el dañado y el responsable, la reclamación tendrá un fundamento contractual, razón que ha adquirido adhesión en la dogmática nacional. Por otro lado, cuando quien pretende ser reparado no sea parte de esta relación obligatoria, esgrimirá que el fundamento será necesariamente extracontractual,

¹⁸ COURT MURASSO, Eduardo. Op. Cit. En nota (7), p. 281, citando a su vez al fallo publicado en Gaceta Jurídica, N° 151. Enero. 1993.

¹⁹ MAÑALICH, Jaime. “La desconfianza de los impacientes. Reflexiones sobre el cuidado médico y la gestión de riesgos en las instituciones de salud”, Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago- Buenos Aires, 2006, p.142.

como ocurre en el caso de los herederos de un paciente fallecido que pretenden el establecimiento de una responsabilidad de parte del médico tratante, aun cuando no fueron éstos los que pactaron la atención médica.

Hay quienes sostienen que procede el concurso de responsabilidades, si prescindiendo del contrato preexistente, el daño causado igualmente sería indemnizable²⁰. En cambio una posición distinta, reconoce que existe una relación contractual, pero considera más conveniente para el interés del paciente hacer efectiva la responsabilidad extracontractual, a objeto de obtener una reparación completa del daño sufrido, teniendo a su favor la solidaridad pasiva²¹.

En Chile se ha rechazado la opción de responsabilidades, postura asumida por diversos autores, entre ellos el profesor Pablo Rodríguez Grez, que ha precisado que *“la responsabilidad contractual, cuando ella concurre con la responsabilidad delictual o cuasidelictual, prevalece sobre ésta última...”*²². Otros, como León de la Maza, plantean en torno a esta problemática que *“es evidente que si la víctima –el paciente- sólo ejercita acción civil en contra del médico, deberá hacerlo de conformidad con las reglas de la responsabilidad contractual, puesto que está demandando la indemnización del daño causado por la infracción de una obligación preexistente, nacida, en este caso, del contrato que celebró con el médico infractor”* (de la Maza, 1998).²³

De lo expuesto, se entiende que, para que exista responsabilidad contractual del médico debe existir un contrato previo entre las partes, vigente al momento de producirse el daño, y que este perjuicio derive de un incumplimiento a sus obligaciones. Lo anterior, porque normalmente el médico no atiende a un paciente desmayado en la calle, ésta será una

²⁰ VENEGAS, Loretto. Op. Cit. (9), p.25.

²¹ Ibidem, citando a su vez a PIZARRO W., Carlos, “La Responsabilidad Civil por el hecho ajeno”, en Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, N°1, Santiago, 2003, pp. 181-205.

²² MAÑALICH MUXI, Jaime. Op. Cit (19) p. 140, quien a su vez cita textualmente al autor Pablo Rodríguez Grez, 1999

²³ Ibidem.

situación excepcional, porque lo normal será que entre el facultativo y el paciente se celebre -tácita o expresamente- un contrato de asistencia médica. La Jurisprudencia extranjera ha señalado al respecto que las excepciones que podrían darse quedarían limitadas casi exclusivamente a aquellos casos en que el paciente no pudiera dar su consentimiento para la intervención profesional, sea directamente por sí o mediante un tercero que lo hiciese por él; o incluso cuando esa intervención se hiciere en contra de la voluntad del asistido y por obligación legal del médico²⁴. Por ende, el consentimiento del paciente en el ámbito de la responsabilidad contractual médica tiene gran relevancia, y será un tema a analizar en los capítulos posteriores.

3. Consecuencias de la Responsabilidad Civil Médica Contractual.

Nuestro Código Civil regula separadamente dos órdenes de responsabilidad civil, contractual (Artículo 1545 y siguiente), y extracontractual (Artículo 2314 y siguientes), por lo que, dependiendo del tipo de responsabilidad, serán las normas aplicables, y sus consecuencias serán diversas. Sin embargo, para efectos de la responsabilidad civil médica, el tema de mayor trascendencia, dice relación a la prueba de la culpa.

En materia contractual, se refiere a ella el artículo 1547 inciso tercero del Código Civil, al señalar que: *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*. De ello se puede entender en términos muy generales que, si el deudor (médico) incumple obligaciones derivadas del contrato, el incumplimiento se presume culpable, mientras el galeno no pruebe que empleó el debido cuidado o que operó caso fortuito, de lo que puede concluirse que, frente a un incumplimiento de las obligaciones del contrato médico, la carga de la prueba la tendrá el facultativo.

²⁴ LÓPEZ MESA, MARCELO. “Tratado de Responsabilidad Médica”. UBIJUS Editorial. Argentina. 2007. Pág.19.

Lo anterior supone que, el paciente para hacer efectiva la responsabilidad del galeno cuyo accionar le ha provocado un daño, solo tendrá que probar la obligación vulnerada que consta en el contrato, y a su vez el médico podrá buscar eximir su responsabilidad, probando que en su actuar operó caso fortuito o fuerza mayor, o bien, acreditar la ausencia de culpa en los términos señalados en el ya citado artículo 1547 del Código Civil.

Una vez que se asume la naturaleza contractual de la relación médico paciente, y por ende, se admiten las normas aplicables, si el médico genera un daño o perjuicio al paciente por incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato médico, su culpa se presumirá, y tendrá que probar caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa, para exonerarse de las consecuencias que conlleva.

De acuerdo a lo anterior, el galeno estará obligado a entregar al paciente o enfermo, una prestación y un trato minucioso, cordial y conforme a la *lex artis*, de acuerdo a los conocimientos actuales de la ciencia. Pero cuando el actuar del médico provoca daño, éste deberá probar que actuó con la diligencia debida. El problema es determinar cómo es la diligencia exigida al facultativo. Para ello debemos remitirnos a lo que se denomina *lex artis*, que es lo que rige el modelo o estándar de conducta apropiada para cada situación específica de los profesionales de la salud. De esta manera se configura una culpa técnica, comparando lo que se debería haber hecho y aquello que se hizo.

Para analizar la culpa en las diferentes etapas de la relación médico- paciente, se deben diferenciar distintas fases:

- a) Diagnóstico: Es una situación de excepción, siendo sólo posible cuando se trata de un diagnóstico usual, cuya equivocación revela una negligencia severa.²⁵
- b) Tratamiento y su aplicación: Pueden dar lugar a una culpa médica cuando existe un defecto técnico en su ejecución conforme a un estándar de un médico normal y medio. Aquí la culpa asume distintas manifestaciones: Culpa por ignorancia (Falta de conocimiento de la técnica adecuada), por negligencia u omisión del

²⁵ PIZARRO, Carlos. Op. Cit. En nota (2), p. 541.

comportamiento debido, por imprudencia que lo aparta del estándar exigible, y finalmente culpa infraccional, es decir, que incumple un deber previsto en la ley)²⁶

- c) Deber de Vigilancia: El médico debe cuidar al paciente, ya sea de manera personal o a través de un subalterno²⁷

De todas maneras no se debe olvidar que la medicina siempre implicará riesgos, a los que el paciente se someterá por necesidad para buscar cura a sus dolencias y una mejor calidad de vida, lo que no descarta que se le deba solicitar su voluntad para asumir esos riesgos. Asimismo, que se verifique un riesgo previsto no implica que surja de forma inmediata culpa médica, siempre y cuando el galeno haya informado de ellos, de modo que el paciente tenga la posibilidad de escoger. Es precisamente por el componente aleatorio de los resultados del acto médico el que justifica que la culpa sea el fundamento para hacer responsable al galeno.

Quizás desde esta perspectiva, la aplicación del inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil pueda parecer gravosa o injusta para el médico, sobre todo si se considera que en la mayoría de los casos no se obliga a sanar al paciente, razón por la que es necesaria distinguir entre obligaciones de medios y de resultado.

Se contrae una Obligación de Medios *“cuando el deber profesional, es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final, perseguido por la contraparte”*²⁸. Por su parte en las Obligaciones de Resultado *“el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener”*²⁹.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Ibídem.

²⁸ BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 2007, p. 658.

²⁹ Ibídem, p.658.

Es muy común ver obligaciones de resultado, en que el deudor al celebrar un contrato, se compromete un fin determinado. Si en su cometido actúa con diligencia, es probable que obtenga ese fin, y de lo contrario, se puede llegar a pensar que se debió a culpa del deudor, que no empleó en su ejecución el cuidado debido. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor no se compromete a un resultado, sino a actuar con prudencia, de forma que si no obtiene el fin deseado, no se presume su culpa inmediata.

El análisis de la clasificación de las obligaciones entre las de medio o de resultado constituye un tópico clásico de la responsabilidad civil, y de gran relevancia para profesiones liberales como las del médico, desde que las obligaciones que esos profesionales contraen son generalmente de medios, tal como señala Voltaire “*un médico promete cuidados y no la recuperación; hace sus esfuerzos y por ello se le paga*”³⁰. De todas maneras va a depender de la especialidad, ya que no es lo mismo el resultado de un médico oncólogo, que no tiene cura absoluta, precisa e igualitaria de la enfermedad que trata, con los efectos de un cirujano estético que busca un producto determinado.

Esta tendencia ha logrado gran aceptación en la legislación comparada –como sucede con Francia y España– toda vez que permite salvar la aplicación de la culpa presunta ante el incumplimiento que tradicionalmente se ha entendido como propio de la responsabilidad contractual. Sin embargo en el Derecho chileno, son escasos los estudios al efecto como la recepción jurisprudencial de la misma.

Por su parte, De la Maza considera innecesaria esta clasificación, ya que nuestro Código Civil contempla el Artículo 1547 inc. 3º (que no contiene el Código Francés por ejemplo), razón por la que “*correspondería al médico probar que empleó la diligencia y cuidados debidos o que el incumplimiento se debe a caso fortuito*”³¹. En este mismo sentido, Peñailillo sostiene que quien debe probar el cumplimiento de la obligación es el deudor, conforme al artículo 1698 inciso 1º, ya sea obligación de medio o de resultado, y que en

³⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. “Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales”. Rev. Derecho (Valdivia). 2003. Vol. 15, pp. 75-111.

³¹ DE LA MAZA RIVADENEIRA, LORENZO. “La Responsabilidad Civil que puede derivar de la Responsabilidad Médica”. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 15. 1988. Pp.28 y 29.

ambas clases de obligaciones la culpa se presume de acuerdo al artículo 1547 inciso 3°, de manera que quien alegue diligencia debe probarla³².

En definitiva, considerando que el servicio médico tiene una naturaleza jurídica contractual, el mayor efecto que lo va a distinguir respecto a la responsabilidad extracontractual, será respecto a quien tiene la carga de la prueba. En el caso del contrato que rige la relación médico paciente, bastará con que este último acredite que se ha vulnerado una obligación, caso en que el facultativo tendrá que probar que empleó el cuidado debido de acuerdo a la *lex artis*, o que operó caso fortuito o fuerza mayor. Esto en caso alguno resultará gravoso para el especialista, ya que es precisamente él quien tiene la erudición de la ciencia, el acceso a los medios de prueba, por lo que el deber de justificar su accionar solo equilibra la falta de equitatividad en ese sentido.

4. Factores de atribución de tipo objetivo en la Responsabilidad Civil Médica.

Lo primero que debe indagarse en un eventual conflicto entre un médico y su paciente, es saber si existió entre ellos un contrato de prestación de servicios médicos. En este caso la relación jurídica creada entre las partes produce efectos contractuales, como es el incumplimiento de la obligación y la consecuente responsabilidad derivada de la infracción contractual. Es claro, que del incumplimiento de la obligación sólo podrá nacer la responsabilidad por daños y perjuicios en contra del médico, en la medida que haya intervenido un factor de atribución de responsabilidad, que puede ser subjetivo u objetivo.

Al hablar de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad contractual médica, Eduardo Court señala que, *“se trata de un juicio de reproche basado en la culpa o dolo, es*

³² PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. “Obligaciones II”. Departamento de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción. 1995. Pp. 121.

*decir, es una consideración que examina las circunstancias subjetivas de un individuo, en relación con el conocimiento, voluntad y posibilidad real de evitar un determinado daño.*³³

Para los efectos de la tesina, me detendré en un tema que tardíamente ha ingresado en la responsabilidad médica en Chile, relativo a los factores de atribución de tipo objetivo, que desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, distingue diversos períodos³⁴:

- El primer estudio lo presentan los trabajos en el derecho italiano y francés, con el objeto de determinar el papel de la culpa en el cumplimiento de una obligación.
- Una segunda cuestión sobre responsabilidad objetiva, apunta al análisis de los distintos factores de imputación o exoneración: culpa, dolo, caso fortuito, no exigibilidad de otra conducta, a fin que tenga una menor importancia el aspecto subjetivo del imputado, en cuanto a su voluntad y concreta posición frente al hecho dañoso. Esta objetivación no significa una responsabilidad más estricta, sino que moderada por factores menos vinculados a la intencionalidad del sujeto en concreto, y más ajustados a la realidad patrimonial concreta en que el conflicto se da.
- También se habla de imputación objetiva, para aproximarse a problemas de causalidad, con clara influencia de la doctrina penal, para unir al agente con el hecho dañoso, y a este último con los daños causados. La objetividad está en que el análisis se independiza de cualquier indagación subjetiva, para centrarse en aspectos externos, apreciados abstractamente por un observador independiente.
- Existe, por último, una cuarta categoría de responsabilidad objetiva, en que el agente es responsable del incumplimiento contractual, aún cuando demuestre que no hubo culpa o negligencia de su parte, de modo que ningún tipo de prueba liberaría al autor del daño de las consecuencias del mismo, bastando el nexo de imputación entre el sujeto y el hecho dañoso.

³³ COURT M., Eduardo. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia", en Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez, n°7, Viña del Mar, 1997, p.4.

³⁴ VENEGAS, Loretto. Op. Cit (9), pp.47 a 49.

Concretamente en el ámbito de la responsabilidad civil médica no hay muchas opiniones sobre estos aspectos objetivos de la responsabilidad. Posteriormente, y en forma aislada, ha surgido alguna opinión que considera posible encontrar en materia de responsabilidad médica aspectos objetivos de ella basados en la culpa, producida por la ejecución de un hecho que envuelve un alto riesgo para los pacientes, en que la responsabilidad surge con el resultado obtenido, sin analizar la idoneidad de su ejercicio³⁵. Este será un aspecto a analizar en el cuarto capítulo, relativo a la posibilidad de encontrar factores de imputabilidad objetivos en la responsabilidad médica, y sobre todo respecto a la infracción del deber de información.

³⁵ *Ibíd*em, citando a su vez a ROMO P., Osvaldo. “Derecho y Deberes en el acto médico”, en *Actualidad Jurídica* N°6, Julio, Santiago, 2002, pp. 50 y ss, Quien observa cambios profundos en la doctrina y jurisprudencia por la disputa entre culpa y riesgo como fundamento de la responsabilidad sanitaria.

III. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL MÉDICO MANIFESTADO A TRAVÉS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE.

1. Deberes del Profesional de la Salud.

En la mayoría de los casos concretos la responsabilidad del galeno será de esencia contractual, ya que lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informal y muchas veces verbalmente, un contrato de prestación de servicios médicos. Tal como sostiene Marcelo López Mesa *“no hay en estos casos estipulación formal de contrato alguno, sino que los hechos concluyentes e inequívocos de acudir a un médico para que le cure y de someterse al tratamiento que le sanare implican ya por el enfermo una proposición y ejecución de contrato, que el médico implícitamente acepta, sometiéndose ambas partes, como en cualquier otro contrato, a las consecuencias de su incumplimiento(...). Hay, indudablemente, en el germen del contrato entre el médico y enfermo una relación fáctica a la que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias de este orden y las consiguientes responsabilidades civiles”*³⁶. La peculiaridad de este tipo contractual radica en la confianza, que pasa a ser un elemento esencial en la relación médico-paciente, cuyo objeto reviste de gran relevancia, considerando que se trata de la integridad física, la salud e incluso la vida del paciente, generando a su vez un efecto psicológico derivado de la desigualdad en que se encuentran las partes.

Ahora, la responsabilidad civil médica, para surgir, requiere que se configure el incumplimiento de un deber jurídico o de una obligación preexistente. En términos generales, en el caso de los médicos, el deber mayor será el de obrar con prudencia y pleno conocimiento, ya que a ellos se les confía la salud, e incluso la vida de los pacientes, por lo que la menor imprudencia, descuido o negligencia adquirirá gran

³⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. Cit. En nota (24) P. 21, citando a su vez a MARTÍNEZ- CALCERRADA, Luis. “La Responsabilidad Civil”. 3ª Edición, Colex, Madrid, 2004, p. 230.

trascendencia, y cuya apreciación será efectuada con rigor y estrictez, sin extralimitarse ni llevarlo a un imposible.

Pero, cabe preguntarse concretamente, ¿Cuáles son los deberes del médico, cuya infracción genera responsabilidad?³⁷. El médico está sujeto a diversos deberes, pero en estricto rigor, al tema central de la tesina, profundizaré en aquellos relacionados a la información, por lo que mencionaré los siguientes:

a) Deber de confidencialidad o Secreto Profesional: *“Obliga a los profesionales a guardar reserva sobre la información que obtienen y, consecuentemente, a no divulgarla salvo orden judicial o autorización del contratante”*³⁸. El médico no es el dueño de la información de sus pacientes, por lo que no está facultado para divulgarla con terceros, sino que ésta debe ser utilizada de manera adecuada y orientada a una finalidad terapéutica.

b) Deber de Información al paciente sobre su estado, pronóstico y terapéuticas posibles: *“Así como se le exige al galeno reserva para con terceras personas, se le obliga a corresponder la confianza del paciente, poniéndolo debidamente en conocimiento acerca de su estado de salud, etiología de su dolencia, pronóstico de su evolución y tratamiento aconsejado, riesgos asumidos al someterse a ciertos estudios, etc.”*³⁹. Es la contracara del deber precedente. Respecto al paciente mismo, el médico debe entregar información inteligible, exacta, pertinente y adaptadas a la situación respecto a su estado de salud, su posibilidad real de curación, riesgos, terapias alternativas, entre otros, que involucra la revelación de todos los datos relevantes para que el paciente tome la decisión de dar o no su consentimiento al acto médico.

En Chile, la recientemente publicada Ley N°20.584 que “Regula los Derechos y Deberes que tienen la personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud” trata el Derecho de Información en el Párrafo 4°, artículo 8°, señalando que *“Toda persona tiene*

³⁷ Ibídem. p. 42.

³⁸ Ibídem. p.45.

³⁹ Ibídem. p. 53.

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: (...)". Y agrega en el artículo 10° de la misma ley que, *"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"*.

c) Deber de Asesoramiento o Consejo: *"Una vez informado el paciente sobre cuál es su estado y posibilidades terapéuticas, el médico debe asesorar al paciente sobre cuál es su opinión respecto al mejor tratamiento posible para su caso y de los riesgos de encararlo o de reusarlo"*⁴⁰. La información sin el consejo es un ritualismo vano, toda vez que comunicar el real estado del paciente no agota su obligación de información, debe además dar su opinión sobre la mejor alternativa de acuerdo a la situación, en vista de su mayor conocimiento, sin que ello implique convencerlo de tomar inexorablemente determinado curso de acción.

d) Deber de requerir el consentimiento informado del paciente a determinada practica: El consentimiento informado ha sido definido como *"La Declaración de voluntad del paciente luego de habersele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como médicamente aconsejable. En efecto, como es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos del tratamiento médico, debe conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, las alternativas posibles y cuántas y cuáles son las probabilidades del éxito."*⁴¹. Legislaciones más modernas, como la española, lo definen como *"La conformidad libre, voluntaria y*

⁴⁰ *Ibídem.* p. 43.

⁴¹ *Ibídem.* p. 59., citando a su vez el fallo Argentino individualizado CNCiv., Sala F, 05/02/1998, "M.A.N c. Fernández Elsa S.", LL 1998-E, 96.

consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta su salud”⁴²

La jurisprudencia Estadounidense ha sido la gran gestora de la doctrina del consentimiento informado con el caso “Schloendorff v. Society of New York”, fallado por la Corte de Nueva York, en 1914. En él se señaló: *“todo ser humano de edad adulto y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente los daños”⁴³.*

En nuestro país, la anteriormente citada Ley N°20.584, que regula “Los derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, regula el consentimiento informado en el Párrafo 6° relativo a la Autonomía de las personas, prescribiendo en su artículo 14° 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.

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

De lo expuesto en el presente capítulo, se deduce que el deber de información que tiene el facultativo, y que comprende no solo otorgarla en forma completa, suficiente y de acuerdo a las circunstancias, sino de forma comprensible, debe ir acompañada de la opinión profesional manifestada a través del consejo profesional, materializándose a través del consentimiento informado, que no es sino la protección de la autonomía del paciente frente a la asimetría de información entre las partes.

⁴² MIRANDA, Francisco. “Algunas consideraciones en relación con el denominado consentimiento informado”. Op. Cit. en nota (11). p. 41, que cita a su vez el Artículo 3 , Ley 41/2002 de España, “Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente”

⁴³ Ibídem. p.41.

2.- Fundamento del Deber de Informar: Autodeterminación.

Tanto en el Derecho Nacional como, especialmente, en el Comparado, se acepta que el consentimiento informado del paciente es un requisito jurídico de las actuaciones médicas⁴⁴. Es más, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile dispone en su artículo 25 que *“Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente”*.

El fundamento de aquello, es la protección de la autonomía de la voluntad de los pacientes y el derecho a la autodeterminación, ambos insertos en el ámbito de los derechos de la personalidad. Del mismo modo, la ley chilena dedica un párrafo a la autonomía de las personas en su atención de salud, en la Ley N°20.584 antes mencionada, relativa a este ámbito. Otros esgrimen el “Principio de beneficencia” en sus relaciones con el paciente, en virtud del cual el médico debe actuar siempre intentando proteger los intereses del paciente, lo que subyace a la máxima hipocrática⁴⁵.

Entre este principio y la autonomía se puede producir cierta tensión en la medida que, bajo ciertas circunstancias, el médico sabe mejor que el paciente qué es lo que le conviene y, eventualmente, este conocimiento legitima que silencie cierta información para no amedrentar al paciente. Por ende, el conflicto se produciría dado que el silencio del médico tendría una justificación paternalista. Aún con ello, la autodeterminación es el principio que subyace a toda legislación y al que se le asigna mayor importancia.

De este modo, el ideal de la autodeterminación consiste *“en la posibilidad de las personas de controlar, en cierta medida, su propio destino a través de decisiones sucesivas a lo*

⁴⁴ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “Responsabilidad Médica”. Artículo “Consentimiento Informado y Relación de Causalidad”. Cuaderno de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado VI. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. Santiago, Chile, 2010. Pp. 127.

⁴⁵ *Ibidem*, p.129, citando a su vez a BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p.684.

largo de su vida”⁴⁶, razón por la que se relaciona con otros principios de la tradición liberal, tales como la libertad, la voluntad, la privacidad, entre otros. Es por ello, que es uno de los valores que más se destaca, dentro de la ética médica, porque quien más que la persona sabe qué hacer con su propio cuerpo.

Al respecto José Guerrero Zaplana ha plasmado esta visión al exponer que *“se trata, con la exigencia de información y consentimiento, de fomentar la idea de autonomía individual de la persona y de estimular la toma de decisiones propias de modo racional (...)”*⁴⁷, a lo que agrega que *“El proceso de información tiene un carácter esencialmente individual del propio paciente, alejado de toda situación de masificación, burocratización y deshumanización y se asienta sobre la base de la autodeterminación y libertad individual del propio paciente, tratando de conseguir que la relación del médico con el paciente sea más equilibrada y lo más alejado posible de una relación de superioridad de tipo paternalista”*⁴⁸.

3.Consentimiento Informado como manifestación de la Autonomía del paciente.

Se debe proteger el derecho a ser informado como una facultad fundamental de la autodeterminación del paciente, que encuentra su base en el respeto por la libertad que le da el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, y ello implica que, para la toma de esa decisión, debe estar adecuado y suficientemente informado sobre la naturaleza, los alcances, la necesidad y los riesgos del tratamiento o acto médico a realizar, y el mecanismo para tutelar este interés será el consentimiento informado.

⁴⁶ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “Consentimiento Informado, una visión panorámica”. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, N°2, 2010, p. 95.

⁴⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. Cit. En nota (13), p. 303, citando a su vez a GUERRERO ZAPLANA, José. “Las Reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria”. 4° Edición, Lex Nova, Madrid, 2004, p.223.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 303.

Desde una perspectiva jurídica, el consentimiento informado desempeñará una doble función. En primer lugar, legitima la interferencia a la integridad personal del paciente. En segundo lugar, asigna el riesgo de la intervención correctamente ejecutada al paciente⁴⁹, entendiendo que el consentimiento de éste último, obtenido con la entrega de la debida información, quita antijuridicidad a los daños que el médico le pudiera provocar a éste como natural y lógica derivación de la intervención practicada, considerándolo como un elemento esencial de la *lex artis*. De esta forma, y tal como señala Iñigo de la Maza “*La autodeterminación de los pacientes es el interés protegido, el consentimiento informado constituye el dispositivo a través del cual se procura esa protección*”⁵⁰.

Para concretar el consentimiento informado, el médico tendrá el deber de solicitar la autorización del paciente, la que no será equivalente solo a la firma de un formulario con indicaciones básicas para cumplir un procedimiento formal, sino que deberá ser acompañado del suministro de información suficiente, lo que se justifica en las asimetrías informativas existentes en la relación entre un profesional como el médico y una contraparte débil como el paciente, dado que existen diferencias significativas en la información relevante que posee cada parte, por lo que el facultativo se encontrará en una posición más privilegiada en atención a su preparación, comparado con el paciente, que no solo no tiene la experticia, sino que además se ve afectado por factores psicológicos debido a su problema de salud.

Esas mismas asimetrías determinan que el deber del galeno no se agote en la transmisión de datos, sino que precise una cierta toma de posición respecto de la información. De esta forma, el médico no solo tendrá el deber objetivo de informar, sino que también un deber de aconsejar.

Por ende, el interés que se busca proteger a través del consentimiento informado es la autodeterminación del paciente en una decisión que afecta a su propio cuerpo, razón por la que, para que la actuación del médico sea lícita, deberá estar precedida de suficiente

⁴⁹ DE LA MAZA, GAZMURI, Iñigo. Op. Cit. En nota N° (46). Pp. 96.

⁵⁰ *Ibidem*.

información respecto a los riesgos, y materializada por la aceptación del paciente. La técnica para lograr esto, es imponer un deber de informar a los médicos.

Las discusiones doctrinarias respecto al consentimiento informado son recientes en nuestro país por la vigencia de un paternalismo absoluto en la relación médico- paciente. No obstante eso, la manifestación de un consentimiento válido y el respeto por la autonomía de la voluntad se encuentran recogidos por nuestro Código Civil. Y es en virtud de esta normativa, que el consentimiento en el contrato médico deberá plasmar perfectamente la coincidencia de la voluntad del profesional y de su paciente, no solo en cuanto a la formación del vínculo, sino también respecto a las modalidades de su ejecución, lo que se puede deducir del artículo 2118 del Código Civil, que señala *“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen estudios, o a que esté unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*, en relación al artículo N°2131 del mismo cuerpo legal que prescribe *“El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”*.

Solo recientemente, algunos cuerpos legales han consagrado expresamente en el ámbito médico, la teoría del consentimiento informado en Chile. Un primer paso fue el artículo 6 de la Ley N° 19.451 *“Sobre trasplante y donación de órganos”*, en que se dispone que el consentimiento para la extracción de un órgano debe constar en un acta que contendrá información de los riesgos de este tipo de cirugías y sus consecuencias. En esta misma línea, está la Ley N°19.779 *“Sobre el virus de inmunodeficiencia humana”*, en que, para acceder al examen de detección deberá constar por escrito el consentimiento del interesado, previa información de las implicancias de dicho virus. Finalmente, la consagración definitiva se ha materializado con la publicación de la Ley N°20.584 que *“Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”*, refiriéndose al consentimiento informado en el artículo 14 del mismo cuerpo, como una manifestación de la voluntad del paciente, previa información del profesional tratante, especificando la forma en que será otorgado.

4- Incumplimiento del Deber de Informar.

Como se ha señalado precedentemente, el deber de informar tiene como objetivo que el paciente decida autónomamente si se somete o no al acto médico. Dicha información comprende al menos la finalidad, la naturaleza de la intervención médica, los riesgos y las consecuencias, y debe ser suministrada por el médico tratante.

La doctrina española ha señalado que, dentro de la información que debe entregarse al paciente, se encuentra: el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, la forma y fin del tratamiento médico, las opciones o alternativas terapéuticas existentes en su caso, las consecuencias seguras y posibles, y toda otra circunstancia que razonablemente pueda afectar la decisión del paciente⁵¹

En nuestro país, es el artículo 10 de la Ley N°20.584 quien se encarga de zanjar este tema al señalar que *“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”*.

Esta información debe ser completa, sin que su nivel de exhaustividad sea tal que confunda al paciente y entregada con la debida antelación de manera que permita la debida reflexión de quien la recepta. Además debe ser comprensible por él, por lo que será necesario que el profesional adapte la información técnico-científica, a un lenguaje más común, quizás sacrificando cierta precisión en beneficio del paciente, empleando un cierto tacto de forma de transmitir “humanamente” la situación, ya sea que esta información se transmita por escrito o verbalmente.

⁵¹ DE LA MAZA, GAZMURI, Iñigo. Op. Cit. En nota N° (46), p. 100, citando a su vez a GALÁN CORTÉS, Juan Carlos. “Responsabilidad Civil Médica, Responsabilidad Médica y consentimiento informado”, Civitas, Madrid, 2001, p.298.

De lo anterior se deduce que existe acuerdo en qué información debe suministrarse, esto es, acerca del diagnóstico, del tratamiento, de los riesgos asociados a él y sus alternativas. También hay convergencia en que esta información debe ser completa, comprensible, oportuna y entregada de forma respetuosa. El límite de la información entregada no es un tema irrelevante, sobre todo respecto de los riesgos, ya que, si la información es insuficiente, habrá un incumplimiento de este deber, pero, por otro lado, si el médico informa absolutamente todo, puede generar que el paciente no acceda a un tratamiento necesario para mantener su vida, lo que se complica aún más, considerando que todo tratamiento conlleva sus riesgos por muy simple que sea.

En un intento de clasificar los riesgos y su necesidad de ser informados, se lo ha hecho de la siguiente manera⁵²:

- a) Riesgos insignificantes pero de común ocurrencia: deben ser informados.
- b) Riesgos insignificantes pero de escasa ocurrencia: no es necesario que sean informados.
- c) Riesgos de gravedad y común ocurrencia: Deben ser detalladamente informados.
- d) Riesgos graves de escasa ocurrencia: Deben ser informados.

Tener claro lo expuesto tiene gran importancia, cuando algún riesgo se manifiesta y el consentimiento fue otorgado sin esa información, ya que sin duda generará responsabilidad. Otro aspecto a considerar, para determinar los límites de la información que se entregue, es el estándar con que se mide la conducta del profesional, esto es, si la conducta del médico debe compararse con aquella que hubiere observado un profesional de la medicina de la misma especialidad, o la situación del paciente, ya sea uno general o las peculiaridades de la persona en concreto.

⁵² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. Cit. En nota N° (4), p.10, citando a su vez a CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia, “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”. Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 195.

Una vez demarcada la información a entregar por el galeno, de acuerdo a lo que exige la legislación como presupuesto del consentimiento informado, podemos cuestionarnos ¿Qué ocurre en caso de incumplimiento del deber de informar del médico?

En primer lugar, en caso de incumplimiento del deber de informar del médico, cabe establecer quien tendrá el peso de la prueba. La tendencia se inclina por aceptar que tratándose del deber de informar quien debe probar que suministró la información, en forma conveniente y oportuna, es el médico. En Chile, algunos como Tapia Rodríguez siguen esta postura al señalar que *“tratándose de deberes de información se tiende a invertir el peso de la prueba en contra del médico”*⁵³. Y la justificación de aquello es muy razonable, ya que, de lo contrario se dejaría al paciente en una posición desigual, toda vez que el profesional se encuentra en una posición aventajada, al contar con los medios y los conocimientos para comprobar que la información fue suministrada. Si bien, en estos casos se pueden hacer valer todos los medios de prueba, el facultativo tiene acceso a la ficha clínica, que es donde se consigna toda la información del paciente, donde queda en evidencia el cumplimiento de las obligaciones del contrato médico o su transgresión, incluyendo el hecho de haber entregado la información, ya sea por escrito o verbalmente.

En cuanto a la prueba, es importante agregar que el paciente también tendrá la carga de otorgarla, pero esta no versará sobre si recibió o no la información necesaria para otorgar consentimiento, sino respecto a si existe causalidad entre el daño y el incumplimiento del deber de informar del facultativo. En relación a esto, se plantea que entre el daño cuya reparación se exige y el ilícito que se le imputa al profesional debe existir un vínculo de causalidad.

La dificultad es que en algunos casos se presentarán dudas respecto al vínculo de causalidad existente entre el incumplimiento del deber de informar y el daño, porque éste último no derivaría directamente del primero, sino de una intervención quirúrgica realizada según la *lex artis*. En estas circunstancias *“lo que se debe demostrar es que la infracción al consentimiento informado causó la decisión del paciente de someterse a la actuación*

⁵³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Op. Cit. En nota N°(30). p. 95.

médica, en términos tales que si el médico hubiese informado acerca del riesgo que calló, el paciente no se hubiera sometido a dicha actuación”⁵⁴. Lo anterior, es lo que se denomina “consentimiento hipotético”, frente a lo cual el galeno tendrá que demostrar que “aún si el paciente hubiera sido informado acerca del riesgo, igualmente se habría sometido a la intervención”⁵⁵.

⁵⁴ DE LA MAZA, GAZMURI, Iñigo. Op. Cit. En nota N° (46), p. 113.

⁵⁵ Ibidem. Pp. 113.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN GENERAL RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Dentro de la relación médico- paciente, el consentimiento informado es un elemento importante para tratar de nivelar el desequilibrio entre las partes, e inspirar la relación en el respeto y la colaboración. Sobre este tema, cabe precisar que la información no solo es necesaria para obtener un determinado consentimiento, sino que supera ese objetivo. Por ejemplo, cuando tratamos la información como medio para obtener el consentimiento del usuario para una determinada intervención, nos basamos en el principio de autonomía y libertad del ser humano para decidir lo que se hace sobre su propio cuerpo, lo que matiza al llamado “Principio de beneficencia”, toda vez que lo no bueno para la persona no es el objetivo, sino que será ésta la que ha de definir lo que es mejor para sí misma. *“No se puede hacer el bien a otro en contra de su voluntad, aunque sí haya obligación de no hacerle el mal”*⁵⁶.

La relación médico- paciente es una relación desigual, ya que quien tiene los conocimientos es el profesional; el usuario es un lego en la materia, encontrándose en clara inferioridad respecto al facultativo. La única manera de paliar esa relación es compensar la desigualdad con una información amplia y comprensible, lo que justificaría plenamente la obligatoriedad del médico de facilitar la información necesaria para que el paciente pueda decidir libremente y con conocimiento de causa.

“Así pues, desde el punto de vista civil, una ausencia de información derivará en una responsabilidad del médico por negligencia, si se demuestra el daño ocasionado y la relación de causalidad entre ambos. En estos casos, la jurisprudencia se inclina por una inversión de la carga de la prueba; es decir, sería el médico quien debiera

⁵⁶ PORTERO LAZCANO, Guillermo. “El Deber- Derecho de Información al Usuario/Paciente”. Clínica Forense de Bilbao, País Vasco, España. Rev. Latinoam. Der. Méd. Medic. Leg. 6 (2); Dic. 2001- Junio 2002, p. 64.

demostrar que informó al paciente, por entenderse que los medios de prueba son más accesibles al médico que al paciente”⁵⁷.

Es claro entonces que frente al incumplimiento del deber de informar, surgirá responsabilidad del galeno. En los capítulos anteriores hemos establecido que entre el médico y el paciente surge un acuerdo de voluntades respecto de la prestación médica, y que frente al incumplimiento de las obligaciones que establece este acto jurídico –y en especial respecto al deber de información- la regla general es que operará responsabilidad contractual, respecto a la cual es competente discutir si ésta sería Subjetiva u Objetiva, lo que inexorablemente va aparejada de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado.

1.- El incumplimiento contractual en las obligaciones de Medio basado en la culpa como elemento central.

En virtud del artículo 1556 del Código Civil⁵⁸, el incumplimiento contractual que da derecho a solicitar indemnización de perjuicios, puede ocurrir en tres ocasiones: frente al incumplimiento total de una obligación contractual, el incumplimiento imperfecto, y por el cumplimiento tardío, que genera daños por mora. Para que el deudor de una obligación contractual sea responsable de su incumplimiento es necesaria la constatación de los siguientes elementos⁵⁹:

a) Un hecho generador por parte del deudor;

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 66.

⁵⁸ Artículo 1556 CC establece: *“La indemnización comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*

⁵⁹ URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio. “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°17, 2011, p.29.

- b) La existencia de un daño sufrido por el acreedor;
- c) La existencia de un vínculo causal que una al hecho generador con el daño sufrido por el acreedor, y;
- d) La constitución en mora del deudor.

Gran parte de la doctrina considera que, para configurar el hecho generador del incumplimiento de la obligación, –esto es, un hecho culpable- éste se debe acreditar de acuerdo al artículo 1547 del Código Civil. De ello se deduce que no habrá responsabilidad sin culpa, la que pasaría a ser un elemento esencial de la responsabilidad contractual en nuestro sistema.

Algo distinto opina Daniel Peñailillo, al señalar que *“el deber de cumplir la obligación contractual tiene su fundamento en el contrato mismo; y requerir aparte del contrato incumplido la culpa del deudor significaría exigir un nuevo (entonces doble) fundamento para la pretensión del cumplimiento, e implicaría concluir que el vínculo contractual válidamente asumido por sí solo sería insuficiente para exigir lo estipulado”*⁶⁰. Es decir que, en caso de incumplimiento contractual, que cause perjuicios, el deudor responderá por el simple hecho del incumplimiento, y para excluir su responsabilidad no bastará con que acredite que actuó con diligencia, sino que deberá probar caso fortuito. De esto, no se deduce que la regulación de la culpa a través de los artículos 44 y 1547 del Código Civil sea superflua, ya que estos preceptos la definen, la gradúan, distribuyen el peso de la prueba, catalogando las clases de culpa, pero la falta de culpa no extingue la obligación.

Respecto al incumplimiento de las obligaciones contractuales, resulta necesario considerar la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, siendo diversa la exigencia al deudor según se trate de una u otra categoría de obligación. En las obligaciones de medios o también llamadas de prudencia *“El deudor se compromete a realizar una conducta diligente, orientada a la obtención de un resultado, esperado y querido por el acreedor,*

⁶⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Responsabilidad contractual objetiva”. Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Olmué, 2008, p.337.

*pero no asegurado*⁶¹. De acuerdo al concepto, el médico será responsable de una obligación de medios, ya que resulta evidente que, aunque la intención del facultativo sea curar al enfermo, a lo único a que se puede comprometer es a utilizar todos los medios que intelectualmente disponga y todos los instrumentos adecuados para ese logro. Dentro de las obligaciones de prestar asistencia médica, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta, podemos contemplar el deber de información.

De este modo, siguiendo la posición de Peñailillo, se podría considerar que, el fundamento de la responsabilidad es el incumplimiento contractual, no la culpa, si la obligación es de medios, y ha faltado la culpa, el deudor no responde, pero no exactamente porque faltó la culpa, sino porque al actuar con diligencia cumplió, y si hay cumplimiento no hay responsabilidad⁶², esto sin perjuicio de que existe la posibilidad de liberación por caso fortuito exento de culpa del deudor. Aún así, en la práctica, la culpa sigue estando presente en el ámbito de la responsabilidad contractual, y específicamente respecto a las obligaciones de medios.

En cambio las obligaciones de resultado *“Son aquellas en la que la prestación por el deudor es precisa, determinada, garantizable, es un fin en si misma y la no consecución del resultado es prueba suficiente del incumplimiento el deudor”*⁶³. En ellas el factor de atribución es objetivo, ya que el único medio que tiene el deudor de eximirse de responsabilidad, es probando la ruptura del nexo causal, o bien el hecho fortuito o fuerza mayor. En este punto se sostiene que *“la mayoría de la doctrina (...) han sostenido que la obligación que asume el médico frente al paciente, como regla y en principio, constituye un deber de medios y no una obligación de resultados”*⁶⁴. Por su parte, Peñailillo agrega que,

⁶¹ LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. Cit. En nota (24), Pp. 117, citando a su vez a PIZARRO, Ramón Daniel. “Responsabilidad civil por el riesgo creado y de empresa. Contractual y Extracontractual”. Buenos Aires, 2006, Vol. III, p. 219.

⁶² PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit. En nota (60), p.344.

⁶³ LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. Cit. En nota (24) p. 121.

⁶⁴ *Ibidem*. pp. 128-129.

si la obligación es de resultado y el deudor no lo proporciona perfecta y oportunamente, infringe; hay incumplimiento, y, entonces, responde.⁶⁵

Pero, para la mayoría, la conducta reprochable o culpable consiste en haber actuado con culpa o con dolo. Inherente a la culpa se encuentra la noción de diligencia, que son conceptos contrapuestos, razón por la que la conducta del deudor será evaluada para determinar si su actuar fue diligente o con culpa en la prestación debida, a través de un juicio de reproche, para establecer si se comportó o no como un buen padre de familia en la ejecución de la prestación.

Este análisis para definir si el deudor cumplió o no, solo opera en las obligaciones de medio. En este sentido, es el artículo 1547 del Código Civil chileno el que recoge la denominada graduación de culpas, en conformidad a la cual el deudor responde de culpa leve, levísima o lata, según la utilidad que reporte el contrato a las partes⁶⁶. El artículo citado, no solo establece un sistema de responsabilidad subjetiva, sino que presume la culpa del deudor distribuyendo así la carga procesal de la prueba. Pero, al ser una presunción legal de culpa, el mismo artículo permite al deudor desvirtuarla, acreditando que empleó la diligencia o cuidado debido. Por lo mismo, y siguiendo la lógica del artículo 1547 del Código Civil, si el nexo causal es destruido no se configurará la responsabilidad en este ámbito, sino que debe ser imputable a un hecho o acto ajeno al deudor.

Esta clasificación, además de ayudar a dirimir el problema de distribución de la carga de la prueba, que en nuestro ordenamiento el Art. 1547 CC resuelve, establece que corresponde al deudor la prueba de la diligencia, ayuda a clarificar cuando existe incumplimiento contractual y la función que en ese caso se le asigna a la culpa.

En definitiva, el médico será responsable de una obligación de medios. Por ende, si incumple una de las obligaciones de su contrato, como puede ser el deber de informar al

⁶⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Op. Cit. En nota (60), p.344.

⁶⁶ PIZARRO WILSON, Carlos. "La Culpa como elemento Constitutivo del Incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, Valparaíso, Chile, 2008, p. 258.

paciente sobre los riesgos que conlleva una cirugía, y éstos se materializan, para algunos se deducirá responsabilidad contractual por el solo hecho del incumplimiento, pero para otros, en virtud del artículo 1547 CC, habrá que probar que empleó la diligencia debida, o eximirse de responsabilidad alegando caso fortuito o fuerza mayor, siendo ésta la regla general en materia de responsabilidad contractual en el ámbito médico.

2.- Responsabilidad Objetiva en Sede contractual.

La doctrina nacional le otorga al artículo 1547 del CC un campo de aplicación general para todos los incumplimientos de obligaciones y deberes contractuales, estableciendo un doble mecanismo de configuración del hecho generador. *“El primero de ellos es un mecanismo subjetivo que se configura acreditando el incumplimiento de la prestación debida más la constatación de la culpa del deudor, culpa que por regla general se presume según lo establecido en el inciso 3° del artículo 1547 del CC”*⁶⁷. El segundo mecanismo es de tipo objetivo, en el que solo basta acreditar el incumplimiento, sin que el deudor pueda probar lo contrario, alegando debida diligencia. Es decir, la gran diferencia es que en el caso de incumplimiento contractual subjetivo se admite juicio de reproche y la prueba, en cuanto a acreditar la conducta diligente. En cambio, frente a un incumplimiento contractual objetivo, basta acreditar la inejecución de la prestación, prescindiendo de un juicio de valor sobre su conducta.

Tratándose de obligaciones de resultado, solo importa si la prestación se cumplió o no, sin analizar el comportamiento del deudor. En otros términos, si se califica la obligación contractual del médico como de resultado, se estaría instaurando una responsabilidad objetiva en sede contractual. Claudio Pizarro Wilson agrega a este respecto que *“Dos alternativas pueden esgrimirse para la introducción de las obligaciones de resultado. Por una parte, aceptar una culpa contra la legalidad en materia de incumplimiento contractual*

⁶⁷ URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio. Op. Cit. En nota N° (43)

o, quizá la opción más apropiada, darle una interpretación al artículo 1557 CCCh. En clave objetiva que excluya la culpa como un elemento de la responsabilidad contractual”⁶⁸

Los efectos de una responsabilidad contractual objetiva, implican que el deudor de una obligación de resultado, no podría eximirse de responsabilidad por acreditar que empleó la debida diligencia, sino solo por la prueba de la ejecución de la obligación, por lo que tendría dos alternativas para no ser responsable de los daños provocados: probar el cumplimiento de la obligación o una eximente de responsabilidad que destruya el nexo causal, como por ejemplo, el caso fortuito.

3. Algunas obligaciones de resultado a cargo de los médicos y en especial respecto al deber de informar.

Las obligaciones de resultado a cargo de los médicos son excepcionales, ya que debido a un fuerte componente aleatorio, no pueden asegurar el restablecimiento de la salud del paciente, por estar fuera de su alcance. A su vez *“exigen del médico la obtención de una prestación, transformándose en una especie de garante de su obtención, y acreditándose su incumplimiento por el sólo hecho de no obtener el fin perseguido. Frente a esas obligaciones el profesional no puede eludir su responsabilidad probando su diligencia o la existencia de un error de conducta inevitable, no quedándole otra excusa que acreditar una causa inimputable (una causa adecuada de los daños externa, imprevisible e irresistible, como la fuerza mayor)”⁶⁹*. La culpa también existe en las obligaciones de resultado, ya que la sola inejecución de la obligación supone el incumplimiento culpable.

3.a) Obligaciones de Resultado Convencionales del Médico.

⁶⁸ PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit. En nota N° (66), p. 263.

⁶⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Op. Cit. En nota N°(30). p. 92.

La voluntad de las partes puede conferir a la obligación del médico, el alcance de una obligación de resultado, como en el caso del cirujano estético embellecedor, que a su vez se distingue de la cirugía plástica reparadora, la cual tiende a corregir defectos congénitos o adquiridos, con una finalidad curativa. La ausencia del presupuesto lógico de las operaciones comunes, que es la enfermedad del paciente, es lo que marca la diferencia. Así, la cirugía estética embellecedora encuentra su justificación en el propio resultado, por lo que no solo es inadmisibles que se cauce al paciente un daño mayor al que se pretendía corregir, sino que no se entiende cumplida la prestación si no se logra el mejoramiento buscado.

Podemos apreciar lo expuesto en el siguiente caso: *“Habiéndose practicado una intervención médica de naturaleza estética con la finalidad de borrar una cicatriz del abdomen y abultar los glúteos, la paciente quedó disconforme con el resultado, por lo que demandó indemnización de perjuicios por el daño emergente y el moral causado. En su opinión, el implante fue “defectuoso y antiestético” y, en definitiva, otro cirujano retiró los implantes quedando “dos bolsas de piel muy sueltas”. En cuanto a la cicatriz que pretendió borrar, decidió “taparla” con un tatuaje. Fundó su demanda en incumplimiento de contrato de prestación de servicios médicos.*

Por su parte, el demandado aseveró que cumplió con la información a la paciente de los riesgos asociados a este tipo de intervenciones y, en particular, sobre las características de los implantes, y que fue ella misma la que quiso unos de mayor volumen. En su defensa invocó la naturaleza de medios de su obligación, lo que contrasta con la obtención de un resultado como lo pretende la paciente.”⁷⁰

En el caso propuesto, la Corte Suprema se involucra en la naturaleza de la obligación del médico, tratándose de cirugías estéticas o intervenciones sin fines terapéuticos. Y advierte que la demandante no alega por los resultados de una operación mal realizada, sino respecto al resultado que la operación provocó, es más, al mejoramiento estético que no provocó, verificándose el incumplimiento, ya que el médico estaba obligado a un resultado.

⁷⁰ PIZARRO WILSON, Carlos. “Obligaciones y Responsabilidad Civil”. Revista Chilena de Derecho Privado, N°17. 2011, p. 241.

Cabe agregar que, el comportamiento conforme a la *lex artis* manifestado por éste último no justifica la ausencia del resultado querido, existiendo incumplimiento contractual.

Es más, la Corte Agrega: *“En el caso de las cirugías estéticas o plásticas no reconstructivas ni reparadoras, no puede aplicarse el mismo criterio de las obligaciones de medios, pues la finalidad perseguida no es el restablecimiento de la salud, sino que el mejoramiento estético y que, aún cuando en el caso de autos, todo aquello que comprendía obligaciones de medios se encuentra cumplido, el resultado de la operación fue, en palabras de una testigo: “horroroso, traumante, impactante”, siendo ese resultado una parte del contenido contractual, constitutivo de la causa que motivó a la actora a contratar”*⁷¹

Lo anterior impone al profesional experto en esta ciencia una responsabilidad de resultado, y la sentencia de la Corte Suprema insinúa otorgar esta calificación para intervenciones de índole estéticas sin fines terapéuticos, lo que no es novedad, sino que al contrario, es una excepción en el ámbito médico, lo que equivale a sostener una presunción de culpa, dejando a salvo la posibilidad de prueba en contrario por vía de la diligencia, tal como se señaló precedentemente. En estos casos se va a configurar una responsabilidad contractual objetiva, es decir, que se generará por el solo hecho del incumplimiento del médico, salvo que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor.

Otro ejemplo de obligaciones de resultado convencionales del médico, se da cuando el facultativo promete realizar un acto personalmente o en un determinado plazo, como el obstetra que se obliga a estar presente en un parto y que responde por la torpeza de su sustituto. Asimismo, en el derecho francés, se entiende que un centro de transfusión sanguínea que indica que la extracción de sangre no involucra riesgos, contrae una obligación de resultado respecto a los donadores. De todas formas, en términos generales, los médicos son reacios a obligarse a determinados resultados⁷².

⁷¹ *Ibidem*, p. 242.

⁷² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Op. Cit. En nota N°(30). p. 93.

3.b) Obligaciones de resultado emanadas de la naturaleza de la prestación.

La prioridad en el área sanitaria, es otorgar seguridad, para prevenir algunos riesgos en los pacientes, y asegurar la reparación de los daños si se materializan, razón que ha llevado a gravar excepcionalmente a los médicos, con algunas obligaciones de seguridad de resultado que no dependen de elementos aleatorios externos. Estas obligaciones han sido escasamente desarrolladas en el derecho nacional, pudiendo mencionarse al menos tres:

3.b.i) Obligación de resultado por los materiales y productos⁷³.

Usualmente en el acto médico se utilizan materiales (bisturí, mesa de operación, etc.) y productos de salud, como los medicamentos, y su empleo adecuado forma parte del cumplimiento de la obligación principal. Pero si estos productos están en mal estado, se aplican los artículos 1857 y s. del Código Civil, haciendo garante al médico por la normalidad (ausencia de vicios) de los materiales y productos empleados, sujetándolo a una obligación de seguridad de resultado a su respecto. Por ejemplo, en Francia, luego de los contagios por sangre contaminada con sida, se hace responsable a los centros de transfusión sanguínea de una obligación de resultado en cuanto a la inocuidad de la sangre que suministran, lo que es consistente con las normas comparadas que crean una responsabilidad estricta por los daños causados por productos defectuosos.

3.b.ii) Obligación de resultado por exámenes y análisis simples⁷⁴.

Los diagnósticos y exámenes médicos están sujetos a la interpretación que hace el profesional respecto a su alcance y efectos, sometiéndose a las reglas que rigen para las obligaciones de medios. Pero existen otros exámenes, que no están sujetos a un factor aleatorio, sobre los cuales el paciente puede esperar un resultado exento de errores, como

⁷³ *Ibíd*em, p.96.

⁷⁴ *Ibíd*em.

por ejemplo, la determinación del grupo sanguíneo, comprometiendo la responsabilidad del galeno por el solo hecho de entregar un resultado erróneo de un examen simple.

3.b.iii) Obligación de informar⁷⁵.

El deber de informar al paciente puede calificarse como una obligación accesoria del contrato médico, implícita en el artículo 1546 del Código Civil⁷⁶, o como una obligación precontractual que persigue ilustrar el consentimiento antes de la intervención médica. De hecho, hoy en día la obligación de información médica se ha transformado en un derecho del paciente, contenida en el Párrafo 4° de la Ley N°20.584 que “Regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, que regula el derecho de información”.

Para ello el médico debe entregar una información inteligible, es decir, que sea aproximativa y leal; también deberá ser apropiada, y por ello un diagnóstico grave o fatal debe revelarse con mesura al paciente y a su familia; y finalmente la información debe ser completa, debiendo contener además del diagnóstico del estado del paciente, la utilidad, los riesgos y las consecuencias previsibles de los tratamientos propuestos, aún cuando es difícil determinar qué riesgos se deben informar y cuáles no. Obviamente el médico queda eximido de esta obligación en casos de urgencia, imposibilidad de informarla (paciente inconsciente) o de rechazo a ser informado.

El examen de la suficiencia de la información, exige una apreciación de si en su comunicación el médico se comportó como un profesional competente y prudente y, por ello, en ese sentido, es una obligación de medios. Pero va a constituir una obligación de resultado, aquella de transmitir materialmente la información, de ponerla a disposición del paciente, especialmente cuando se trata de comunicar resultados de exámenes médicos. En

⁷⁵ *Ibíd*em, p.94.

⁷⁶ Artículo 1546 del Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

definitiva, con esto se quiere indicar que la obligación de informar, y más específicamente, la de obtener el consentimiento informado constituye una obligación de resultado para el médico, cuyo incumplimiento acarrearía responsabilidad contractual objetiva.

Fuera de estas obligaciones excepcionales de resultado, el médico solo responde por sus actos negligentes.

V. CONCLUSIONES.

Cuando existe vínculo pactado entre el paciente y el médico, la responsabilidad tendrá un fundamento contractual. Por otro lado, cuando quien pretende ser reparado no sea parte de esta relación obligatoria, el fundamento será necesariamente extracontractual. Para que exista responsabilidad contractual del médico debe existir un contrato previo entre las partes, vigente al momento de producirse el daño, y que este perjuicio derive de un incumplimiento a sus obligaciones, aunque lo normal será que entre el facultativo y el paciente se celebre -tácita o expresamente- un contrato de asistencia médica. Por ende, el consentimiento del paciente en el ámbito de la responsabilidad contractual médica tiene gran relevancia.

Instalada la discusión de la materia, la doctrina ha intentado explicar la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente, desde la tesis contractualista a través del mandato y el arrendamiento de servicios, para que actualmente considerando las características del servicio y la legislación vigente, se considere más apropiada la asimilación a un contrato de prestación de servicios o contrato de asistencia médica. Sin embargo, al elegir el ámbito de responsabilidad a través del cual recurrir, si bien la regla general es que se rechaza el cúmulo de responsabilidades, en ocasiones se ha ido admitiendo tímidamente una opción de responsabilidad, de modo que la víctima alcance el máximo de reparación del daño sufrido.

Considerando que el servicio médico tiene una naturaleza jurídica contractual, el mayor efecto que lo va a distinguir respecto a la responsabilidad extracontractual, será respecto a quien tiene la carga de la prueba. En el caso del contrato que rige la relación médico paciente, bastará con que este último acredite que se ha vulnerado una obligación, caso en que el facultativo tendrá que probar que empleó el cuidado debido de acuerdo a la *lex artis*, o que operó caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora, la responsabilidad civil médica para surgir requiere que se configure el incumplimiento de un deber jurídico o de una obligación preexistente. En términos generales, en el caso de los médicos el deber mayor será el de obrar con prudencia y pleno

conocimiento, pero existen otros más, como el deber de guardar secreto profesional, el deber de informar, de otorgar consentimiento informado, entre otros. En Chile, la recientemente publicada Ley N°20.584 que “Regula los Derechos y Deberes que tienen la personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud” regula varios de ellos.

Siendo el consentimiento informado el tema que se desarrolla a través de esta tesis, se establece en términos generales que es la manera de resguardar la autodeterminación del paciente, ya que legitima la interferencia en su integridad personal, y asigna el riesgo de la intervención correctamente ejecutada al paciente, entendiendo que el consentimiento de éste último, obtenido con la entrega de la debida información, quita antijuridicidad a los daños que el médico le pudiera provocar.

Pero, para contestar la interrogante que motiva este trabajo, habrá que recurrir necesariamente a la diferenciación entre obligaciones de medio y de resultado. El médico generalmente contrae una obligación de medios, donde el obrar diligente es sinónimo de cumplir la obligación en relación con el artículo 1547 del Código Civil, pese a posturas distintas que, en forma tajante señalan que la responsabilidad surge solo del incumplimiento, no de la culpa. Pero, también asume obligaciones de resultado, que si bien son casos excepcionales, existen respecto a materias importantes, como es el deber de información, cuya materialización expresada a través del consentimiento informado pasa a ser el mejor ejemplo. En estos casos se va a configurar una responsabilidad contractual objetiva, es decir, que se generará por el solo hecho del incumplimiento del médico, salvo que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. “Las Obligaciones, Tomo II”, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición. 1993.
- 2.- ACOSTA, VICENTE. “De la responsabilidad civil médica”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1990.
- 3.- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I”. Ediar Editores Ltda.,
- 4.- BARROS BOURIE, ENRIQUE. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 2007.
- 5.- COURT MURASSO, EDUARDO. “Responsabilidad Civil Médica”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX, 1998.
- 6.- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “Responsabilidad Médica”. Artículo “Consentimiento Informado y Relación de Causalidad”. Cuaderno de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado VI. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. Santiago, Chile, 2010.
- 7.-DE LA MAZA CAZMURI, Iñigo. “Consentimiento Informado, una visión panorámica”. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista Ius et Praxis, Año 16, N°2, 2010.
- 8.- DE LA MAZA RIVADENEIRA, LORENZO. “La Responsabilidad Civil que puede derivar de la Responsabilidad Médica”. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 15. 1988.
- 9.- DE LA MAZA RIVADENEIRA, LORENZO. “El Contrato de Atención Médica”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 16 N°1, enero-mayo 1989.
- 10.- GUAJARDO CARRASCO, BALTAZAR. “Aspectos de la Responsabilidad Civil Médica. Doctrina y Jurisprudencia”. Librotecnia, 2° Edición, 2005.
- 11.- LÓPEZ MESA, MARCELO. “Tratado de Responsabilidad Médica”. UBIJUS Editorial. Argentina. 2007.
- 12.- MAÑALICH MUXI, JAYME. “La desconfianza de los impacientes”. Ediciones Mediterráneo Ltda. 2006.

- 13.- MIRANDA, Francisco. “Algunas consideraciones en relación con el denominado consentimiento informado”.
- 14.- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. “Obligaciones II”. Departamento de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción. 1995.
- 15.- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. “Estudios de Derecho Civil IV”, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008.
- 16.- PIZARRO WILSON, Carlos. “La Culpa como elemento Constitutivo del Incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, Valparaíso, Chile, 2008.
- 17.- PIZARRO, CARLOS. “Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas”. Rev. Med. Chile 2008; 136: 539-543.
- 18.- PORTERO LAZCANO, Guillermo. “El Deber- Derecho de Información al Usuario/Paciente”. Clínica Forense de Bilbao, País Vasco, España. Rev. Latinoam. Der. Méd. Medic. Leg. 6 (2); Dic. 2001- Junio 2002.
- 19.- TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. “Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales”. Rev. Derecho (Valdivia). 2003.
- 20.- TOMASELLO HART, LESLIE. “La Responsabilidad Civil Médica, en Estudios de Derecho Privado”. Edeval, Valparaíso, 1994.
- 21.- URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio. “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”. Revista Chilena de Derecho Privado, N°17, 2011.
- 22.- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO. “La Responsabilidad Civil de los Médicos”.
- 23.- VENEGAS FRANZOLINI, LORETTO. “Factores de Imputación en la Responsabilidad Civil Médica. Evolución de la Doctrina y Jurisprudencia chilena”, Revista Escuela de Derecho, año 8, Número 8, 2007.
- 24.- Código Civil de Chile
- 25.- Ley N°20.584 que “Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”.

