

Actualidad del deber de informar en Chile

CARLOS PIZARRO W.^{1,a}

The duty to inform in the Chilean legislation

The new Chilean regulation about patients' rights and duties is generating a significant change in the information that health care professionals must provide to their patients. This issue will gravitate on medical liability. If this duty is accomplished incorrectly, professionals would fall into an illicit act and become liable to lawsuits and compensations to patients. This article provides a panoramic view about the grounds and content of the duty to inform and how judges are regulating the issue.

(Rev Med Chile 2018; 146: 909-912)

Key words: Consent Forms; Liability, Legal; Malpractice.

Facultad de derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.

^aAbogado Doctor en Derecho.

El autor declara no tener conflictos de interés. Trabajo no recibió financiamiento.

Recibido el 13 de abril de 2018, aceptado el 7 de agosto de 2018.

Correspondencia a: Carlos Pizarro W. Facultad de derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. carlos.pizarro@udp.cl

El deber de informar de los médicos, en la actualidad tiene un reconocimiento legal en la Ley 20.584, cuyo artículo 8 señala: “Toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito...”. El paciente es el titular del derecho a la información, lo que permite el consentimiento informado que habilite al médico para llevar a cabo la intervención médica. Su fundamento arranca de la dignidad misma de la persona, la cual ante la intervención por un tercero de su cuerpo, merece conocer aspectos esenciales del acto médico que lo habiliten para consentir y darle la licitud al médico en su afán por proveerle de una mejor salud.

Una panorámica útil para los médicos de su deber de informar justifica identificar su fundamento, su contenido y su recepción por los tribunales.

El fundamento del deber de informar

La Ley 20.584 reconoció en forma explícita el derecho a la información de los pacientes a cargo de los prestadores públicos, privados, institucionales y personas naturales. Con anterioridad, nadie dudaba de su existencia en toda relación entre un

médico y su paciente, Sólo que con aunque su fundamento era el principio de la buena fe.

El deber de informar se enmarca también en el ámbito de los actos médicos que deben ejecutarse, cuyo incumplimiento puede ser fuente de responsabilidad médica. La ausencia de información respecto de un riesgo que debió informarse al paciente involucra un daño, al menos la pérdida de la posibilidad de elegir entre aceptar o no dicho riesgo, que puede reclamarse por vía de indemnización de perjuicios. La Corte de Apelaciones de Concepción, afirma en este sentido: “La información al paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado ‘consentimiento informado’, siendo el objeto esencial de éste la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye *per se* un requisito del acto médico”.

La Ley 20.584 en el artículo 10 especificó el derecho del paciente a la información:

“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 proce-

diere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello”.

El deber de informar es un requisito del consentimiento del paciente, y así se satisface la autodeterminación del paciente. Asumido que el fundamento del deber de informar radica en la autodeterminación del paciente quien debe manifestar su consentimiento para asumir los riesgos que puede involucrar la intervención médica, debe clarificarse su contenido.

El contenido del deber de informar

El médico debe informar los riesgos asociados al tratamiento que le sugiere como apropiado en atención a su diagnóstico y la condición del paciente. La ley no se pronuncia sobre qué riesgos debe informar en forma específica. Otras legislaciones lo establecen en forma expresa. Así,

la ley francesa N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002, señala que los médicos deben informar los riesgos frecuentes o graves que sean previsibles para las alternativas de tratamiento idóneo para el paciente¹.

Con anterioridad en el ámbito público, el Reglamento de los Servicios Públicos de Salud, Decreto N° 140, de 21 de abril de 2005, en su artículo 34, estipulaba el deber de informar en los siguientes términos:

“Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquéllos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o su grupo familiar. En caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o sus representantes, deberá dejarse debida constancia escrita en un documento oficial del Servicio”².

Ambas normativas, en consecuencia, reconocen en forma indubitada tanto en el ámbito público como privado el derecho del paciente a la información. El asunto más complejo es determinar qué riesgos debe informar el médico al paciente, lo que le permite en el ejercicio de su autonomía decidir si lo asume o, en cambio, rechaza la intervención. Es acá donde puede surgir el genuino problema de la responsabilidad. La circunstancia que el médico no informe el riesgo no implica, lo que es obvio, que vaya a ocurrir, ni tampoco que se presente una *mal praxis*. Es posible que el médico no le informe un riesgo al paciente que debió informar, pero éste no se verifique, lo que excluye la responsabilidad civil.

Los riesgos y el deber de información: la posible responsabilidad civil

Los riesgos que se le informan al paciente definen el objeto esencial de la información a que tiene derecho y, además, lo que en caso de no informarse plantea el problema de la responsabilidad civil por incumplimiento. Si el riesgo se verifica y el paciente ha sido informado de su posible ocurrencia, el médico queda liberado de toda responsabilidad, siendo el riesgo nada más que una circunstancia

aciaga, un efecto desgraciado de la intervención sin que haya reproche a *la lex artis* médica. El médico actuó en forma correcta sin que su conducta haya intervenido en la ocurrencia del riesgo. La fatalidad existe y para asumirla está la seguridad social o los mecanismos privados, según el sistema que predomine o ambos si fuere mixto.

Es diversa la situación en que el riesgo no informado ocurre, pues la indemnización de la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta a la intervención no pudo tener lugar. La asunción del riesgo por parte del paciente nunca se verificó quedando sin la alternativa de analizar, ponderar y, en definitiva, decidir si asumía o no el riesgo involucrado al acto médico específico. En este caso procede la indemnización de la pérdida de la *chance*.

Es el caso por antonomasia en que la infracción al deber de informar habilita al paciente para reclamar una indemnización consistente nada más en la pérdida de las posibilidades. Acá, el paciente no estuvo en condiciones de representarse los efectos colaterales que podría acarrear la intervención, a pesar de la destreza y cumplimiento del médico de la *lex artis*.

Riesgos que debe informar el médico

Pese a la relevancia de los riesgos para el deber de informar, la ley no dispuso cuáles riesgos deben informarse, limitándose a indicar que el paciente tiene derecho a ser informado “*de los riesgos que ello pueda representar*”. Al ser redactado el precepto en términos amplios uno podría estar tentado de aseverar que deben informarse todos los riesgos, sean graves, medianos o ligeros, frecuentes, raros o comunes. Esta forma de ver el asunto intensificaría la carga de información de los médicos, pero con altos costos de transacción que encarecerían y volverían engorroso el ejercicio de la medicina. Pero es necesario un cierto realismo, dado que en ciertas circunstancias no resulta conveniente informarle al paciente, lo que se denomina la excepción terapéutica. Es más sensato limitar esos riesgos a aquellos de frecuente ocurrencia en términos estadísticos y todos los graves, pues estos últimos son los que, normalmente, determinan si el paciente acepta el tratamiento o, en cambio, continúa con su enfermedad sin intervención alguna.

El deber de informar en la jurisprudencia

La jurisprudencia, aunque escasa, es aguda a la hora de referirse al deber de informar. Los tribunales de primera instancia son los que han planteado desarrollos más latos y, por cierto, más interesantes. Salvo la Corte de Concepción y en alguna medida la de Santiago y Valparaíso, se ignora si otras Cortes de regiones se han pronunciado sobre el deber de informar. En cuanto a la Corte Suprema, tuvimos acceso solo a cuatro sentencias, las que dadas las limitaciones del recurso de casación nos impide inferir líneas jurisprudenciales.

En una sentencia del 15° Juzgado Civil de Santiago se señaló:

“Los deberes de información están encaminados a satisfacer el principio de autodeterminación del paciente o de su familia en su caso. Este deber del médico se afianza en la necesidad de compensar el desequilibrio o desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente, que no es ningún experto” (Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, “Fernández Medel con Clínica Las Condes S.A.”, 8 de septiembre de 2011, rol 5291-2009).

Se alude a un doble fundamento que estaría dado por la autodeterminación del paciente y equilibrar la asimetría de información entre el médico y el paciente. El primer fundamento es pertinente. La autodeterminación se vincula al derecho del paciente a decidir su tratamiento habiendo sido informado en forma clara e íntegra. Eso permite un consentimiento sano, dejando habilitado al médico para intervenir su cuerpo.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado:

“Que el consentimiento informado del paciente impone al facultativo un deber humanista, relacionado con la dignidad del paciente. Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas a su control o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones

personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Incluso es más, el consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración de culpa del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo” (Corte Suprema, “Wagemann Morales con Vidal García-Huidobro”, 28 de enero de 2011, rol 5849-2009).

Si bien la Corte reconoce el deber de informar, que lo vincula con la autodeterminación y dignidad del paciente, es mezquina al momento de otorgar luces sobre el contenido de ese deber. Pareciera que se inquieta más por el riesgo asociado al acto médico que, en cambio, el facultativo le informe dichos riesgos al paciente.

La Corte de Concepción, por su parte, ha señalado:

“La información del paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado ‘consentimiento informado’, siendo el objeto esencial de éste la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye per se un requisito del acto médico” (Corte de Apelaciones de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 30 de mayo de 2013, rol 1473-2012).

En otra sentencia del 3^{er} Juzgado Civil de Concepción se dijo:

“...el consentimiento informado se ha transformado, con el tiempo, en un derecho de los pacientes y es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* médica, que constituye una exigencia de ella para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad para el interviniente que haya omitido tal obligación si de ello se derivan perjuicios al paciente” (Tercer Juzgado Civil de Concepción, “Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud Concepción”, 21 de agosto de 2012, rol 7408-2009).

Los fallos que hemos mencionado acogen una noción bastante compartida acerca del fundamento del deber de informar. Se ancla dicho deber en el derecho a la autodeterminación del paciente, lo

que redundando en que sea él quien decida *in concreto* si asume o no los riesgos de una intervención. En el caso de que el paciente haya sido privado de información asociada a los riesgos de la intervención procede indemnizarlo, lo que se ha hecho a título de daño moral, aunque parece más exacto circunscribir la indemnización a la pérdida de la posibilidad.

Lo que evidencian estas sentencias, también, es la relevancia del objeto de la información, puesto que la queja de los jueces ha sido siempre que no se les informó un riesgo que era propio a la intervención quirúrgica.

Conclusión

El deber de informar los médicos está hoy reconocido en forma legal, siendo su fundamento la autodeterminación del paciente, lo que importa entender que forma parte del contenido de la relación médico-paciente: la responsabilidad por incumplimiento de este deber queda limitada al caso que no se haya informado un riesgo usual o grave que se verifica, pudiendo la víctima requerir la indemnización de la pérdida de posibilidad de haber escogido someterse o no a la intervención médica. La jurisprudencia, por su parte, es escasa, pero reconoce el fundamento en la autodeterminación y el derecho del paciente a la indemnización de la pérdida de la posibilidad.

Referencias

1. Ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000227015> [consultado el 30 de agosto de 2018].
2. Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, Decreto N° 140 del Ministerio de Salud, de 21 de abril de 2005. En el mismo sentido puede consultarse el artículo 20 del Decreto Supremo N° 570 del Ministerio de Salud, que recoge el reglamento para la internación de personas con enfermedades mentales, de 28 de agosto de 1998. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=237231> [consultado el 30 de agosto de 2018].