

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100069

La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso

*Hugo Cárdenas Villarreal**

RESUMEN

Los deberes de información y el consentimiento informado han ido cobrando relevancia en el contexto de la responsabilidad médica. Este trabajo revisa las exigencias que impone el nuevo paradigma de la relación médico-paciente en materia de consentimiento informado, y centra su análisis en las hipótesis de responsabilidad por el incumplimiento de estas. Se sostiene que para una resolución armónica de los problemas que se identifican cuando existe responsabilidad por su incumplimiento, es necesario hacer una sistematización de los casos, distinguiendo si se trata de casos de negligencia simple o doble; y si existe o no daño corporal.

Responsabilidad médica; consentimiento informado; derecho a la autodeterminación y autonomía del paciente

*Liability in the consent era: non informed risks,
non consented resections and others rising hipotesis*

ABSTRACT

The information duties and the informed consent have been gaining more and more relevance in the medical liability context. This paper reviews the requirements that the new paradigm imposes on the doctor-patient relationship, regarding the informed consent field, and focuses its analysis on the consequences of their breach. It is held that to give an harmonic resolution to the problems in the liability hypothesis for breach of these duties, it is necessary to do a systematization of the cases, distinguishing between "simple negligence cases" and "double negligence cases", and between the cases with bodily harm and non bodily harm.

Medical malpractice; informed consent; self determination and patient autonomy

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Asistente, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0262-922X>. Correo electrónico: hcardenas@derecho.uchile.cl

Este trabajo se enmarca en el proyecto FONDECYT de iniciación N° 11201117 "La teoría de la pérdida de la chance en el derecho chileno de daños", del que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 14.6.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

Los deberes de información que tienen los prestadores médicos para con sus pacientes se tratan, generalmente, a propósito de una etiqueta que ha conocido la fama: el consentimiento informado. La diferente nomenclatura se explica, simplemente, según el lado de la relación a la que se preste atención: los “deberes de información” son un antecedente necesario del “consentimiento informado”; si el médico no informa oportunamente al paciente, no puede existir un consentimiento real por parte de este último¹.

No obstante lo anterior, conviene tener presente desde el inicio la distinción entre: (i) la información que tiene fin terapéutico o preventivo respecto del estado del paciente; y (ii) la información que tiene por finalidad que el paciente consienta informadamente (válidamente) un tratamiento². La distinción es importante porque permite visualizar de entrada que, en el ámbito de la información, hay dos grandes núcleos de interés que entran en juego: el interés en la autodeterminación del paciente (derecho a decidir), por un lado; y, el interés del paciente en recibir un tratamiento médico diligente, por otro.

En Chile, hasta bien entrado el último decenio, el tema prácticamente era desconocido para la jurisprudencia, y no había merecido el interés de una doctrina especializada que permanecía más pendiente de lo que, con algo de impropiedad del lenguaje, podríamos denominar la conducta técnica de los facultativos³. Sin embargo, a partir de la publicación de la Ley N° 20.584 de 2012 que reguló los derechos y deberes de los pacientes (en adelante LDDP) la situación empezó a cambiar. Y aunque siempre se puede hacer más, es un hecho que hoy existe un cuerpo considerable de doctrina y jurisprudencia respecto de la materia⁴, y ya no es extraño encontrar un apartado acerca de incumplimiento de obligaciones de información en los reclamos que llegan a las instancias de mediación y a los tribunales de justicia.

En términos generales, el tema presenta ciertos problemas que dicen relación con la determinación del contenido de la información y el medio con la que debe ser entregada; con la prestación del consentimiento en casos de pacientes con características especiales (*v. gr.*, menores de edad o personas en situación de discapacidad de origen intelectual); y con la identificación de la o las personas que están obligadas a entregar y custodiar la información. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, los principales problemas

¹ En relación con la distinción entre deber de informar y el consentimiento informado: VALLESPINOS y OSSOLA, 2010, pp. 205 y ss.

² En el derecho comparado véase: STAUCH, 2008; DEUTSCH y SPICKHOFF, 2008; y AGÓN, 2017. En el derecho nacional, la distinción puede encontrarse en DE LA MAZA, 2010a; y PARRA, 2020.

³ Advértase que la bibliografía jurídica chilena que se había dedicado específicamente al tema antes del 2012, prácticamente se reducía a los trabajos de DOMÍNGUEZ, 2001; MIRANDA, 2006; BRANTT, 2008; FIGUEROA, 2010; DE LA MAZA, 2010a; y DE LA MAZA, 2010b.

⁴ Daremos cuenta de la jurisprudencia en la medida en que se vayan abordando los distintos problemas. Respecto de la literatura jurídica (civil), desde la publicación de la LDDP, han abordado el tema del consentimiento informado: FIGUEROA, 2012; PARRA, 2013; CORNEJO y VALLEJO, 2014; WHAL, 2014; LIRA, 2014; PIZARRO, 2015; DE LA MAZA, 2017; LEIGHTON, 2018; PARRA *et al.*, 2018; PIZARRO, 2018; PARRA y RAVETLLAT, 2019; PARRA, 2020, ESPARZA-REYES *et al.*, 2020; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021; DOMÍNGUEZ, 2021.

pasan por esclarecer las etapas del acto médico en las que el facultativo debe entregar información al paciente, así como la finalidad con que esa información se entrega; con la posibilidad de reconocer como una hipótesis de daño la sola afectación del derecho a ser informado; y, en términos generales, con la manera de establecer la vinculación causal entre la hipótesis de daño de la que se trate y el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de los deberes de información.

En este trabajo nos hemos propuesto como objetivo abordar los principales problemas que genera el tema desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Sostendremos que el cambio de paradigma que la relación médico-paciente ha experimentado en los últimos años exige que todos los deberes de información que tienen los médicos sean considerados como parte de la *lex artis*; que la vulneración de la autonomía del paciente es un daño que debe ser indemnizado con independencia de que se vincule con una afección corporal; y que, aun habiéndose ejecutado el tratamiento de manera diligente, la verificación de determinados riesgos (no informados) podrán imputarse objetivamente al facultativo mediante el criterio de la “suficiencia de la información”.

En lo estructural, el trabajo está dividido en dos partes. En la primera, analizaremos el régimen de los deberes de información médica (en especial, del consentimiento informado en Chile), y delimitaremos el problema a la luz de los desarrollos del nuevo paradigma de la relación médico-paciente (participativo-informativo). En la segunda parte haremos una taxonomía de los distintos tipos de casos que se han presentado en la jurisprudencia nacional, y analizaremos críticamente las distintas soluciones que se han planteado tanto por la doctrina como en la propia jurisprudencia.

I. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL NUEVO PARADIGMA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

En una muy apretada síntesis, cuando se habla de cambio de paradigma en el ámbito del consentimiento se quiere poner de manifiesto que, en los últimos años, se ha evolucionado de un modelo de relación médico-paciente “paternalista” a un modelo “participativo-informativo”. En el primero, el médico decide lo que es más conveniente para el paciente, guiado por el principio de beneficencia; mientras que, en el segundo, se reconoce el derecho de la persona a ser parte de las decisiones en materia de salud⁵.

En el nuevo modelo se construye sobre el principio de autonomía del paciente. Como tempranamente consignaron Beauchamp y Childress, se trata de una autonomía que comprende (como mínimo) la capacidad de los pacientes para regirse por sus propias decisiones. Y ello implica tener libertad respecto de constricciones externas e internas,

⁵ En relación con el cambio de paradigma véase: COUCEIRO, 1999, pp. 99 y ss.; COUCEIRO, 2012, p. 147; BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2013, pp. 99 y ss. En Chile véase: PARRA, 2013, pp. 207-213; y PARRA, 2019, pp. 141 y ss.

lo que –a su vez– hace necesario que los pacientes tengan una comprensión adecuada de las circunstancias que determinan su decisión⁶.

Como se trata de informar al paciente, naturalmente que la carga de informar recaerá en la parte médica de la relación. De esta manera, como se verá en el siguiente apartado, el tránsito hacia el nuevo modelo ha visto cómo el catálogo de los deberes de información que pesan sobre los facultativos se ha ido engrosando cuantitativa y cualitativamente.

Aparte de lo recién referido, la importancia de reconocer una nueva idea central (paradigma), radica en la necesidad que emerge con ella de acometer los desarrollos teóricos que permitan explicar (y predecir) la realidad a base de esa nueva idea⁷. Por lo mismo, si nos tomamos en serio el llamado paradigma de la autonomía, es de esperar que empecemos a descubrir nuevos problemas disciplinares, y –sobre todo– que empecemos a dar nuevas soluciones a los viejos problemas.

1. *Información preventiva e información asentiva: una distinción fundamental*

Ya adelantamos que una de las consecuencias del asentamiento del paradigma de la autonomía es que el catálogo de los deberes de información que tienen los prestadores médicos se ha visto engrosado cuantitativa y cualitativamente. Para que esa afirmación se entienda a cabalidad, es necesario distinguir entre la llamada información clínica, terapéutica o preventiva, por una parte; y de la que llamaremos, a falta de un mejor nombre, información asentiva, por otra.

Por un lado, cuando se habla de información terapéutica o preventiva se está hablando de la información que tiene por finalidad principal instruir al paciente (o la persona que lo cuida) para que coopere con el tratamiento de salud que esté recibiendo⁸. Esta información se suele tratar en el marco del deber consejo médico y puede incluir, por poner algunos ejemplos, la indicación de hacer ciertos ejercicios después de una intervención quirúrgica o la dosis en que se debe ingerir un medicamento.

Por otro lado, se puede distinguir con claridad la información que el médico debe proporcionar al paciente con la finalidad de que este concurra, mediante su asentimiento o consentimiento, a la decisión de someterse a uno u otro tratamiento⁹. Normalmente se entiende que comprende la información del diagnóstico, el curso del proceso, y los riesgos de la intervención. Este tipo de información se suele tratar en el marco de los

⁶ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2013, pp. 99 y ss.

⁷ KUHN, 2006, pp. 20 y ss.

⁸ Esta distinción véase en: LAUF y UHLENBRUCK, 1999, pp. 460 y ss.; y DEUTSCH, 1999, pp. 84 y ss. En Chile esta distinción es recogida por: DE LA MAZA, 2010b, y PARRA, 2020, pp. 104-105. Actualmente, mediante el concepto de información terapéutica, se busca establecer un deber de información en la industria farmacéutica. Amarilla, 2003, p. 1

⁹ JARAMILLO, 2002, pp. 221 y ss.

requisitos de validez del consentimiento¹⁰ y de las causales de justificación (específicamente, por la intromisión en la integridad física del paciente)¹¹.

Como se aprecia, los dos tipos de información responden a finalidades muy diferentes y, podría decirse, que son el arquetipo de la información del paradigma paternalista y del paradigma de la autonomía, respectivamente. Así las cosas, se podría decir que hasta la aparición en escena del modelo de la autonomía los médicos solo tenían deberes de información (consejo) de carácter terapéutico o preventivo y, por lo mismo, la aparición del nuevo modelo trajo consigo un aumento cuantitativo de los deberes de información (ahora a los deberes preventivos se deben sumar los deberes asentivos).

Cualitativamente hablando, la evolución se explica en atención al tipo de bien jurídico que cada modelo pretende proteger. En el paradigma “paternalista”, no cabe duda de que el interés a proteger es la integridad física y psíquica de los pacientes; mientras que en el modelo “participativo informativo”, además de la integridad física y psíquica de los pacientes, se busca proteger con igual intensidad la autonomía de los pacientes.

La distinción recién referida es fundamental para responder la pregunta (también fundamental) por la vinculación entre los dos tipos de información y la *lex artis médica*. Al respecto, parece que no hay discusión acerca de la pertenencia de los deberes de información terapéutica. Sin embargo, ciertos fallos (como el que revisamos más arriba) y alguna doctrina parecen sostener la idea de que los deberes de información asentiva no pertenecen a la *lex artis* médica. En este orden de ideas, ha sostenido Agón López, que la información terapéutica forma parte del deber asistencial del médico y que “si se infringe esa información se puede afectar la *lex artis* (...). Diferente es la información que permite que el consentimiento informado sea válido”¹².

Respecto de este asunto, nos parece que si nos tomamos en serio la vigencia del modelo de la autonomía del paciente no se puede sino entender que la información asentiva forma parte, al igual que la información terapéutica, de los deberes de información que están a cargo del médico. De lo anterior que no pueda predicarse –con apego a la lógica– que “un acto médico fue realizado correctamente, pero no fue debidamente consentido por el paciente”. Bajo la razón del paradigma de la autonomía, tan parte del acto médico es la información asentiva como la terapéutica y, por ello, la infracción de ambos tipos de deberes supone una infracción a la *lex artis* médica apta para comprometer la responsabilidad del facultativo, en caso de que se acredite el resto de los extremos del juicio de responsabilidad.

La tesis recién expuesta es pacífica en el derecho comparado¹³ y, parece ser la tendencia en la doctrina especializada¹⁴ y en la jurisprudencia nacional. En este sentido

¹⁰ JARAMILLO, 2002, pp. 221 y ss. El autor sostiene que existen dos fases en las que interviene la voluntad jurídica del paciente: (i) la fase de formación del contrato médico; y (ii) la fase de ejecución del mismo.

¹¹ Véase, AGÓN, 2017, p. 26.

¹² AGÓN, 2017, p. 27. En el mismo sentido LÓPEZ-CHAPA, 2007, pp. 221 y ss.

¹³ Véase en Reino Unido: *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, y en España: Tribunal Supremo, 23.02.2005, 1610-2005.

¹⁴ HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, p. 18. En el mismo sentido: PARRA, 2020, pp. 112-113.

se dejó escrito en *Pastor con Goñi* que dejó dicho que “(...) el médico infringió la *lex artis*, toda vez que no obró con la debida diligencia y cuidado cuando decidió hacer la resección del nervio facial de un tumor del tipo Schwannoma y, que para tal determinación, era necesario contar con la autorización de la paciente o al menos de sus familiares (...)”¹⁵. En el mismo sentido, en *Sánchez con Ibáñez* la Corte Suprema sostuvo que “entre los componentes de la *lex artis*, se ha dicho, está precisamente aquel a que se refiere la recurrente, esto es, la comunicación de los riesgos del tratamiento al paciente”¹⁶.

Por cierto que, desde el punto de vista de la responsabilidad, entre los dos tipos de información que venimos analizando, la que más problemas presenta es la que tiene por finalidad conseguir el consentimiento del paciente. Por ello, el legislador introdujo algunas reglas que conviene revisar someramente antes de adentrarnos en los problemas que presentan los diferentes tipos de casos que ha enfrentado la jurisprudencia chilena.

2. *La positivación del modelo de la autonomía en Chile: para que el consentimiento sea informado, la información debe ser “suficiente”*

En abril del 2012 fue publicada la LDDP. Se trata de un texto que le dedicó un párrafo completo a los deberes de información (párrafo 5°); y otro (párrafo 7°), específicamente, al derecho a la autonomía del paciente. Aunque con muchos años de retraso respecto de otras jurisdicciones¹⁷, con esta regulación se afirma que el ordenamiento chileno consagró positivamente el modelo participativo-informativo de la relación médico-paciente.

Específicamente, en el artículo 14 se reguló el deber de información que hemos llamado asentiva bajo la denominación “consentimiento informado”. En lo que aquí interesa, la regla citada estableció que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”. Y en el inciso segundo agregó que “este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para ello será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible.

A partir de la regulación mencionada, la doctrina y la jurisprudencia han ido requiriendo que la información asentiva debe ser veraz, oportuna, comprensible, adecuada, y suficiente¹⁸. Y aunque todos los requisitos tienen su importancia, no hay duda de que la pregunta más importante que se debe despejar dice relación con la suficiencia de la

¹⁵ 12° Juzgado Civil de Santiago, 29.08.2005, rol C-4421-2001. Este pronunciamiento fue confirmado por la Corte Suprema el 26 de enero de 2012. Corte Suprema, 26.01.2012, rol 8352-2009.

¹⁶ Corte Suprema, 15.06.2015, rol 11078-2014, considerando 7°.

¹⁷ Por ejemplo, en EE.UU. los primeros desarrollos fueron a mediados del siglo XX. Véase STAPLES y MOULTON, 2006, p. 437

¹⁸ Un desarrollo de estos requisitos en el derecho nacional puede verse en: MIRANDA, 2006, pp. 39 y ss.; BRANTT, 2008, pp. 505 y ss.; FIGUEROA, 2010, pp. 199 y ss.; DE LA MAZA, 2010b, pp. 89 y ss.; FIGUEROA, 2012, pp. 1347 y ss.; PARRA, 2013, pp. 1578 y ss.; WHAL, 2014, pp. 8-14; LIRA, 2014, pp. 23-27; PIZARRO, 2015, pp. 97 y ss.; LEIGHTON, 2018, pp. 175-203; PIZARRO, 2018, pp. 909-912; PARRA, 2020, pp. 101 y ss.; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, p. 19; y DOMÍNGUEZ, 2021, pp. 649 y ss.

información. En términos generales, se trata de determinar el contenido de la información que se debe entregar al paciente para que este pueda ejercer su derecho a decidir si someterse o no a un tratamiento; y, en términos específicos, se trata de determinar cuáles son los riesgos que el facultativo debe informar.

En los ordenamientos pertenecientes al círculo de derecho anglosajón, el problema se resuelve por referencia a dos estándares o parámetros: el estándar basado en el médico (*physician-based standard*), por un lado; y el estándar basado en el paciente (*patient-based standard*), por otro. Así, en el Reino Unido y en aproximadamente la mitad de las jurisdicciones de Estados Unidos se utiliza el estándar basado en el paciente. Según este estándar —que en EE. UU. fue fijado en *Canterbury v. Spence*, y en U.K en *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*—, el médico debe informar “todos los riesgos materiales”. Y un riesgo será considerado material, si se estima que una persona razonable, en la posición del paciente, tomaría en consideración ese riesgo (o conjunto de riesgos) al momento de decidir si someterse o no a un tratamiento¹⁹.

En los ordenamientos pertenecientes al círculo de derecho romano la cuestión se suele plantear en torno a la necesidad de informar los riesgos que se pueden asociar a una intervención en atención a si, por una parte, los mismos son (o no) comúnmente asociables al tratamiento; y, por otra, a si los riesgos son más o menos graves. En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha sostenido que la información será suficiente cuando se haya informado de “todos los riesgos frecuentes”, y de “todos los riesgos graves” (sean o no frecuentes)²⁰.

En Chile, respecto de lo que aquí se analiza, la doctrina parece inclinarse por la solución que exige informar los riesgos típicos de la intervención (más o menos graves) y aquellos riesgos infrecuentes que se consideren graves²¹. Aunque aún escasa, la jurisprudencia parece seguir la misma línea²².

II. DISTINTOS CASOS, DISTINTOS PROBLEMAS, DISTINTAS SOLUCIONES

Una de las principales debilidades que se pueden advertir en muchos de los estudios que se han dedicado al tema de los deberes de información y al consentimiento informado, es que discuten el tema de forma abstracta²³. Al no distinguir los diferentes

¹⁹ *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 784 (D.C. Cir. 1972). Para una detallada síntesis de la evolución jurisprudencial en EE.UU., véase: STAPLES y MOULTON, 2006, p. 445.

²⁰ Cass. 1er civ., 2.10.2002. Ahora bien, este criterio fue flexibilizado por el Código de Salud Pública del mismo país, que indicó que se tienen que informar los riesgos frecuentes, y los riesgos serios normalmente predecibles. *Code de la Santé Publique*, artículo 1111-2.

²¹ Entre otros: LARRAÍN, 2004, p. 228; PARRA, 2013, pp. 1580 y ss.; WHAL, 2014, p. 20; PIZARRO, 2015, pp. 103 y ss.; PIZARRO, 2018, p. 910; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, pp. 20-21.

²² Véase, *Wageman con Vidal*. Corte Suprema, 28.01.2011, rol 5849-2009, considerando 15°, sentencia de reemplazo.

²³ Una temprana excepción a esta aproximación se observa en DE LA MAZA 2010a y 2010b.

tipos de caso, no se advierte con la claridad que sería necesaria, que los mismos generan problema de índole distinta y que, por lo mismo, requieren distintas soluciones.

Por lo anterior, en lo que sigue haremos una taxonomía de los distintos tipos de casos que, hasta la fecha, exhibe la jurisprudencia nacional. La clasificación se hará a base de dos criterios: primero, distinguiremos los casos según si la transgresión de la *lex artis* que supone el defecto de información va acompañada (o no) de una negligencia técnica en la ejecución del tratamiento no consentido; y, luego, distinguiremos cada supuesto según si en el caso se verificó (o no) un daño corporal.

1. *Casos de transgresión simple de la lex artis: hay negligencia en la recabación del consentimiento, pero el tratamiento fue ejecutado correctamente*

Bajo esta rúbrica revisaremos aquellos casos en los que existe una infracción al consentimiento informado en el contexto de una intervención técnicamente bien ejecutada. Sin duda, desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil, se trata del tipo de casos que más problemas genera. Entre estos, tendrán especial relevancia aquellos que dicen relación con la vinculación causal entre la negligencia y el daño demandado.

Como ya se advirtió, conviene, a su vez, distinguir cada uno de estos supuestos según se haya verificado (o no) un daño corporal. Esta distinción nos permitirá formular dos preguntas fundamentales. Por un lado, podríamos preguntarnos si corresponde indemnizar la sola lesión a la autodeterminación del paciente; y, por otro, si en los casos en los que existe daño corporal y daño a la autodeterminación, corresponde otorgar dos partidas indemnizatorias diferenciadas.

1.1. Intervenciones no consentidas con daño corporal

En el grupo de casos de intervenciones no consentidas que generan daño corporal se pueden distinguir, a su vez, dos subconjuntos: por un lado, están los casos en los que el paciente resulta dañado a consecuencia de la realización de un riesgo que no le fue informado (debiendo serlo) cuando se recabó el consentimiento para la intervención; y, por otro, aquellos casos en los que el paciente resulta dañado a consecuencia de la realización de un riesgo que no le fue informado cuando se recabó el consentimiento para la intervención, porque sobrevino durante la misma.

Aunque en los subgrupos de casos recién referidos el principal problema será determinar si, de haber sido informado, el paciente hubiese consentido la intervención; el momento en que se manifiesta el riesgo hace que surjan algunas diferencias que conviene tratar por separado.

a) Casos en los que se verifica un riesgo no informado y asociado a la intervención programada

Se trata de supuestos en los que el paciente sufre un daño corporal producto de la verificación de un riesgo no informado. Es el tipo de más frecuente aparición en la

práctica y, en lo que aquí interesa, el problema más relevante que genera dice relación con la posibilidad de vincular causalmente la falta del consentimiento con los daños corporales derivados de la verificación de un riesgo no informado.

Respecto de este asunto, en el derecho comparado se observan al menos dos modelos de solución. Así, se pueden distinguir el modelo que podríamos denominar de “presunción hipotética negativa” del consentimiento del paciente, por una parte; y el modelo de la “presunción hipotética positiva” del consentimiento del paciente, por otra.

Pertencen al primero, las jurisdicciones en las que se presume que el paciente no habría autorizado la intervención de haber sido informado del riesgo que se realizó y, por lo mismo, solo admitirán como excusa liberatoria la prueba –que estará a cargo del médico–, de que el paciente habría dado su consentimiento para que se le realizara la intervención, de haber sido informado oportunamente del riesgo que, finalmente, se realizó (consentimiento hipotético negativo). Entre los ordenamientos que participan de este modelo se pueden mencionar el derecho alemán y el derecho español²⁴. En ellos, al funcionar a base de una presunción negativa, si el médico no logra probar que el paciente habría dado su consentimiento para que se le realizara la intervención, se dará por acreditado completamente el vínculo causal, y se indemnizarán todos los daños corporales relacionados con el riesgo que se verificó.

Por su parte, pertenecen al segundo modelo las jurisdicciones en las que se presume que el paciente habría autorizado la intervención de haber sido informado del riesgo que se verificó y, por lo mismo, corresponderá al paciente acreditar que no se habría sometido a dicha intervención, para hacer responsable al médico. Un ejemplo paradigmático de este modelo se puede ver en jurisdicción del derecho francés. En ella, es el paciente quien debe acreditar que no se habría sometido a la intervención de haber sido informado de los riesgos relacionados. Sin esta prueba no se dará por acreditado el vínculo causal y, por lo mismo, no se indemnizarán los daños corporales relacionados con el riesgo que se verificó²⁵.

En Chile, la cuestión ha sido abordada escuetamente y de manera, más bien, poco sistemática. De hecho, la mayoría de los trabajos respecto del consentimiento informado no tratan el tema de la responsabilidad que su transgresión puede generar, ni los problemas que se han presentado en los diferentes casos conocidos por la jurisprudencia. No obstante lo anterior, por lo que aquí interesa, la doctrina nacional se puede clasificar a base de dos criterios: primero, respecto de su adscripción a alguno de los dos modelos probatorios ya referidos; y, segundo, respecto de la integridad de la reparación de los daños que se puedan vincular causalmente con el defecto de información de que se trate.

²⁴ Acerca del funcionamiento de este modelo en Alemania véase: FINN, 2016, pp. 60-63 y STAUCH, 2008, p. 117. En un diferente sentido, la jurisprudencia española ha sostenido que el consentimiento informado funciona como un instrumento de distribución de riesgos, por lo que si no existe consentimiento o no se otorga toda la información sobre los riesgos de un procedimiento, entonces el paciente no pudo haber aceptado los riesgos, los que deben ser asumidos íntegramente por el médico. Una reconstrucción de las diversas tendencias jurisprudenciales en España véase en AGÓN, 2017, pp. 279 y ss.

²⁵ Véase: VINEY y SARGOS, 2012, pp. 1121 y ss.

Respecto del primer criterio, en la doctrina chilena Domínguez Águila y Larraín Paez parecen adscribir al modelo de la “presunción hipotética positiva”²⁶; mientras que Corral Talciani, Barros Bourie y De La Maza, defienden con claridad el modelo de la “presunción hipotética negativa”²⁷. En palabras de Barros, “una vez que se encuentra acreditado que el médico no dió la información debida, este puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente”²⁸. Respecto del segundo criterio (integridad de la reparación), aunque con diferentes fundamentos, autores como Larraín Paez y Pizarro Wilson parecen considerar que solo se debe indemnizar la “pérdida de la oportunidad de evitar los daños”²⁹. Por otro lado, autores como Hernández Paulsen y Chahuán Zedán consideran que en este tipo de casos debiera indemnizarse todo el daño que estos autores identifican con la materialización del riesgo no informado³⁰.

Respecto de los temas aquí tratados, la jurisprudencia nacional aún es escasa y poco reflexiva como para poder extraer alguna tendencia. Sin embargo, al menos en *Tienken con Clínica Las Condes* la Corte de Apelaciones de Santiago pareció razonar dentro del modelo de la “presunción hipotética positiva”. En el caso la Corte rechazó la demanda considerando que los documentos acompañados por la parte demandante eran insuficientes “(...) para tener por demostrado que ese empeoramiento es consecuencia del incumplimiento del deber de información en que incurrieron los demandados”³¹. Respecto del segundo criterio (integridad de la reparación), en la jurisprudencia chilena se observan dos líneas diferentes de argumentación. Así, por un lado, están las sentencias en las que parece estarse indemnizado solo la vulneración de la autodeterminación del paciente, al otorgar una partida indemnizatoria aduciendo que se habría perdido una chance “de decidir”; y, por otro lado, están las sentencias en las que parece estarse indemnizando la lesión de la integridad física y psíquica, al otorgar una indemnización a título de daño moral, pero vinculando el mismo con el sufrimiento y la angustia que la materialización del riesgo le ocasionó al paciente.

Un ejemplo de los primeros casos referidos en el párrafo precedente es *Franzinetti con Hospital de la Fuerza Aérea*. Allí, la paciente perdió ambos pezones como consecuencia de una infección que se produjo en el marco de una intervención de reducción mamaria. Al resolver el caso, la Corte Suprema sostuvo “(...) que al no haberse informado a la paciente sobre el riesgo que la operación conllevaba y sobre el cual se ha hablado extensamente más arriba, esta perdió la oportunidad o posibilidad de optar por no someterse a aquella,

²⁶ DOMÍNGUEZ, 2001, p. 331. LARRAÍN, 2004.

²⁷ CORRAL, 2003; BARROS, 2006; y DE LA MAZA, 2010a y 2010b.

²⁸ BARROS, 2006, p. 686.

²⁹ LARRAÍN, 2004, p. 227; PIZARRO, 2015, p. 119; PIZARRO, 2018, p. 911; DOMÍNGUEZ, 2021, p. 669 y ss.

³⁰ HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, pp. 22-23. Por otra parte, hay doctrina que no plantea su posición de forma clara pero que parece inclinarse por indemnizar todos los daños corporales vinculados con el riesgo no informado. DE LA MAZA, 2010a, y DE LA MAZA, 2010b.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 18.06.2015, rol 5396-2014, considerando 7°. Confirmada por Corte Suprema, 28.09.2015, rol 10519-2015.

o buscar otros tratamientos alternativos para su dolencia”³². Conviene tener presente que en el caso se concedió una indemnización de \$ 4.000.000, a título de daño moral. Un ejemplo de los segundos casos referidos en el párrafo precedente es *Wagemann con Vidal*. En este, la paciente se sometió a una cirugía de reducción mamaria luego de la cual sus pezones quedaron ubicados de manera notoriamente asimétrica. Al resolver este caso, la Corte sostuvo que se indemnizaba la “afectación anímica o psíquica ocasionada a la demandante, traducida en la aflicción, angustia, preocupación y molestias que ha padecido en relación directa con el resultado de la praxis del demandado, como asimismo, el impacto natural en sus intereses extrapatrimoniales vinculados a su desarrollo físico”³³. Conviene tener presente que en este caso se concedió una indemnización de \$ 30.000.000, a título de daño moral.

En una muy apretada síntesis, puede decirse que la doctrina chilena se inclina por el modelo de de la “presunción hipotética negativa” en el que la carga de la prueba de lo que el paciente hubiera decidido le corresponde al médico; y que, respecto del daño indemnizable cuando se verifica un riesgo no informado, aún se debate entre otorgar una indemnización que cubra íntegramente la materialización del riesgo no informado o otorgar una indemnización a título de pérdida de una chance (aunque el manejo conceptual de la categoría no permite extraer con claridad si se refieren a la “chance de decidir” o a la “chance de evitar el daño”). Como se ha visto, el problema en la jurisprudencia recién se ha empezado a ver y, por lo mismo, es pronto para sacar conclusiones.

En nuestra opinión, un tratamiento racional de este tipo de casos exige que se siga el modelo de “presunción hipotética negativa”, por un lado; y que, por otro, en lo que dice relación con los daños extrapatrimoniales, se otorgue una partida indemnizatoria orientada a reparar la lesión al derecho a la autodeterminación del paciente (daño incorporeal), y otra (u otras) orientada a reparar los daños en que se materializó el riesgo no informado (debiendo serlo).

El modelo de “presunción hipotética negativa” tiene ventajas comparativas que recomiendan su utilización. En primer lugar, ese modelo permite proteger de mejor manera los derechos de los pacientes, al poner la carga de la prueba del consentimiento hipotético en el médico. Esta solución es razonable, si se tiene presente la asimetría de información que existe en la relación médico-paciente, y que los facultativos dispondrán de mayores recursos para demostrar lo que razonablemente hubiera hecho un paciente de características análogas. Además, al funcionar en base a un razonamiento que tiene un esquema declaradamente presuntivo, tiene la ventaja de facilitar la prueba del vínculo de causalidad entre la omisión de la información y los daños en que el riesgo se materializó, sin recurrir a otros expedientes —como la pérdida de la chance de evitar un

³² Corte Suprema, 01.06.2020, rol 29094-2019, considerando 12°. Este es el único caso en el que la jurisprudencia ha hecho uso de la pérdida de una chance para indemnizar casos de infracción al consentimiento informado.

³³ Corte Suprema, 28.01.2011, rol 5849-2009, considerando 31°.

mal—, que se han venido utilizando últimamente, y algo descontroladamente (hay que decirlo), para facilitar la prueba de la causalidad en el ámbito médico³⁴.

Con respecto a la extensión de la reparación, ya adelantamos que nos parece importante que se otorgue una partida indemnizatoria para reparar el daño incorporal que sufrió la persona del paciente (lesión del derecho de autodeterminación), y otra (u otras) orientada a reparar los daños corporales en que se materializó el riesgo no informado. Lo anterior, porque a ello nos empuja el principio de la reparación integral del daño; si ya se acreditó la causalidad entre la negligencia y los daños en que se materializó el riesgo, no existe ninguna razón normativa para excluir la indemnización. Además, y he aquí lo más importante, porque reparar ambas afectaciones con partidas indemnizatorias diferenciadas es una exigencia lógica del paradigma participativo-informativo, y nos permitirá consolidar el derecho a la autodeterminación de los pacientes. Otra cosa, además de violentar la constitución, simplemente equivaldría a negar la autonomía de los pacientes en el mismo corazón de la era del consentimiento.

b) Casos en los que se verifica un riesgo que surgió durante la operación y no fue informado: la extralimitación del facultativo

Se trata aquí de casos que se dan mientras el médico se encuentra realizando una intervención consentida por el paciente, cuando sobrevienen circunstancias imprevistas que lo ponen ante la disyuntiva de realizar (o no) un procedimiento que está indicado en la *lex artis*, para el cual no tiene la autorización del paciente. Deberá decidir si toma el riesgo para sí y continúa con la intervención, o si la detiene para recabar el consentimiento del paciente trasladándose así los riesgos de la intervención. En estos casos, el problema radica tanto en determinar el límite de la actuación de los médicos ante el advenimiento de circunstancias imprevistas, como en determinar la extensión de los daños por los que se debe responder en estas hipótesis.

En el derecho comparado este tipo de casos se trata de forma conjunta con los casos de verificación de un riesgo no informado, ya que se considera que en ambos casos existe un defecto de la información³⁵. No obstante lo anterior, la cuestión de los límites de la actuación médica ante situaciones imprevistas es un elemento que únicamente se encuentra en este tipo de casos, y, por lo mismo, nos pareció oportuno darle un tratamiento particular y diferenciado.

Aunque el supuesto prácticamente no ha sido atendido por la doctrina nacional, si podemos encontrar alguna jurisprudencia que se ha pronunciado respecto de este tipo de problemas. Y, si bien es pronto para hablar de tendencias jurisprudenciales, si encontramos pronunciamiento de los tribunales en que, ante situaciones no previstas en el consentimiento original, se ha sostenido que el médico tiene el deber de detener el procedimiento para informar al paciente y obtener su autorización. En este sentido puede

³⁴ BLÜMEL, 2022, pp. 50 y ss.

³⁵ Véase FINN, 2016, p. 60.

verse en *Pastor con Goñi*. En el caso, en el marco de una operación para la extracción de un tumor. El médico removió la masa a pesar de que esta se encontraba en una posición mucho más compleja (y de difícil acceso) de la que los exámenes habían previsto. A pesar de que no le había informado a la paciente de los posibles riesgos de extraer un tumor que se encontraba en esta posición, el médico decidió igualmente extraerlo, lesionando el nervio facial, y provocándole una parálisis facial permanente. Uno de los fundamentos de la demanda es que la paciente había prestado su consentimiento para la resección del tumor, a través del procedimiento que habían conversado y convenido, pero que la operación que finalmente realizó el médico entrañaba riesgos diferentes (mucho más graves), que la paciente no había aceptado.

Al conocer de este caso, la sentencia de la primera instancia concluyó que, a pesar de que no había existido ninguna negligencia técnica en el procedimiento, "(...) el médico se apartó de la *lex artis* al hacer la resección, ya que esta requería de la autorización de la paciente o su familia, por los mayores riesgos que significaba"³⁶.

La decisión a la que arribaron los tribunales en este caso parece correcta. La principal función del consentimiento informado es dar legitimidad a una acción que, de no mediar la voluntad del paciente, sería considerada una agresión ilegítima. La actual regulación del consentimiento informado (regida por el paradigma participativo-informativo), solo permite la actuación médica sin el consentimiento del paciente en hipótesis calificadas, como lo es el riesgo vital del paciente.

Parece entonces, que una respuesta armónica con la regulación legal (y el paradigma que rige la relación médico paciente) exige que el procedimiento médico siempre sea consentido y, que por lo tanto, el límite de la actuación del médico estará dado por la voluntad del paciente. Cualquier actuación del médico que se desvíe del programa obligacional consentido originalmente por el paciente debe considerarse como una extralimitación y, por lo tanto, una actuación no consentida. En estos casos, para ajustarse a la *lex artis*, el prestador médico tendrá que detener la intervención, informar al paciente, y obtener su consentimiento para el nuevo plan de tratamiento.

1.2. Intervenciones no consentidas solo con daño in-corporal

Lo característico de estos casos es que se produce una indiscutida negligencia en la recabación del consentimiento (no hay consentimiento informado), pero no se materializa ninguno de los riesgos que debieron haber sido informados, ni se incurre en ninguna negligencia técnica que pueda relacionarse con un daño corporal. Este tipo de casos se ha perfilado como una hipótesis en ascenso en los últimos años y, en términos técnico-jurídicos, plantea la interrogante sobre si la sola vulneración al derecho de la

³⁶ Corte Suprema, 26.01.2012, rol 8352-2009, considerando 3°. Un caso análogo, pero resuelto de manera diferente es *Fernandez con Clínica las Condes*. En este caso, a pesar de sostenerse que el consentimiento informado no incluía la posibilidad de resección del útero de la paciente, el juzgador sostuvo que el médico no requería consentimiento adicional, toda vez que presumió que la paciente sabía que esto podía suceder, por el historial médico que tenía. 15° Juzgado Civil de Santiago, 08.09.2011, rol C-5291-2009, considerando 51°.

autodeterminación constituye o no un daño indemnizable. Se podría decir que estamos solamente ante daños incorporales.

En el derecho comparado, esta no es una cuestión pacífica. Así, un sector de la doctrina se inclina por rechazar de plano la posibilidad de indemnizar la sola vulneración del derecho a la autodeterminación. Los que se sitúan en esta postura exigen como requisito *sine qua non* para que se pueda otorgar una indemnización que en los hechos se haya verificado un daño corporal³⁷. Sin embargo, otra parte de la doctrina y la jurisprudencia en el horizonte comparado ha sostenido que la sola vulneración de la autodeterminación sí debiera ser indemnizada, toda vez que se trata de un interés tutelado con independencia de las lesiones a la integridad física o psíquica³⁸.

En Chile, aunque las más recientes investigaciones han hecho notar que se trata de dos hipótesis dañosas diferentes cuya indemnización debe otorgarse a través de partidas diferentes³⁹, también existe un sector autorizado de la doctrina que se ha manifestado contrario a esa posibilidad⁴⁰. Respecto de la jurisprudencia, aunque todavía es demasiado pronto para hablar de tendencias, veremos enseguida como, al menos en dos oportunidades, los tribunales han tenido que resolver el dilema de indemnizar sin que en los hechos se haya verificado “propriadamente” un daño corporal.

En nuestra opinión, la vulneración (solo o acompañada) del derecho del paciente a decidir sobre su cuerpo y condición de salud constituye un daño in-corporal que debe indemnizarse. Y ello –básicamente–, por dos razones. La primera, es que el argumento de los que se oponen no parece del todo correcto, porque se construye sobre una premisa difícilmente aceptable, esto es, que la indemnización del daño moral exige como requisito *sine qua non* que el que lo reclama haya sufrido un daño en su cuerpo. La segunda, es que la reparación de la dignidad del paciente que se ha visto afectada por la vulneración de su derecho a la autodeterminación no es más que una consecuencia lógica de la operación del principio de la reparación integral del daño en el paradigma de la autonomía que, supuestamente, describe y dirige la relación médico paciente en el derecho contemporáneo.

Con todo, no se puede desconocer que la indemnización de un daño de naturaleza in-corporal (porque afecta la dimensión intelectual de la persona) genera nuevos y espinosos problemas que deberán ser afrontados de manera particular. Y en este contexto, nos parece que sería útil distinguir (al menos inicialmente) dos grupos de casos dentro de la categoría de las indemnizaciones no consentidas que tiene como consecuencia un daño in-corporal. Así, por un lado, se podrían tratar casos de actuaciones médicas fuera de los límites del consentimiento que tienen un resultado “técnicamente” exitoso (o

³⁷ Véase: ATAZ, 1985, p. 54; GALÁN, 2004, pp. 1 y ss; GARCÍA, 2006, p. 827.

³⁸ RIBOT, 2007, p. 59; LLAMAS POMBO, 2010, p. 54; XIOL, 2012. Véase Tribunal Supremo Español, 12.04.2016, 29680-2016. En el mismo sentido: Tribunal Supremo Español, 13.05.2011, 44711-2011; y Tribunal Supremo Español, 26.03.2012, 34727-2012.

³⁹ PARRA, 2020, p. 114.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ, 2021, pp. 669 y ss. También se muestran contrarios a otorgar una indemnización por la sola vulneración del derecho a la autodeterminación del paciente HERNÁNDEZ y CHAHUAN, 2021, p. 23.

en los que no puede hablarse propiamente de daño corporal); y, por otro lado, aquellos casos de muy común ocurrencia en la práctica en los que –simplemente– se obtiene la aquiescencia del paciente para la intervención sin informar adecuadamente de los riesgos, pero no se materializa ningún daño asociado a esos riesgos no informados.

Como veremos a continuación, esta distinción nos permitirá analizar algunos casos que han sido resueltos por la jurisprudencia nacional, en los que parece haberse concedido una indemnización por la ola afectación a la autodeterminación.

a) Casos de actuaciones médicas fuera de los límites del consentimiento con resultado técnicamente “exitoso” o “inocuo”

Dentro de esta categoría podemos situar los casos de intervenciones médicas no autorizadas por los pacientes pero que les “aprovechan” y las resecciones no-consentidas de órganos, en las que convendrá distinguir según el estado en que se encontraba el órgano referido. Así, si el médico resecciona un órgano funcional, entonces nos encontramos ante una situación de doble negligencia (en el consentimiento y en el diagnóstico) que tuvo como consecuencia, además, un daño corporal. En ese caso hay acuerdo generalizado en que se debería una indemnización, y solo sería problemático determinar si se debería dar una partida indemnizatoria autónoma por la vulneración de la autodeterminación del paciente. Por otro lado, si el órgano reseccionado por el médico no era funcional o, incluso, si se trataba de un órgano afectado por una enfermedad, entonces podría entenderse que no se habría producido un daño corporal. Y, de comprenderse así el supuesto, habría que preguntarse si el paciente debería ser indemnizado por la resección no consentida.

Respecto de las intervenciones médicas no autorizadas por los pacientes pero que les “aprovechan” el ejemplo es otro que el célebre caso Beraud. En este, el entonces ministro de la Corte Suprema Lionel Beraud se sometió a una intervención quirúrgica que tenía como objetivo insertar una prótesis en su cadera izquierda pero, debido a un error en la preparación del paciente, terminaron por insertársela en la cadera derecha. Si bien el caso tiene múltiples aristas de estudio, en lo que aquí interesa, la Corte Suprema sostuvo que el consentimiento del sr. Beraud era para la operación de su cadera izquierda, por lo que la operación de la cadera derecha no fue consentida y, por lo tanto, no había contrato sobre esta.

Podría sostenerse que el paciente no sufrió “propiamente” un daño corporal, puesto que la operación de la cadera derecha también debía realizarse en unos meses más. La operación resultó “exitosa” desde el punto de vista técnico y, efectivamente, tiempo después se realizó la otra intervención. De allí que no se podría decir, “propiamente”, que la actuación médica le causó un daño corporal al ministro Beraud. Sin perjuicio de lo anterior, el ministro demandó una indemnización y la Corte Suprema estimó que sí existió un daño consistente en la vulneración de su autodeterminación⁴¹.

Respecto de los casos de resecciones no consentidas de órganos no funcionales, la jurisprudencia chilena no ha tenido la oportunidad de pronunciarse. Sin embargo, en la

⁴¹ Corte Suprema, 20.06.1996, rol 33393-1995.

actualidad, el 8° Juzgado Civil de Santiago se encuentra conociendo un caso en el que una paciente fue intervenida con el objeto de extraer la endometriosis adherida a sus órganos reproductivos. Durante la operación los médicos estimaron que los ovarios se encontraban en malas condiciones y decidieron extraerlos sin contar con la autorización de la paciente.

Por cierto, que la prueba resultará fundamental para determinar la extensión de los daños indemnizables pues, lógicamente, variará según se determine la funcionalidad o disfuncionalidad de los ovarios. Pero, en cualquier caso, si se prueba que no se contaba con el consentimiento de la paciente, nos parece innegable que se habría producido una grave afectación de la autonomía de la paciente, y que no hay razones de peso para no indemnizarla. Por el contrario, en *De Frutos con Fisco de Chile* la Corte Suprema validó una indemnización por el sufrimiento generado por la conculcación de su derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva⁴², expresando que en esta materia “el derecho y deber de información posee una intensidad superior a la que presenta y es exigible en otras prestaciones médicas”⁴³.

b) Casos en los que no se informan todos los riesgos que debieron informarse, pero no se materializa daño alguno

Probablemente la hipótesis de la rúbrica sea la más común en una práctica nacional, puesto que en ella persiste el uso de formularios de consentimientos informados genéricos, sin expresión de riesgos, ni alternativas de tratamiento (todas estas exigencias de la Ley N° 20.584). Ya hemos visto que la intervención sin información afecta la autonomía de los pacientes, sin embargo, probablemente debido a que en muchísimos casos las intervenciones resultan exitosas o sin consecuencias negativas apreciables, prácticamente no se presentan demandas reclamando la indemnización de la referida afectación.

No obstante práctica referida, especulativamente podríamos preguntarnos si estos casos, en lo que indudablemente se afecta la autonomía de los pacientes, tienen alguna particularidad que recomiende no conceder una indemnización. Y, aunque no se dice explícitamente, parece que ante estos casos existe cierto recelo de que se arme una industria de la litigación en contra de los facultativos que, finalmente, podría acabar perjudicando a los propios pacientes.

Nos parece que cuando la doctrina se opone a la procedencia de indemnizar “la sola vulneración del derecho a la autodeterminación” está pensando en este tipo de supuestos y, específicamente, en evitar el efecto referido en el párrafo precedente. Como ya hemos adelantado, si se demanda y se prueba la afectación del derecho no vemos razones fuertes para no indemnizar el daño in-corporal que se le causa al paciente cuando se recaba su consentimiento sin informarle de los riesgos a los que se le expondrá.

⁴² Corte Suprema, 27.09.2021, rol 44150-2020, considerando 16°. La Corte Suprema sostuvo que en materia de salud sexual y reproductiva los deberes de información se agravan, por lo que se debe informar todo tipo de riesgos y métodos complementarios.

⁴³ Corte Suprema, 27.09.2021, rol 44150-2020, considerando 6°.

La regulación de la reparación y el control de una eventual industria de la litigación en estos casos debe canalizarse a través de la fijación de la cuantía de las indemnizaciones y no negando en términos conceptuales la procedencia de la indemnización. Y es que, como ya hemos repetido varias veces, negar la indemnización es lo mismo que negar la existencia del derecho a la autodeterminación de los pacientes; y esa es una postura que no es consistente con el paradigma decisorio.

2. *Casos de doble transgresión de la lex artis: negligencia en la recabación del consentimiento y negligencia en la ejecución del tratamiento*

En muchos de los casos que se presentan en la actualidad concurren negligencias vinculadas al deber de recabar el consentimiento informado con y negligencias técnicas. A efectos de mantener la simetría del argumento, también distinguiremos dentro de estos casos, aquellos casos donde existe daño corporal, de aquellos en los que se verifica exclusivamente un daño in-corporal.

2.1. Casos de doble transgresión con daño corporal

Como se verá a continuación, la vinculación de los daños con uno de los dos tipos de negligencia que concurren genera interesantes problemas que conviene ver por separado.

a) Casos de daño corporal provocado exclusivamente por la negligencia en la recabación del consentimiento

En aquellos casos en los que existe daño corporal pero no podemos vincular dicho daño a la negligencia técnica del facultativo, entonces puede ser que el perjuicio sufrido por el paciente esté vinculado con la falta de información. De ser así las cosas, esta hipótesis sería –prácticamente– idéntica a la tratada en el punto 1.1 de este trabajo y, por lo mismo, valga aquí lo dicho en esa sección.

b) Casos de daño corporal provocado exclusivamente por la negligencia técnica

En aquellos casos en los que existe un daño corporal que puede ser atribuido causalmente a una negligencia técnica, se nos presenta un posible problema de infracobertura de daños, porque la afectación del derecho a la autonomía, que también tiene lugar, pasa a un segundo plano, cuando no resulta derechamente invisibilizada.

Por diferentes razones, la doctrina nacional ha calificado este tipo de casos como “casos fáciles”. Según esta doctrina, ello se explica porque, desde la perspectiva de la responsabilidad, no se presentan los mismos problemas causales o de extensión de los daños que ya revisamos precedentemente⁴⁴. Ahora bien, la baja complejidad de estos

⁴⁴ DE LA MAZA, 2010a, pp. 130 y ss.

supuestos es solo aparente, ya que la existencia de una negligencia técnica no elimina la pregunta por los daños vinculados con la infracción de los deberes de la información que también se verifican en el caso.

Una buena muestra de lo referido puede verse en *Torres con Servicio de Salud de San Felipe*. En los hechos, la paciente acudió al Hospital para realizarse una reducción mamaria bilateral, procedimiento que finalmente terminó con la extracción completa de sus dos mamas (mastectomía bilateral). Con posterioridad, el médico tratante le explicó a la paciente que hizo la mastectomía porque creyó haber visto un tumor maligno. En la demanda sostuvo que la paciente nunca dio su consentimiento para la mastectomía bilateral y, además, que el médico no indicó ningún examen prequirúrgico para descartar la presencia de cáncer.

La sentencia de primera instancia, que fue confirmada por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema⁴⁵, sostuvo que en el caso no se contó con el consentimiento de la paciente para realizar la mastectomía. Además, indicó que en el caso se verificó una negligencia técnica, ya que el médico debió haber ordenado exámenes preoperatorios para descartar cáncer, y no debió haber realizado la extracción sin haber tenido el resultado de la biopsia de tejidos. A pesar de que la sentencia de primera instancia dio por acreditada tanto la infracción al deber de información como la negligencia técnica⁴⁶, el daño moral que se otorgó solo hizo referencia al sufrimiento de la víctima por el daño corporal, y no vinculó ninguna partida a la afectación de la autonomía de la paciente.

Como se puede apreciar, en el caso la discusión se centra, únicamente, en la incorrección técnica del procedimiento y los daños vinculados, mientras que la infracción al consentimiento informado no pasa de ser más que un agregado dentro de la negligencia “principal” del médico⁴⁷.

Si se quiere ser coherente con el paradigma participativo-informativo esta jerarquía de negligencias (y de daños) debe cambiar. La aplicación del nuevo paradigma debe significar que, en la práctica, ya no sea admisible considerar que las negligencias (y los daños) vinculadas con los procedimientos técnicos sean más graves que las vinculadas con el cumplimiento de los deberes de información.

Lo anterior también significa, que no pueden dejar de reparar aquellos daños vinculados con la vulneración a la autonomía por el solo hecho de que, en el caso, la vinculación causal entre los daños corporales demandados y la negligencia es de más fácil determinación. Lo anterior equivaldría a que el paciente no fuera reparado integralmente, y que no se le reconociera a la autodeterminación del paciente su estatus de derechos.

Para poder diferenciar todos los daños que se indemnizan (y evitar que existan supuestos en los que queden ciertos daños sin indemnización) sería útil contar con partidas diferenciadas en las que se indique qué afectación indemnizan y a qué título. Ello

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12.07.2013, rol 449-2013; Corte Suprema, 30.01.2014, rol 9006-2013.

⁴⁶ 2° Juzgado de Letras de Los Andes, 24.12.2012, rol C-131-2010.

⁴⁷ En el mismo sentido: Corte Suprema, 27.06.2013, rol 2332-2012; Corte Suprema, 10.03.2016, rol 21373-2015; Corte Suprema, 09.06.2016, rol 7402-2016; y Corte Suprema, 21.02.2018, rol 18172-2017.

permitiría garantizar la reparación integral de los pacientes, y evitar que se invisibilicen las lesiones incorporales que éstos sufren.

2.2. Casos de doble negligencia solo con daño in-corporal

Un segundo tipo de casos son aquellos en los que, a pesar de existir una doble negligencia, el paciente no sufre “propia” un daño corporal. Dentro de este tipo distinguiremos aquellos casos en que el daño in-corporal se vincula causalmente con la recabación del consentimiento informado; de aquellos en los que el daño in-corporal se vincula con la negligencia técnica.

a) Casos de daño incorporal vinculado con la negligencia en la recabación del consentimiento informado

En aquellos casos en los que existe un daño incorporal pero no se puede vincular con la negligencia del facultativo, entonces puede ser que el perjuicio sufrido por el paciente esté vinculado con la falta de información. De ser así las cosas, esta hipótesis sería –prácticamente– idéntica a la tratada en el punto 1.2 de este trabajo y, por lo mismo, valga aquí lo dicho en esa sección.

b) Casos de daño incorporal provocado por la negligencia técnica

Un último y particular tipo de casos de doble transgresión se da cuando el paciente ve lesionada su autonomía, a consecuencia de una negligencia técnica. Usualmente, este tipo de casos no es tratado dentro de los trabajos que se relacionan con el consentimiento informado pues, en estricto rigor, no existe ninguna infracción a los deberes de información. Sin embargo su tratamiento en esta sede reviste una radical importancia, pues permite advertir cómo el cambio de paradigma que está operando transformó un caso simple de negligencia médica, en un caso ícono de la afectación a la autonomía.

Se trata de los supuestos de anticoncepciones fallidas en los que, a consecuencia de una negligencia médica en la instalación de un mecanismo anticonceptivo, se produce un embarazo no deseado. Lo importante de este tipo de casos es que ante la dificultad que supone comprender el nacimiento de una criatura como un daño corporal, la doctrina generó una justificación basada en la autonomía reproductiva del paciente, dando de esta manera uno de los mejores ejemplos de cómo la sola afectación del derecho a la autodeterminación puede ser efectivamente considerado un daño.

En nuestro medio el mejor ejemplo de este tipo de reconocimiento puede verse en *Rosas con Servicio de Salud de Chiloé*. En el caso, la señora Rosas solicitó que la esterilizaran durante la cesárea que se le practicó para el nacimiento de su tercer hijo. Luego de la operación el médico le manifestó que la había esterilizado pero algunos meses después la señora Rosas presentó un nuevo embarazo. Luego de algunos meses la paciente descubrió que estaba embarazada nuevamente, por lo que demandó al Servicio de Salud.

En el caso, cuya sentencia quedó firme después de un pronunciamiento de la Corte Suprema, se consideró que efectivamente se había vulnerado la autonomía y la

autodeterminación sexual y reproductiva de la demandante, por lo que se condenó al Servicio de Salud de Chiloé a pagarle una indemnización de \$ 15.000.000 por concepto de daño moral, monto que con posterioridad la Corte de Apelaciones aumentó a \$ 35.000.000.

Como se puede apreciar, la lesión a la autonomía de los pacientes como daño indemnizable no es extraña para la jurisprudencia chilena y, por lo mismo, el desafío que tenemos por delante parece tener que ver más con el desarrollo dogmático de la noción a la luz del paradigma dominante.

CONCLUSIONES

1. En los últimos años, se ha evolucionado de un modelo de relación médico-paciente de corte “paternalista” a un modelo “participativo-informativo”. El nuevo modelo se construye sobre el principio de autonomía del paciente y, por lo mismo, la información es clave. Tanto la información asentiva como la información terapéutica son partes del acto médico y, por tanto, la infracción de ambos tipos de deberes supone una infracción a la *lex artis* médica.
2. Uno de los principales problemas que genera la omisión del consentimiento informado tiene que ver con la vinculación causal con los riesgos que se materializaron. Su solución pasa por determinar si, de haber sido informado, el paciente hubiese consentido la intervención. Ante dicho problema, el modelo de la “presunción hipotética negativa” tiene ventajas comparativas que recomiendan su utilización. Por un lado, ese modelo permite proteger de mejor manera los derechos de los pacientes, al poner la carga de la prueba del consentimiento hipotético en el médico; y, por otro lado, al funcionar en base a un razonamiento que tiene un esquema declaradamente presuntivo, tiene la ventaja de facilitar la prueba del vínculo de causalidad entre la omisión de la información y los daños en que el riesgo se materializó, sin recurrir a otros expedientes, como la pérdida de la chance de evitar un daño.
3. Es necesario realizar un tratamiento diferenciado de los diferentes casos que se puedan presentar. La vulneración del derecho del paciente a decidir sobre su cuerpo y condición de salud constituye un daño in-corporal que debe indemnizarse. La reparación de la dignidad del paciente que se ha visto afectada por la vulneración de su derecho a la autodeterminación no es más que una consecuencia lógica de la operación del principio del principio de la reparación integral del daño.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÓN, Juan, 2017: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Madrid: Wolters Kluwer,
- AMARILLA, Manuel, 2003: La información terapéutica, un concepto que involucra a todos los agentes del sector. Disponible en: <https://eupharlaw.com/historico/noticias/DM19062003.pdf>. [Fecha consulta: 28.04.2022]

- BEAUCHAMP, Tom y Childress, James, 2001: *Principles of biomedical ethics* (5° edición), Oxford: University Press.
- BLÜMEL, Florencia, 2022: *La pérdida de una chance en la responsabilidad civil médica. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago: Rubicón.
- CHAN, Sarah, Tulloch, Ed, Cooper, Sarah, Smith, Andrew, Wojcik, Wojtek, Norman, Jane, 2017: "Montgomery and informed consent: where are we now", *BMJ (Clinical research ed.)*, N° 357, pp. 357-359. Disponible en: <https://www.bmj.com/content/bmj/357/bmj.j2224.full.pdf>. [Fecha de Consulta: 02.05.2023]
- COUCEIRO, Azucena, 1999: *Bioética para clínicos*, Madrid: Triacastela.
- COUCEIRO, Azucena, 2012: *La relación clínica: historia, modelos instrumentos y retos* en Bioética clínica, en Beca, Juan Pablo, y Astete, Carmen (Coord.), Santiago: Editorial Mediterráneo.
- DE la Maza, Íñigo, 2010a: "Consentimiento informado y relación de causalidad", *Cuadernos de análisis jurídico. Colección de derecho privado VI, U. Diego Portales, Santiago*, pp. 127-144.
- DE la Maza, Íñigo, 2010b: "Consentimiento informado, una visión panorámica", *Revista Ius et Praxis*, año 16, N°2, pp. 89-120.
- DE la Maza, Íñigo, 2017: "Consentimiento informado: un poco de realismo". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXX, N° 2, pp. 111-131.
- DEUTSCH, Erwin y Spickhoff, Andreas, 2008: *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*. Springer: Berlín.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, 2001: "Comentario de jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 210, año LXIX, pp. 327-331.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, 2021: "La exigencia de consentimiento informado como hipótesis de responsabilidad civil: su regulación en Chile" en Lepin, Cristián y Stitckin, Nicolás (directores), *Estatutos especiales de responsabilidad civil*, Santiago: Tirant Lo Blanch, pp. 649-673.
- ESPARZA-REYES, Estefanía, Beltrán, Víctor, y Beltrán, Pamela, 2020: "La obligación de informar y el consentimiento informado en odontología: una mirada crítica más allá de la regulación normativa", *Acta Bioethica*, vol. 6, N°2, pp. 195-204.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2012: "Consentimiento informado en la nueva ley de derechos y deberes de los pacientes", *Revista Médica Chile*, N° 140, pp. 1347-1351.
- FINN, Markus, 2015: "Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, pp. 55-75.
- GARCÍA, María, 2006: "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en Llamas, Eugenio (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo I*, Madrid: La Ley, pp. 823 y ss.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Chahuán, Felipe, 2021: "Consentimiento informado en las prestaciones de salud", *Acta Bioethica*, vol. 27, N° 1, pp. 17-25.
- JARAMILLO, Carlos, 2002: *Responsabilidad civil médica. La relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá: Pontificia Universidad Javierana.
- LAUF, Adolf y Uhlenbruck, Wilhelm, 1999: *Handbuch des Arztrechts*, München: Beck.
- LIRA, Francisca, 2014: "El deber de informar al paciente por parte del equipo de salud en la ley 20.854", en Milos, Paulina y Corral, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios, Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 23-27.
- LLAMAS, Eugenio, 2010: "Daño moral por falta de información de tratamientos médicos alternativos", *Práctica de Derecho de Daños*, N° 82.
- LÓPEZ-CHAPA, Sara, 2007: *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona: Bosch.

- MIRANDA, Francisco, 2006: "Algunas consideraciones en relación con el denominado consentimiento informado", en Chomalí, May y Mañalich, Jaime (editores), *La desconfianza de los impacientes*, Santiago: Editorial Mediterráneo, pp. 39 y ss.
- PARRA, Darío, 2013: "La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado", *Revista Médica Chile*, Nº 141, pp. 1578-1583.
- PARRA, Darío, 2020: "Los deberes de información en el ámbito médico. Configuración, contenido y autodeterminación del paciente", en Pianovsky, Carlos y Rosenvald, Nelson (coordinadores), *Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil*, Brasil: Editorial Foco, pp. 105-116.
- PARRA, Darío, Mendoza, Pamela, y Concha, Ricardo, 2018: "La necesidad terapéutica como criterio para determinar el contenido de las obligaciones del médico", *Revista Jurídicas*, vol. 15, nº 1, pp. 154-170.
- PARRA, Darío y Ravetllat, Isaac, 2019: "El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud", *Revista Ius et Praxis*, año 25, Nº3, pp. 215-248.
- PIZARRO, Carlos, 2015: "En oposición al consentimiento hipotético informado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 44, Nº1, pp. 97-120.
- PIZARRO, Carlos, 2018: "Actualidad del deber de informar en Chile", *Revista Médica de Chile*, vol. 146, pp. 909-912.
- RIBOT, Jordi, 2007: "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado*, Año 91, Mes 6, pp. 29-62.
- STAPLES, Jaime y Moulton, Benjamin, 2006: "Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making", *American Journal of Law & Medicine* 32, no. 4, pp. 429-502.
- STAUCH, Marc, 2008: *The law of medical negligence in England and Germany*, Oxford: Hart Publishing.
- VINEY, Geneviève y Sargos, Pierre, 2012: "Le devoir d'information du médecin", *Revue des contrats*, núm. 3, pp. 1104 y ss.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, sentencia de 27 de septiembre de 2021, rol 44150-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 1 de junio de 2020, rol 29094-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de abril de 2020, rol 19022-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 21 de febrero de 2018, rol 18172-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de 10 de marzo de 2016, rol 21373-2015.
- CORTE Suprema, sentencia de 9 de junio de 2016, rol 7402-2016.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de septiembre de 2015, rol 10519-2015.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de enero de 2015, rol 6350-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 15 de junio de 2015, rol 11078-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2014, rol 9006-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 31 de julio de 2013, rol 4327-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de junio de 2013, rol 2332-2012.
- CORTE Suprema, sentencia de 2 de octubre de 2013, rol 4325-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 26 de enero de 2012, rol 8352-2009.
- CORTE Suprema, sentencia de 28 de enero de 2011, rol 5849-2009.
- CORTE Suprema, sentencia de 15 de noviembre de 2010, rol 3779-2010.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de noviembre de 2006, rol 757-2006.
- CORTE Suprema, sentencia de 20 de noviembre de 2002, rol 4837-2011.
- CORTE Suprema, sentencia de 20 de junio de 1996, rol 33393-1995.