

RESPONSABILIDAD MÉDICA

MEDICAL RESPONSABILITY

Ab. RICARDO SATELER A. (1), Ab. GIAN CARLO LORENZINI R. (1)

1. ABOGADO.
SATELER Y CÍA. ABOGADOS.

Email: rsateler@sateler.cl

RESUMEN

El presente artículo intenta abordar de una manera inteligible para el lector no jurista la nueva realidad de la actividad médica en relación a la responsabilidad del médico por sus actos evitando los tecnicismos legales y sacrificando la precisión legal en beneficio de la mejor comprensión del texto. Analizaremos la responsabilidad médica en base a las normas y principios que inspiran nuestra legislación, y la aplicación de los mismos que efectúan nuestros tribunales de justicia. Especial atención se otorga al consentimiento informado y a la confidencialidad médica, temas a los que se les dedica un acápite especial. Asimismo, analizaremos en un acápite especial otro tema íntimamente relacionado con la responsabilidad del médico, como es el seguro de responsabilidad civil existente en el mercado y que protege patrimonialmente al médico frente a reclamaciones de terceros, tema muchas veces desconocido, pero que hoy se vuelve indispensable frente a la nueva realidad de la actividad médica.

SUMMARY

The present article intends to give an approach in an intelligible way for the non-jurist reader concerning the new reality in the medical activity, in relation to procedures avoiding legal technicalities and to sacrifice legal precision so as to gain a better understanding of the text. We will analyze the medical responsibility on the basis of the rules and principles which inspire our legislation and their application that our judicial courts apply. A special attention is given to the informed consent and the medical's confidence, themes that will be given a special treatment. Likewise, a special analysis will be made to another intimately paragraph in relation to the medical responsibility, such as the civilian insurance responsibility present in the market, which protects the doctor in a patrimonial way compared with another one's claiming, many times this topic unknown but now indispensable compared with the medical's activity reality.

INTRODUCCIÓN

NUEVA REALIDAD DEL EJERCICIO MÉDICO

Hasta hace algunos años el médico ejercía la medicina utilizando lo que él estimaba como más conveniente, muchas veces sencillamente informando o muchas veces prescindiendo del todo de la voluntad del paciente. El paciente a su vez no cuestionaba ni contradecía las indicaciones del médico aceptando los tratamientos e indicaciones, entregándose por entero al médico tratante. Esa visión paternalista del ejercicio de la medicina se puede reducir en el axioma "*todo por el paciente, pero sin el paciente*". La asimetría de la información favorecía una litigiosidad escasa, los pacientes asumían con resignación los efectos adversos de los procedimientos médicos sin analizar mayormente si estaba frente a una negligencia médica o a un riesgo inherente del tratamiento.

Muy pocos fueron los casos que resolvieron nuestros tribunales en materia de negligencia médica, anecdótico es el caso del Dr. Lucas Sierra, prócer de la cirugía de tiempos pretéritos, quien confundió un embarazo con un tumor uterino. El tribunal consideró el error excusable y no fue condenado, concluyendo que era una "desgracia médica." Hoy en día un caso similar podría ser considerado como una negligencia grave equiparable al dolo; sin embargo con la tecnología, conocimientos e instrumentos existentes en 1870-1880 época en que ocurrieron los hechos, el error de diagnóstico no pudo sino ser entendido como un "error excusable" y "una desgracia médica".

Los tiempos han cambiado y la realidad indica que hoy el centro de la atención se encuentra en el paciente y salvo casos excepcionales, el médico poco o nada puede hacer por su salud sin el consentimiento del mismo. Ante los avances de la medicina, el mayor acceso a la información y el enfoque en general de nuestra sociedad al médico prácticamente se le exige la infalibilidad, el paciente espera resultados y el restablecimiento de su salud teniendo escasa tolerabilidad a soportar los fracasos y la adversidad. La asimetría de la información ya no es la misma de antaño: el paciente por diversos medios puede acceder artículos médicos, en que se detalla la forma de efectuar el diagnóstico, el tratamiento y la prognosis de su enfermedad. Con esto el paciente puede entender mejor su situación o puede creer que la entiende mejor. El paciente no cuenta normalmente con el conocimiento necesario para entender la información médica para especialistas y no está en la mejor posición para discernir si la información que obtiene (generalmente en Internet) es confiable y si se aplica a su caso concreto. En estas circunstancias es fácil advertir que la relación médico paciente y las expectativas de este último pueden verse afectadas negativamente.

Pero eso no es todo, progresivamente nuestros tribunales otorgan indemnizaciones por montos más altos creándose una verdadera industria alrededor de los litigios de responsabilidad civil, la cual en nuestro país aún no se encuentra madura pero que ha evolucionado en los últimos años, evolución que también se vincula con el crecimiento del seguro de responsabilidad civil lo que hace aún más

atractivo accionar contra los médicos que, con el seguro, pasan a ser solventes a los ojos de quienes los demandan.

Los avances en las ciencias y tecnologías médicas han potenciado las expectativas de los pacientes que hoy muchas veces pretenden se le garanticen los resultados de los tratamientos y procedimientos médicos. El paciente está cada vez más reticente a tolerar sobre sí mismos los efectos adversos de un tratamiento, sin importarle si el mismo deriva o no de una negligencia médica o del médico tratante, el paciente aspirará, con o sin razón, a un resarcimiento ya sea del médico o del centro médico hospitalario.

Esta es la nueva realidad de la medicina y que presenta un desafío al médico que cada vez debe ser más meticuloso no sólo en el ejercicio propiamente tal de su profesión, sino que además en sus obligaciones conexas como llevar un registro detallado y completo de la historia del paciente, el informarle detallada y comprensiblemente de las posibilidades de tratamientos, sus consecuencia y otras opciones terapéuticas, registrar su consentimiento o rechazo a un tratamiento, etc.

¿CUÁNDO UN MÉDICO ES CIVILMENTE RESPONSABLE?

Para la existencia de una responsabilidad médica, no basta comprobar la posible existencia de un simple error en el diagnóstico o en la prescripción de una terapia, sino que habrá de acreditarse la existencia de un caso de culpa, es decir, de una negligencia, de una falta de prudencia imputable; de un alejamiento de la lex artis.

La medicina, pese a un ejercicio correcto de la misma, muchas veces no puede evitar las complicaciones o resultados lesivos o dañinos. El profesional puede poner lo mejor de su ciencia pero ya entrados en el siglo XXI aún es mucha la incertidumbre que rodea las decisiones médicas. En tal sentido el Dr. Alejandro Goic en uno de sus más celebrados libros lo destacaba en los siguientes términos,

"Examinadas algunas especificidades del acto médico, es conveniente referirse a una característica peculiar del ejercicio profesional del médico y que tiene que ver con la propia naturaleza de la medicina: la incertidumbre de las decisiones que adopta.

A diferencia de lo que ocurre en profesiones fundadas en las ciencias exactas o aquellas de carácter normativo, el ejercicio de la medicina se da en un cuadro donde, en general, no existen certezas".

Esta opinión, vertida por quien fuera tres veces decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile ha sido recogida por nuestra jurisprudencia al señalar como requisitos para que concurra la responsabilidad médica:

- a) Imputabilidad**, que parte del supuesto que el causante del daño sea legalmente médico.
- b) Existencia de una falta**, esto es, que el hecho se haya ejecutado

intencionalmente o con imprudencia o negligencia, es decir, con infracción a la llamada Lex Artis, que es el conjunto de procedimientos, de técnicas y reglas generales de su profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para fines de diagnóstico y a los medios terapéuticos en uso, cuya infracción puede consistir en la impericia, denominada también ignorancia inexcusable e indica insuficiencia de aquellos conocimientos que se suponen en una persona que ha efectuado estudios especiales en el ámbito de la medicina, o bien, falta de práctica o experiencia, a pesar de tener los conocimientos necesarios; en la imprudencia, que consiste en no obrar con las debidas precauciones que la ciencia médica haga aconsejables, para evitar riesgos a que pueden llevar los actos profesionales ejecutados sin mayor reflexión, es decir, en la omisión de las precauciones debidas; o en la negligencia, que se traduce en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución, una omisión de atención y de la diligencia debida.

c) Daño, debiéndose precisar, al respecto, que no todo menoscabo debe presumirse causado por el hecho médico, lo que se imputa al facultativo es un daño agregado, esto es, una agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones, muerte; y finalmente,

d) Relación de causalidad, es decir, que entre el hecho médico y el daño sufrido por la víctima, se precisa una relación de causa a efecto; que el daño se haya producido u ocasionado, por el hecho ilícito de esa persona”.

El primer requisito parece una obviedad pero para que nos encontramos frente a un caso de responsabilidad médica, quien causa el supuesto daño debe ser un médico y el daño debe ser causado en el ejercicio de la profesión.

Negligencia

La negligencia médica va íntimamente aparejada al concepto de lex artis, de ese modo nuestro tribunales para determinar si un médico en el caso concreto debe responder por los daños que ha ocasionado al paciente intenta determinar si ha existido infracción a la lex artis por parte del médico, es decir si el médico actuó como lo habría hecho cualquiera de sus pares en la misma situación, siguiendo los principios y protocolos generalmente aceptados. Así se ha señalado por nuestros tribunales de justicia que:

“La legis artis ha emergido como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión. Con la noción de lex artis, se consideran los distintos aspectos que llevan a determinar la naturaleza de la culpa, que lleva a estimar concurrente este elemento y, de estar establecidos los demás elementos, se genera la responsabilidad del agente calificado: el médico. Específicamente se consideran las nociones de negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia de las reglamentaciones.

En efecto, entre los componentes de la lex artis se ha dicho está la

comunicación de los riesgos del tratamiento al paciente, aspecto que no se cumplió en el caso de autos, circunstancia que no tiene ese solo objetivo, sino que explicitar los conocimientos del facultativo, previniendo su ignorancia, la cual luego será difícil de establecer. Es así como se ha dicho que todo riesgo razonable de una acción médica debe ser informado al paciente. Tanto es así que Mario Gárrido Montt resume de la siguiente manera lo anterior en materia penal: “Si el tratamiento curativo no cumple con la lex artis, o no se dio la información necesaria o se efectuó sin el consentimiento del afectado, podrá constituir una actividad típica, y para determinar si constituye o no un delito corresponderá analizar su posible antijuridicidad y culpabilidad; la última puede quedar excluida por un estado de necesidad excusable”.

Ese mismo fallo define la lex artis como un “catálogo de principios, prácticas y conocimientos técnicos no escritos que integran un código de conducta derivadas de la experiencia, exigida a quienes despliegan una conducta profesional que crea riesgo”.

En definitiva al médico, como a cualquier otra persona, no se le puede exigir la infalibilidad. Sólo se puede exigir que la conducta se ajuste a un estándar promedio aceptable; nada por debajo ni por encima de ese estándar.

Daño

El daño, para generar responsabilidad, debe ser una consecuencia inmediata y necesaria del hecho generador del mismo. Sin daño sencillamente no podrá haber normalmente responsabilidad de ninguna especie. Así por ejemplo un médico que administra suero salino equivocadamente por no corroborar su identidad a un paciente, sin provocarle ningún perjuicio no podría ser declarado responsable por esa equivocación, precisamente por que la misma es inocua. El concepto de daño es amplio y no está limitado al daño corporal propiamente tal. Violentar la autonomía, el honor, la dignidad y la integridad psicológica de una persona califica como daño y su comisión puede comprometer la responsabilidad del médico. Un ejemplo sería la práctica de un procedimiento beneficioso para el paciente pero sin obtener su consentimiento informado o la divulgación no autorizada de su información médica. Es evidente que en estos ejemplos puede haber un daño y si lo hay puede ser indemnizable.

Causalidad

La jurisprudencia y la doctrina han sostenido que la causalidad exige que entre el hecho negligente y el daño exista una relación necesaria y directa. Recurrirremos a un ejemplo para explicar el concepto de causalidad: un médico que comete una equivocación de lado al operar y cuyo paciente fallece pero por una complicación anestésica. En este caso, y pese al error en que incurrió el médico, no debiera ser declarado responsable por la muerte del paciente ya que el error de lado no tiene relación causal con la muerte del paciente la cual le es completamente ajena, y que probablemente habría ocurrido

aun cuando se hubiese realizado la operación en el lado correcto.

Visto lo anterior podemos concluir que el médico se obliga a poner sus buenos oficios y conocimientos a favor de la recuperación del paciente, pero no se obligan por regla general a obtener un resultado ya que los mismos no dependen enteramente de él. Es decir estamos frente a una obligación de medios (en oposición a una obligación de resultado como la del vendedor de entregar la cosa vendida). A la misma conclusión ha llegado la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente, así por ejemplo se ha señalado:

"El acreedor (paciente en el caso), espera el resultado y podrá obtenerlo, pero no exigirlo, aunque sí exigir que la atención médica sea prestada con pericia y diligencia. En la obligación de medios, como el deudor no puede prometer un resultado, sólo será responsable cuando obró sin la diligencia y el cuidado que la naturaleza de la obligación exige tener".

El médico en su actuar será juzgado de acuerdo a cómo habrían actuado sus pares en el caso concreto y en las circunstancias en que se encontraba, por lo tanto aún cuando el resultado no sea el esperado o esperable el médico no será responsable en la medida en que se haya adecuado a la lex artis. Para concluir con el presente acápite reproducimos las consideraciones de un fallo reciente de la Corte de Apelación de Rancagua que estimamos especialmente claro sobre el particular:

"La medicina no es una ciencia exacta y resulta perfectamente posible que un paciente fallezca pese a que se presten debidamente los cuidados prescritos. Tampoco un error en un diagnóstico constituye por se una infracción a la lex artis y por ende una falta de servicio del órgano público en que el facultativo labore. Existen enfermedades insidiosas, síntomas confusos y cuadros atípicos que pueden legítimamente orientar el diagnóstico en dirección equivocada y ello no constituirá una deficiencia del servicio sino un riesgo insalvable de la medicina. Y tampoco configura necesariamente falta a la lex artis la omisión de exámenes o procedimientos, pues ello ocurrirá sólo si esos exámenes o procedimientos omitidos están indicados para el caso conforme a los síntomas que se presenten, y no sólo no sabemos si esa era la situación de autos, sino que conforme a la prueba parece no haberlo sido."

Objetivización de la Responsabilidad

Brevemente debemos señalar que hay doctrinas que apartándose del espíritu y los principios que inspiran nuestra legislación tienden a una objetivización de la responsabilidad, es decir producido un daño al paciente el médico responde sin importar si existe negligencia o no. El centro de gravedad de la obligación de responder se desplaza desde la negligencia al daño, daño que se estima no debe ser soportado por el paciente.

En nuestra jurisprudencia esa doctrina se ha visto aisladamente re-

cogida en algunos casos de Infecciones Intrahospitalarias, las cuales aún cuando se tengan los mejores sistemas de prevención, los equipos más modernos y los mejores profesionales son imposible de evitar en todo y cada uno de los casos. Pues bien como señalábamos nuestros tribunales aisladamente han trasladado dicho riesgo inherente al procedimiento al centro asistencial así se ha fallado:

"Que, como puede apreciarse, todas las condiciones o circunstancias sólo pueden ser evitadas por el operador. Así producida una infección lo normal es que sea consecuencia de una falla de éste. Es decir, no se trata de un caso fortuito, pues la infección es previsible y evitable. De esta manera, correspondía a la demandada probar que el absceso fue causado por negligencia de la actora y como no se rindió prueba al respecto, cabe concluir que el resultado producido se debe a falta de cuidado del encargado por quien responde la demandada" .

El fallo es un reflejo de esas doctrinas, presentada la infección corresponde al centro de salud o a los profesionales que intervinieron el probar que la infección fue provocada por un descuido de la paciente de lo contrario, de lo contrario se presume que la infección fue provocada por un incumplimiento en la prestación de los servicios médicos especialmente en lo relativo a la obligación de mantener la asepsia en sus instalaciones y equipos.

SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

Brevemente explicaremos el sistema procesal penal chileno el cual fue objeto de un proceso de modernización hace algunos años y que en parte se vincula directamente con el quehacer médico.

Los médicos en el ejercicio de su profesión pueden cometer delitos, particularmente delitos culposos, que se encuentran tipificados en nuestro Código Penal. Existe un tipo genérico destinado a sancionar al médico que cause daño en el ejercicio de la profesión, nos referimos al artículo 491 del Código Penal que dispone:

"Art. 491. El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomista o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior".

La investigación recae en el Ministerio Público, institución que luego de un análisis de los hechos y de estimar que ellos pueden eventualmente configurar un delito, asigna un Fiscal a la causa.

El Fiscal tiene la obligación de investigar la existencia o inexistencia de un eventual delito o cuasidelito. Para ello generalmente dispone diligencias preliminares que en los casos de responsabilidad médica consisten normalmente en solicitar la ficha o antecedentes médicos del paciente, solicitar la declaración de los médicos y personal involucrado, asimismo generalmente se solicita una pericia al Servicio

Médico Legal para que determine si el médico se ajustó a la ley artís.

Con esos antecedentes el Fiscal podrá determinar si efectivamente existe algún delito, y si existen personas involucradas a las cuales se les pudiera atribuir la comisión del mismo. Si el Fiscal adquiere esas convicciones solicitará al Juez de Garantía fijar una audiencia de formalización a la que citará a los imputados y le hará saber formalmente que están siendo investigados por su participación en un determinado delito. A ello se le llama la "formalización" del médico imputado.

La formalización tiene algunos efectos prácticos relevantes:

- Fija el plazo que tendrá el Fiscal para investigar y decidir si lleva el caso a juicio oral o se desiste de la investigación. (Sin perjuicio de que se puedan solicitar prorrrogas).
- A partir de la formalización se pueden solicitar medidas cautelares (prisión preventiva, arraigo etc.).
- Es un requisito para la procedencia de las salidas alternativas de suspensión condicional y acuerdos reparatorios.

En la audiencia de formalización se fijará un plazo al Fiscal para investigar, transcurrido ese plazo el Fiscal, decidirá si

a) Solicita el sobreseimiento del caso.

b) Formula acusación.

c) No persevera en la investigación.

Si el Fiscal, decide formular acusación, se iniciará la preparación del juicio oral, procedimiento cuyas reglas escapan al presente documento.

Debemos destacar que el diseño del procedimiento penal es similar al de una pirámide, en la base se ubican todas las denuncias y querellas que investigan los fiscales, y en la punta se ubican los casos que efectivamente llegan a la instancia de juicio oral que son un porcentaje mínimo.

En una etapa intermedia se encuentra una serie de salidas alternativas que permiten poner término a la investigación y al proceso penal. Las negligencias médicas son precisamente el tipo de casos en los cuales se pueden aplicar estas salidas alternativas. La suspensión condicional y los acuerdos reparatorios son las salidas alternativas de mayor importancia para la materia que nos ocupa. En efecto, ambas salidas permiten poner término al procedimiento criminal si se cumplen ciertas condiciones que examinaremos a continuación.

La suspensión condicional es un acuerdo al que llega el fiscal y el imputado, en el cual no es necesario el consentimiento de la víctima. Se solicita la suspensión del procedimiento al Juez de Garantía, fijando determinadas condiciones (ej.- pago de una suma de dinero a favor de la víctima, fijar un domicilio, abstenerse de asistir a determinados lugares, concurrir a firmar etc.), si el Juez de Garantía, aprueba la solicitud se suspenderá el procedimiento por un plazo no menor a un año y no mayor a tres. Una vez cumplido dicho plazo y si se respetaron las condiciones fijadas en el acuerdo, se decretará de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo de la causa y se extinguirá la acción penal. La suspensión condicional procederá si a) al delito se le asigna una pena menor a tres años y b) el imputado no ha sido condenado antes por crimen o simple delito.

La suspensión condicional reiteramos es un acuerdo entre el imputado (el médico en nuestro caso) y el fiscal, es decir la voluntad de la víctima no es considerada, es por ello que pone término a la investigación y al proceso penal pero deja abierta la posibilidad de que la víctima accione en sede civil para obtener una indemnización.

Por otra parte existe la posibilidad de alcanzar un acuerdo reparatorio. En este caso el imputado y la víctima llegan a un acuerdo el cual someten a la aprobación del juez de garantía. Este acuerdo será procedente en aquellos casos en que "los hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos". El juez de garantía aprobará el acuerdo reparatorio, luego de comprobar que las partes han consentido libremente al mismo. El fiscal sólo excepcionalmente y por causales legalmente establecidas podrá oponerse a ese acuerdo entre las partes, cuestión que raramente ocurre. Una vez cumplido el acuerdo reparatorio se decretará el sobreseimiento definitivo de la causa extinguiéndose la responsabilidad penal, asimismo al existir un acuerdo entre el imputado y la víctima en el acuerdo reparatorio generalmente se incluyen cláusulas que incluyen la renuncia a las acciones civiles y que cierran definitivamente el asunto.

CONSENTIMIENTO INFORMADO (CI)

El consentimiento informado es un concepto relativamente nuevo en el ámbito del ejercicio de la medicina. Hasta no hace mucho como vimos en la introducción, la relación médico paciente clásica, era extremadamente paternalista y se basaba en la premisa que ante el sufrimiento y las dolencias, el paciente no se encontraba capacitado para decidir. La evolución en el ámbito de los derechos humanos, principalmente luego de la II Guerra Mundial, llevan al nacimiento del concepto del consentimiento informado, concepto que posteriormente fue potenciado con el reconocimiento cada día más vigoroso de la autonomía del paciente. La Declaración de la AMM sobre los Derechos del Paciente, recogida en el Código de Ética del Colegio Médico, estipula:

"El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación con su persona. El médico informa-

rá al paciente las consecuencias de su decisión. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento, y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento".

El consentimiento informado hoy es un derecho del paciente y forma parte de un correcto ejercicio de la profesión que en su esencia puede ser entendido como el derecho que tiene el paciente a decidir si acepta o rechaza una indicación médica, procedimiento, intervención quirúrgica etc. habiéndole sido entregada información suficiente, adecuada, necesaria y oportuna. En nuestro derecho positivo, el CI fue objeto de tratamiento expreso en el artículo 105 del Decreto 42 del año 1986, Ministerio de Salud que señala:

"Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquellos, sobre el diagnóstico y el pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico-quirúrgicas que se les aplicarían y los riesgos que éstas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a 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".

La oportunidad

El CI es fundamento de legitimidad de toda actividad médica sobre una persona. Por lo tanto, y salvo determinadas excepciones, el CI es un requisito previo al inicio de cualquier cirugía, procedimiento o tratamiento médico y necesario cada vez que la evolución del tratamiento o su modificación lo indique como pertinente.

La información

El CI es un acto individual propio de la atención médica que en casos de situaciones más complejas es conveniente formalizarlo en un documento firmado por el paciente o el representante legal de éste. En ciertos casos la escrituración es obligatoria por mandato legal. El CI debe ser el producto de una diálogo entre el paciente o el representante de éste, y un profesional de la salud competente, normalmente, el responsable de realizar una cirugía, procedimiento o tratamiento médico. En este diálogo, el profesional médico tiene la obligación de informar y explicar al paciente, en un lenguaje comprensible, de aquellos aspectos relevantes de la intervención, procedimiento o acto a realizar. Por lo tanto será el profesional médico el responsable de dejar constancia de la entrega de esta información y, en los casos que se exijan, de cumplimentar las formalidades que se exigen para la manifestación del CI.

La información debe incluir aspectos relevantes sobre la naturaleza de la enfermedad, la naturaleza del procedimiento o tratamiento propuesto, los potenciales beneficios y riesgos, la probabilidad de éxito de la intervención, la posibilidad de efectos no deseados, las alternativas terapéuticas y sus beneficios y riesgos. La suficiencia de la información exige también explicar las consecuencias de no someterse al procedimiento y resolver las dudas que manifieste el paciente. Asimismo, debe informar al paciente o al representante de éste, de cualquier objeción ética para realizar un determinado tratamiento o procedimiento, señalándole la existencia de otros profesionales capacitados para ejecutarlo.

La información debe ser veraz. Un profesional médico deberá divulgar todos los riesgos que sean relevantes para que un paciente razonable y prudente tome una decisión informada.

La información, además, debe ser permanente y continua. El profesional médico debe informar y explicar al paciente o al representante de éste, de la evolución del tratamiento seguido, del éxito o fracaso del mismo, la presencia de efectos no deseados y las modificaciones terapéuticas que sean necesarias implementar.

Se debe destacar que el documento escrito en que el paciente o su representante firman, y en el que manifiesta formalmente su consentimiento, no es necesario que contenga la información que el médico ha proporcionado al paciente o su representante. El diálogo en que el profesional médico informa al paciente y responde a las inquietudes de éste queda inscrito en la intimidad del acto médico y en el cual se pueden tomar debidamente en cuenta todas las circunstancias propias de cada caso.

El consentimiento

Sólo una vez recibida la información y explicación médica, el paciente estará en condiciones de manifestar su consentimiento. Esta manifestación deberá ser voluntaria y estar libre de coerción o presión.

La manifestación del consentimiento puede ser tácita, verbal o escrita dependiendo ello de la significación para la salud del paciente del tratamiento o procedimiento a ejecutar. Además, en los casos que la legislación vigente lo exige, el consentimiento deberá constar por escrito, velando el profesional médico por el cumplimiento de los requisitos que en cada caso establece la norma pertinente.

En principio un profesional médico no puede sustituir el juicio de un paciente por el propio con respecto al consentimiento para un tratamiento o procedimiento médico. Por ende, y sujeto a ciertas excepciones, no se debe realizar una intervención sin el consentimiento del paciente o del representante de éste. No obtener el consentimiento informado para una intervención, puede comprometer la responsabilidad del profesional médico, especialmente en casos de eventos adversos o fracaso del tratamiento o procedimiento médico.

Las excepciones aceptadas para implementar un tratamiento o procedimiento médico sin el consentimiento del paciente o del representante legal de éste, están dadas por circunstancias de emergencia, imperativos legales y circunstancias extraordinarias como incapacidad del paciente para expresar su voluntad. Evidentemente es recomendable dejar constancia en la ficha médica de esas circunstancias.

CI sujeto a formalidades ordenadas por la ley o autoridad pública

Hay ciertos procedimientos para los cuales la legislación sanitaria exige el cumplimiento de ciertos requisitos específicos para la obtención y manifestación del CI, principalmente la exigencia legal dice relación con la escrituración del mismo. Algunos de estos casos son:

- Esterilizaciones femeninas y masculinas (Ministerio de Salud, Resolución Exenta N° 2326 Noviembre 2000);
- Internación forzada de personas (Ministerio de Salud Decreto Supremo N° 570 de 2000; Ministerio de Salud, Circular B2/ N°10 Marzo 2006);
- Realización de examen de VIH (Ley 19.779 de 2001);
- Donación de órganos (Ley 19.451 de 1996; Ministerio de Salud Decreto Supremo N° 656 de Julio 1996);
- Examen en pacientes víctimas de delitos sexuales (Art. 197 Código Procesal Penal).

Titular del consentimiento

La situación de los menores de edad. El principio básico, consagrado en nuestro tradicional Código Civil, es que el titular es el paciente si éste es mayor de edad. Si es menor de edad serán los padres o sus representantes legales. Son mayores quienes hayan cumplido los 18 años de edad. En consecuencia, en el caso de pacientes menores de edad, por regla general son sus padres quienes deben manifestar su consentimiento.

Sin embargo, las modernas tendencias legislativas, tienden a inspirarse en un principio de autonomía progresiva que tiene por efecto reconocer ámbitos cada vez más amplios que se entregan a la esfera de decisión de ciertos menores. La ley chilena ha ido incorporando estas nuevas tendencias y, en nuestra opinión, el instrumento más importante es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que fue ratificada por Chile y que, por tanto, tiene fuerza de Ley en el país. De acuerdo con esa Convención, todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho de expresar su opinión y ser oído en todos los asuntos que le afecten, ello en función de la edad y madurez del niño.

Podría decirse que en Chile -y en el mundo- estamos transitando desde un régimen legal en que se distinguía claramente la situación de los incapaces por minoría de edad de los de los adultos de 18 años o mayores hacia el de la autonomía progresiva. Ello es ya una realidad al menos en lo que concierne al derecho de los niños a ser

oídos. Más allá de este derecho, asistimos a una situación fluida. En el plano legislativo actualmente (y desde el año 2006) se encuentra en el Congreso Nacional, un proyecto de Ley sobre Derechos de los Pacientes, que modifica la edad para prestar consentimiento a los actos médicos otorgando, con ciertas limitaciones, capacidad a los mayores de 14 años y menores de 18. En el plano de las decisiones de las autoridades respecto de situaciones regulatorias concretas, esta situación fluida se manifiesta al enfrentar desafíos o contingencias tales como la así llamada píldora del día después, cuya administración queda entregada al consentimiento del menor involucrado sin que se requiera el consentimiento -ni informar- a sus padres.

En estas circunstancias, a la pregunta de cuáles son las reglas a las que deben conformarse los médicos en la atención de menores, podemos identificar los siguientes principios.

- 1.** En el caso de pacientes menores de edad, por regla general son sus padres quienes deben manifestar su consentimiento.
- 2.** Tratándose de mujeres menores de 12 años de edad y de varones menores de 14 años de edad, los impúberes, siempre serán sus padres, su adoptante o su representante legal quienes deberán manifestar su consentimiento informado para un tratamiento médico.
- 3.** Los niños (menores de 18 para estos efectos) tienen derecho a ser oídos. Concretamente, el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho de expresar su opinión y ser oído en todos los asuntos que le afecten, ello en función de la edad y madurez del niño. En el caso de mujeres y varones mayores de 12 y 14 años de edad respectivamente, pero menores de 18 años de edad (menores adultos), la legislación vigente les reconoce un margen de capacidad que debe siempre considerarse especialmente en aquellos casos legalmente determinados.
- 4.** Se presume que cualquiera de los padres está habilitado para expresar su consentimiento informado para el tratamiento médico de sus hijos menores de edad.

Denegación del consentimiento

Si el médico no tiene consentimiento del paciente para un determinado procedimiento, debe abstenerse de actuar, salvo en casos excepcionales que veremos más adelante. El paciente es libre de negarse a un determinado procedimiento por diversas consideraciones, y en principio no puede ser forzado al mismo.

En Chile existe un caso que ha sido fuente de abundante jurisprudencia en casos de negativa a tratamientos de pacientes, dado por casos de personas que por motivos religiosos se niegan a efectuar una transfusión de sangre. Si bien en principio hubo decisiones contradictorias hoy la jurisprudencia se ha inclinado por reconocer la libertad del paciente adulto de rechazar un determinado tratamiento.

Sin embargo en los casos en que son los familiares los que toman la decisión, ya sea por un menor o por un adulto, las Cortes acogen los recursos de protección interpuestos y autorizan proceder sin el consentimiento del paciente. Así se ha fallado.

- "la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público", procede asimismo rechazarla, por cuanto de acuerdo con lo manifestado por los médicos tratantes, se está frente a un caso médico debidamente analizado en que las quemaduras eran de tal riesgo para la vida del niño y estaba expuesto a contraer infecciones, frente a los cuales los padres del menor pierden la autonomía de decidir, y será el médico tratante, quien asuma la representación para hacer el tratamiento clínico que corresponda". Corte de Apelaciones de Iquique, año 2002.

- "que, la práctica de convicciones religiosas, de igual modo en el caso anterior, no autorizan para poner en riesgo la vida del que está por nacer(...)/ corolario de lo que se ha señalado, es que debe accederse a la presente acción constitucional y, conforme a ello, como medida de protección, proceder a transfundirla, solo en la medida que la recurrida se encuentre impedida de manifestar su voluntad de persistir en su negativa a tal procedimiento médico y sea imprescindible para asegurar su vida o salud física, o bien en el caso que el mismo sea igualmente imprescindible para garantizar la vida del hijo que está por nacer, considerando, en todo caso, la posibilidad de tratamientos alternativos idóneos para tales finalidades". Corte de Apelaciones de Rancagua, año 2008.

Principales excepciones al CI

Las principales excepciones al consentimiento se encuentran bien resumidas en el proyecto de ley de derechos del paciente:

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

b) En aquellos casos en las que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital y/o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable, ésta no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad, y no sea posible obtener el consentimiento de la persona que subrogue su decisión de acuerdo a lo establecido en el artículo siguiente.

c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se deberá tomar las medidas apropiadas sobre la base de lo que se conoce y de lo que es posible presumir acerca de la voluntad de la persona.

CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN MÉDICA

El principio de la confidencialidad de la información médica

Este principio encuentra su fundamento en disposiciones fundamentales de la Constitución Política de la República que garantizan el derecho de todas las personas al "respeto y protección a la vida privada" (Art. 19, 4º de la Constitución). La definición de la vida privada abarca "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo". No se discute que la información médica queda amparada por la protección a la vida privada.

En verdad, este principio encuentra fundamentos que incluso están más allá del texto constitucional pues corresponde a uno de los derechos fundamentales de la persona humana garantizados por todos los instrumentos internacionales sobre la materia y que son vinculantes para el estado de Chile. La propia Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada", disposición que se encuentra reproducida en los tratados internacionales sobre derechos humanos. A título de ejemplo, citamos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantiza que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada". Se puede observar en estos instrumentos dos elementos: primero una interdicción de "injerencias" en la vida privada y, segundo, una calificación de la interdicción cuando se señala que la injerencia prohibida es la "arbitraria". Esta última calificación indica que existen excepciones legítimas -no arbitrarias- a la confidencialidad. En los párrafos que siguen examinaremos cómo la ley chilena consagra el principio de la confidencialidad y, más adelante, las excepciones admitidas.

La Ley Chilena protege la confidencialidad

El ordenamiento jurídico chileno contiene disposiciones de diversa naturaleza (penal, civil, administrativa), diverso rango (constitucional, legal y reglamentario) y diversos destinatarios (profesionales, administración, prestadores e incluso fiscales y tribunales) destinados a proteger la confidencialidad de la información médica. Sin el ánimo de ser exhaustivos, a continuación se enumeran las disposiciones de mayor relevancia para los médicos y su quehacer profesional:

1. El titular de la información médica es la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal y siempre tendrá derecho a solicitar entrega de información (Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, Art 2. Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, DS 161, Art. 17). Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido clara:

"...sin lugar a dudas es el paciente el titular por excelencia de la información que se resguarda en cuanto es el llamado por la ley a renunciarla o no según su voluntad, lo que guarda una total coherencia con la institución del secreto profesional que lo que resguarda en esencia es la intimidad de las personas".

"...si la regla general contenida en el inciso primero del artículo 22 que sujeta la información a las disposiciones relativas al secreto profesional contempla abiertamente la posibilidad de renunciar por parte del paciente a esta reserva, se está indicando, por una parte, que la reserva aludida está establecida en su único y total beneficio y, por otra, que sin lugar a dudas es el paciente el titular por excepción de la información que se resguarda en cuanto es el llamado por la ley a renunciarla o no según su voluntad..." .

2. El médico que revele la información médica confidencial que se le hubiere confiado comete un delito sancionado con reclusión por el Código Penal (Art. 247).

3. Los fiscales, por mandato legal están empoderados para investigar posibles delitos, están autorizados para realizar todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos y pueden exigir información de toda persona. Con todos, no pueden si autorización judicial solicitar información confidencial a los médicos (Nuevo Código Procesal Penal, Artículo 9º).

4. Los médicos no están obligados a declarar como testigos respecto de la información médica confidencial en los procesos penales (Nuevo Código Procesal Penal, Artículo 303).

5. La información médica confidencial, los registros, libros, fichas clínicas y documentos en poder de clínicas y hospitales tienen el carácter de reservados y están sujetas a las disposiciones relativas al secreto profesional. (Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, DS 161, Art. 22 y 134).

6. Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados (Código Sanitario, Art. 127).

De acuerdo con la Ley Protección de la Vida Privada, la información médica corresponde a la categoría de los "datos sensibles" que gozan de la mayor protección.

Excepciones a la confidencialidad

La obligación del médico de guardar reserva es una obligación relativa y no absoluta. Hay casos en que el médico tiene incluso la obligación de revelar información médica. A continuación se enumeran las principales excepciones que contempla el ordenamiento jurídico chileno a la confidencialidad de la información médica:

1. Consentimiento del titular de los datos: Sólo con autorización legal o del titular de los datos el médico o el Director Médico puede comunicar a terceros ajenos a la relación clínica los datos personales sensibles de los pacientes. Si el titular es incapaz o menor de edad, serán sus representantes legales quienes deberán autorizar la revelación de la información. La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo. El receptor de los datos puede emplearlos únicamente

para los fines solicitados y que debieron ser informados al titular (Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada Art. 4, 5, 8).

2. Orden de un Tribunal: Como ya se señaló, los fiscales, por mandato legal están empoderados para investigar posibles delitos, están autorizados para realizar todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos y pueden exigir información de toda persona. Con todos, no pueden sin autorización judicial solicitar información confidencial a los médicos (Nuevo Código Procesal Penal, Artículo 9º).

3. Crímenes o simples delitos: Los médicos y jefes de hospitales o clínicas que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito están obligados a efectuar la correspondiente denuncia a la autoridad pública (Nuevo Código Procesal Penal, Artículo 175).

4. Informe de lesiones: El médico o la persona a cargo del hospital o clínica, debe dar cuenta al fiscal de la entrada de cualquier lesionado de significación (Nuevo Código Procesal Penal: Artículo 200).

5. Enfermedades Transmisibles: Los médicos que asistan a personas que padezca de una enfermedad transmisible sujetas a declaración obligatoria, están obligados a informar a la autoridad sanitaria (Código Sanitario; Art. 20. Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles de Declaración Obligatoria; DTO. N° 158/04; Publicado en el Diario Oficial de 10.05.05). Igual obligación existe respecto de los enfermos venéreos contagiosos que se nieguen a seguir el tratamiento necesario (Código Sanitario; Art. 39) y de los enfermos venéreos (Código Sanitario; Art. 40, Reglamento sobre enfermedades de transmisión sexual; DTO. 362, de 1983, modificado por Dto. N° 294/84, Minsal, D.OF. 10.11.84).

6. Intoxicaciones con Pesticidas (Dto. N° 88, de 2004, Publicado en el Diario Oficial de 05 de 10 de 2004).

7. El médico está facultado para utilizar la información médica en la medida en que ello se justifique por necesidad de consultar a otros médicos cuando la formulación de su diagnóstico, el tipo de enfermedad o tratamiento lo requieran (Código de Ética del Colegio Médico de Chile Artículo 44), para defenderse de una acusación por parte de su cliente siempre que diga relación directa con su defensa (Código de Ética del Colegio Médico de Chile Artículo 11), para informar a su abogado bajo secreto profesional (Código Penal, Art. 231).

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Tal como señalamos en la introducción del presente texto el aumento de las reclamaciones por mal praxis ha crecido en forma exponencial en los últimos años, poniendo en riesgo no sólo el prestigio del profesional involucrado sino que también su patrimonio, el cual se puede ver afectado incluso en aquellos casos en que

sea absuelto ya que sólo los costos de defensa judicial pueden ser considerables.

Una forma de resguardar el patrimonio del médico es mediante la contratación de seguros de responsabilidad civil existentes en el mercado. El seguro de responsabilidad civil es aquel en que el asegurador se obliga a proteger el patrimonio del asegurado toda vez que éste sea amenazado por un tercero que reclama una indemnización. La póliza no se limita a proteger al asegurado de las indemnizaciones, sino que además otorga defensa judicial al asegurado.

En el caso específico de la póliza de responsabilidad médica la cobertura se extiende a la responsabilidad civil incurrida por el asegurado, en caso de error, negligencia o equivocación en la prestación de los servicios propios de la profesión, durante el período de vigencia de la póliza. Para que proceda la indemnización la acción u omisión negligente debe traducirse en daños corporales o patrimoniales para terceros.

La póliza también señala los casos que no encuentran cobertura, las principales exclusiones son:

- 1.** No se cubren los actos cometidos con dolo. Es decir cuando intencionadamente se causa un daño. La póliza no ampara la responsabilidad que deriva de hechos de terceros dependientes o empleados.
- 2.** Hechos que no digan relación con el actuar profesional del médico.
- 3.** Servicios profesionales prestados bajo la influencia del alcohol o las drogas.
- 4.** La póliza excluye los daños y perjuicios causados por productos elaborados por firmas ajenas al asegurado, aunque hayan sido entregados por éste a los clientes o parientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.** Guerrero Z. Jose, Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios. Editorial Lex Nova S.A. 5^a Edición; 224.
- 2.** Szanthó P Gyorgy, Definiciones respecto al error en medicina, Rev. méd. Chile vol.129 n.12 Santiago Dec. 2001.
- 3.** Goic, Alejandro. "El Fin de la Medicina", Pág. 140.
- 4.** Corte Suprema, 1 de octubre de 1998.
- 5.** Corte Suprema, 30 de marzo de 2009.
- 6.** Achával, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico, pág. 25.
- 7.** Corte Apelaciones de Rancagua, 6 julio de 2009.
- 8.** Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de Enero de 2003.
- 9.** Existen también tipos especiales en donde la intervención del médico se encuentra expresamente sancionada como en el delito de aborto contemplado en el artículo 345 Código Penal.
- 10.** Artículo 229 del Código Procesal Penal "La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados."
- 11.** Artículo 247 Código Procesal Penal
- 12.** Aprueba Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud
- 13.** El nuevo Código de Ética del Colegio Médico de Chile, señala: "Artículo 25. Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente. En caso de procedimientos diagnósticos o terapéuticos que entrañen un riesgo significativo para el paciente, el médico le proporcionará información adicional de los beneficios y riesgos del mismo, con el fin de obtener su consentimiento específico, imprescindible para practicarlos.

Artículo 26. Es recomendable que el facultativo consigne siempre el consentimiento del paciente por escrito, debiendo proceder necesariamente de esta forma cuando dicho consentimiento sea exigido por la ley".

14. Mensaje N° 223-35 julio 26 de 2006: Proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Artículo 15.

15. Cea José Luis, Derecho Constitucional Chileno, página 178.

16. Naturalmente, la confidencialidad de la información médica tiene una dimensión ética que es abordada por Nuevo Código de Ética del Colegio Médico de Chile:

"Artículo 29. El secreto profesional es un deber inherente al ejercicio de la profesión médica y se funda en el respeto a la intimidad del paciente, quien devela información personal, en la medida que ésta es útil para el tratamiento de su enfermedad.

Artículo 30. En la relación entre médico y paciente es condición indispensable asegurar la confidencialidad de toda información que surja en la atención profesional, siendo el médico responsable de su cautela. Este deber se extiende a todos aquellos documentos en que se registren datos clínicos, diagnósticos, terapéuticos y pronósticos. Esta información confidencial puede ser entregada cuando es solicitada por el paciente o cuando él lo autorice. Cuando se requiera la asistencia de otros profesionales, deberá solicitarse al paciente su consentimiento para transmitir esta información.

Artículo 31. El médico debe guardar confidencialidad de toda información relativa a su paciente, ya sea que la obtenga de un relato verbal de aquél, o en virtud de los exámenes o intervenciones

quirúrgicas que le practique.

El secreto profesional incluye, además, el nombre del paciente y constituye para el médico una obligación que debe respetar, incluso, después de concluidos sus servicios profesionales, o una vez fallecido el paciente.

Artículo 32. El facultativo deberá siempre adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para cautelar la confidencialidad de la información recibida, debiendo procurar que sus colaboradores mantengan discreción y guarden la misma confidencialidad."

17. Corte Suprema. Libro de Registro de Sentencias de Protección, Libro III, Noviembre, 1997.

18. Corte. Suprema. Libro de Registro de Sentencias de Protección, Libro III, Noviembre, 1997.

Los autores declaran no tener conflictos de interés, en relación a este artículo.