



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso
Chile

Pizarro Wilson, Carlos

En oposición al consentimiento hipotético informado

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLIV, enero-junio, 2015, pp. 97-120

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173641334003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

EN OPOSICIÓN AL CONSENTIMIENTO
HIPOTÉTICO INFORMADO*
[Against the Hypothetical Informed Consent]

Carlos PIZARRO WILSON**
Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

RESUMEN

El trabajo describe el reconocimiento del deber de informar al paciente su fundamento y contenido, tanto en doctrina como según los tribunales de justicia, a fin de explicitar el problema del “consentimiento hipotético informado”, que coloca a la víctima-paciente en una posición abstracta y permite presumir su voluntad respecto a la intervención cuyo riesgo accidental se verificó. El trabajo controvierte y rechaza esa teoría, pues deja sin indemnización un genuino daño,

ABSTRACT

This work describes the obligation to inform patients about its grounds and content, both according to the doctrine as well as the courts of justice, in order to address the problem of the “hypothetical informed consent”, which gives victims-patients an abstract context and allows to presume their will regarding the intervention, even if the accidental risk has been verified. This work questions and rejects that theory, because the damage inflicted is not compensated according

RECIBIDO el 30 de abril y ACEPTADO el 29 de mayo de 2015

* Este trabajo forma parte del proyecto regular Fondecyt N° 1130171. Agradezco a Andrés Schlack, quien me hizo observaciones y aclaraciones desde el derecho penal al mismo problema planteado aquí.

** Profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Doctor en derecho por la Universidad de Paris II (Panthéon-Assas). Dirección postal: República 105, Santiago, Chile. Correo electrónico: carlos.pizarro@udp.cl

asumiendo al paciente como un ente abstracto, desconociendo su autonomía y negando el estricto fundamento causal que ostenta la infracción del médico, al no haber informado del riesgo verificado.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado – Consentimiento hipotético – Responsabilidad médica.

to said theory, which considers patients as an abstract entity, ignoring their autonomy, and also denies the strict causal basis of the physician's malpractice for not having informed of the verified risk.

KEYWORDS

Informed Consent – Hypothetical Consent – Medical Liability.

I. INTRODUCCIÓN

El deber de informar a cargo de los médicos tiene un reconocimiento legal, cuyo contenido, si bien aparece delineado en la Ley N° 20.584, no resulta especificado en cuanto a qué riesgos corresponde informar al paciente. Este derecho a ser informado aparece cuestionado o excluido si se acepta la teoría del consentimiento hipotético, en términos que si logra admitirse que el paciente habría igualmente aceptado la intervención asumiendo el riesgo no procede indemnización alguna a su favor. En este trabajo se cuestiona esta teoría abogando por su rechazo, al estimar que reduce a migajas el derecho a ser informado, lesionando el derecho a decidir del paciente, banalizando sus particularidades y presumiendo un consentimiento por una vía de razonamiento ficticia.

Luego de identificar el deber de informar, denunciando el vacío en torno a los precisos riesgos que corresponde informar, proponiendo cuáles debieran ser, se expone la teoría objeto de crítica denominada consentimiento hipotético o conducta alternativa lícita, lo que da paso a las críticas y razones por las cuales debiera desecharse asumiendo que existe un daño indemnizable.

II. EL DEBER DE INFORMAR EN LA LEY Y REGLAMENTOS

Han existido esfuerzos doctrinales dirigidos a otorgar fisonomía al consentimiento informado en el ámbito médico, en el derecho civil y en menor medida en el derecho penal¹. Con posterioridad a dichos trabajos

¹ DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado, una visión panorámica*, en *Ius et Praxis*, 16 (2010) 2, pp. 89 ss.; DE LA MAZA, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2010), pp. 127 ss.; BRANTT, Marfa Graciela, *Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabili-*

alguna agua ha corrido, tanto a nivel de los tribunales como en terreno legislativo. Por una parte, la Ley N° 20.584 reconoció en forma explícita el derecho a la información de los pacientes a cargo de los prestadores públicos, privados, institucionales y personas naturales². También, es posible constatar en los tribunales algunas sentencias que han reconocido y aplicado el derecho del paciente a ser informado³.

La citada Ley N° 20.584 vino a reconocer un deber que si bien no aparecía en términos formales reconocido por el legislador, nadie dudaba de su existencia en toda relación entre un médico y su paciente, bastando recurrir a la buena fe en su función integradora⁴.

En lo que atinge a este trabajo resulta relevante considerar el artículo 10 inciso 1º de la Ley N° 20.585, el que dispone: “*Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional*”.

dad por su incumplimiento, en *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008), pp. 505 ss.; TAPIA, Mauricio, *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (Valdivia, 2003), pp. 95-96; LARRAÍN, Cristián, *Algunos supuestos de daños en la responsabilidad médica en la doctrina y jurisprudencia española*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (año LXXII), 215-216 (enero-junio, 2004), pp. 207 ss.; HERNÁNDEZ, Héctor, *Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri 2010), pp. 167 ss.; BARROS, Enrique, *Tratado de la responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 682 ss.

² Ley N° 20.585, de 2013.

³ 15º Juzgado Civil de Santiago, rol 5291-2009, de 8 de septiembre de 2011; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7995-2011, de 27 de mayo de 2013; Juzgado de Letras de Los Andes, rol 131-2010, de 24 de diciembre de 2012; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 449-2013, de 12 de julio de 2013; Corte Suprema, rol 9006, de 30 de enero de 2014; 3º Juzgado Civil de Concepción, rol 1473-2012, de 21 de agosto de 2012; Corte Suprema, rol 4325-2013, de 2 de octubre de 2013; 5º Juzgado Civil de Santiago, rol 6651-2009, de 2 de junio de 2014; Corte Suprema, rol 2332-2012, de 27 de junio de 2013; por último, aunque relativo a falta de consentimiento de los padres en relación a la intervención de un menor, Corte Suprema, rol 3779-2010, de 15 de noviembre de 2010.

⁴ Sobre esta función integradora: DOMÍNGUEZ, Carmen, *Aspectos de la integración del contrato*, en YÁÑEZ FIGUEROA, Gonzalo y otros (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, LegalPublishing, 2011), VI, pp. 251 ss.

El legislador reconoció el deber de informar y fijó su contenido, el que aparece bastante amplio, al considerar el diagnóstico, estado de salud, posibles tratamientos, los riesgos asociados a esas posibles soluciones, las posibilidades de éxito y lo atingente al postoperatorio. Agrega un aspecto relevante para determinar de manera más precisa qué se debe informar, al introducir un criterio subjetivo que considera el paciente en particular.

Lo que se pretende, o al menos así lo entendemos, es que el médico entregue al paciente una información fidedigna de acuerdo a los avances de la medicina y que este deber se prolongue durante todo el tratamiento. Como es obvio no sólo se persigue que el médico entregue información, sino que aquella pueda ser entendida por el paciente, considerando sus características individuales, ya sea la edad, el estado de salud, su nivel de comprensión y otras que refieran a la individualidad del paciente. Incluso el paciente podría negarse a conocer la información, lo que debería respetarse por el médico, a menos que exista riesgo de contagio a terceros.

En lo que importa a este trabajo, queda claro que el médico debe informar los riesgos asociados al tratamiento que le sugiere como apropiado en atención a su diagnóstico y la condición del paciente. La Ley no se pronuncia sobre qué riesgos debe informar. Otras legislaciones lo establecen en forma expresa. Así la Ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002, señaló que los médicos deben informar los riesgos frecuentes o graves que sean previsibles para las alternativas de tratamiento idóneo para el paciente⁵.

El reconocimiento y contenido del deber de informar, al menos en lo que atinge a este trabajo, nos permite aseverar su acogida legal y su contenido.

Con anterioridad en el ámbito público, el *Reglamento de los servicios públicos de Salud*, contenido en el Decreto N° 140, de 21 de abril de 2005, en su artículo 34, establecía el deber de informar en los siguientes términos: “*Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquéllos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médica quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conlleven, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o 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*”⁶.

⁵ Ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002.

⁶ *Reglamento orgánico de los servicios de salud*, Decreto N° 140 del Ministerio de Salud, de 21 de abril de 2005. En el mismo sentido puede consultarse el artículo 20

Ambas normativas, en consecuencia, reconocen en forma indubitable tanto en el ámbito público como privado el derecho del paciente a la información.

III. EL DEBER DE INFORMAR EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, aunque escasa, es prolífica a la hora de referirse al deber de informar. Es posible encontrar en los tribunales sólo un puñado de sentencias que aluden al deber de informar. Lo hacen desde diversas apreciaciones. No cabe duda que los tribunales de primera instancia son los que han planteado desarrollos más latos y, por cierto, más interesantes. Salvo la Corte de Concepción y en alguna medida Santiago y Valparaíso, se ignora si otras cortes de regiones se han pronunciado sobre el deber de informar. En cuanto a la Corte Suprema, tuvimos acceso sólo a cuatro sentencias, las que dadas las limitaciones del recurso de casación nos impide inferir líneas jurisprudenciales. En suma, en Chile sólo hay sentencias acerca del problema. Esto justifica aún más este trabajo, pues nos permite proponer la forma en que debiera asumirse el deber de informar en los tribunales chilenos.

Como dije, los tribunales de primera instancia se han referido más in extenso acerca del deber de información. Han aludido en forma más o menos extensa los argumentos relativos al fundamento del deber de informar, aunque no haya un equilibrio con fijar los contornos y contenido de ese mismo deber.

En una sentencia del 15º Juzgado Civil de Santiago se indicó: “*Los deberes de información están encaminados a satisfacer el principio de autodeterminación del paciente o de su familia en su caso. Este deber del médico se afina en la necesidad de compensar el desequilibrio o desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente, que no es ningún experto*”⁷. Se alude a un doble fundamento que estaría dado por la autodeterminación del paciente y equilibrar la asimetría de información entre el médico y el paciente. El primer fundamento es pertinente. La autodeterminación se vincula al derecho del paciente a decidir su tratamiento habiendo sido informado en forma clara e íntegra. Eso permite un consentimiento sano, dejando habilitado al médico para intervenir su cuerpo. Por su parte, la Corte Suprema ha señalado: “*Que el consentimiento informado del paciente impone al facultativo un deber humanista, relacionado*

del Decreto Supremo N° 570 del Ministerio de Salud que recoge el *Reglamento para la internación de personas con enfermedades mentales*, de 28 de agosto de 1998.

⁷ 15º Juzgado Civil de Santiago, rol 5291-2009, de 8 de septiembre de 2011.

*con la dignidad del paciente. Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas a su control o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el autoexamen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Incluso es más, el consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración de culpa del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo*⁸.

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

La Corte de Concepción, por su parte, ha señalado que “*la información del paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado “consentimiento informado”, siendo el objeto esencial de éste la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye per se un requisito del acto médico*”.⁹ En otra sentencia del 3º Juzgado Civil de Concepción se dijo: “[...] el consentimiento informado se ha transformado, con el tiempo, en un derecho de los pacientes y es un presupuesto y elemento integrante de la lex artis médica, que constituye

⁸ Corte Suprema, rol 5849-2009, de 28 de enero de 2011. Se trata, sin duda, de una sentencia relevante, no sólo distingue entre cirugía plástica y aquella reconstructiva, al menos lo menciona, también discurre en torno a la célebre distinción entre obligaciones de medio y resultado que tanta tinta han hecho derramar, aunque aún no logran precisarse, ni su criterio fundante, ni tampoco los efectos, y menos su recepción en la doctrina, la cual es bastante disputada, en contraste con la jurisprudencia, que recurre a ella de manera explicativa, sin que se extraigan todas las consecuencias de dicha clasificación. Con todo, y más precisamente, la sentencia de reemplazo, se explaya en diversos aspectos del derecho de las obligaciones que podrían haberse evitado. Sobre todo porque refieren a cuestiones generales, siendo deseable que el fallo se hubiere concentrado en el debate de la responsabilidad por negligencia en la cirugía plástica.

⁹ Corte de apelaciones de Concepción, rol 1473-2012, de 30 de mayo de 2013.

una exigencia de ella para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad para el interviniente que haya omitido tal obligación si de ello se derivan perjuicios al paciente”¹⁰.

Los fallos que hemos mencionado acogen una noción bastante compartida acerca del fundamento del deber de informar. Se ancla dicho deber en el derecho a la autodeterminación del paciente, lo que redunda en que sea él quien decida *in concreto* si asume o no los riesgos de una intervención. En el caso que el paciente haya sido privado de información asociada a los riesgos de la intervención procede indemnizarlo, lo que se ha hecho a título de daño moral, aunque parece más exacto circunscribir la indemnización a la pérdida de la posibilidad.

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

IV. DEBER DE INFORMAR Y RIESGOS

Tratándose de la responsabilidad civil es esencial el aspecto de los riesgos que se le informan al paciente. Así también lo entiende un fallo de la Corte Suprema: “*Los riesgos del tratamiento pueden ser usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas producto de la reacción del paciente. Como se ha dicho, la autorregulación del Colegio Médico de Chile impone el deber de informar estos mayores riesgos a los pacientes. En algunos países se ha legislado expresamente sobre el tema, es así como en Colombia la Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (artículo 16): La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados. Como se observa, el riesgo no es de la actividad del médico, sino aquellos que irroga el tratamiento o de las reacciones del cuerpo del paciente, puesto que se parte de una correcta ejecución, los riesgos no están en las habilidades y destrezas del médico, el punto de partida es que se está ante un profesional medio o un especialista medio. Es diversa la situación del médico practicante, circunstancia que incluso en ese caso debe ser advertida al paciente, para los efectos de determinar si la asume. En este último caso es posible considerar aspectos personales y dar mayor prevalencia al aspecto concreto*

¹¹.

¹⁰ 3º Juzgado Civil de Concepción, rol 7408-2009, de 21 de agosto de 2012.

¹¹ Corte Suprema, rol 5849-2009, de 28 de enero de 2011.

La importancia de los riesgos que corresponde informar es obvia. Si el riesgo se verifica y el paciente ha sido informado de su posible ocurrencia, el médico queda liberado de toda responsabilidad, siendo el riesgo nada más que una circunstancia aciaga, un efecto desgraciado de la intervención sin que haya reproche a la *lex artis* médica. En este caso el médico junto al paciente asumen el riesgo confiando en la destreza del facultativo y otro tanto en el destino que ojalá no le asigne a ese preciso paciente el resultado aciago, pero accidental asociado a la intervención médica. La misma sentencia recién citada expresa la misma idea:

Es diversa la situación en que el riesgo no informado ocurre, pues la indemnización de la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta a la intervención no pudo tener lugar. La asunción del riesgo por parte del paciente nunca tuvo lugar. La víctima consintió en la ignorancia del riesgo, cuya ocurrencia es sorpresiva y, al mismo tiempo, fue irresistible para el paciente, quien nunca pudo elegir entre operarse o no hacerlo. La ausencia de opción es lo que se indemniza a título de pérdida de la posibilidad. En este caso procede la indemnización de la pérdida de la chance¹².

A pesar de la relevancia de los riesgos para el deber de informar, según aseveramos, la ley no dispuso cuáles riesgos deben informarse, limitándose a indicar que el paciente tiene derecho a ser informado “de los riesgos que ello pueda representar”. Al ser redactado el precepto en términos amplios uno podría estar tentado de aseverar que deben informarse todos los riesgos, sean graves, medianos o ligeros, frecuentes, raros o comunes. Esta forma de ver el asunto llevaría a intensificar la carga de información de los médicos, pero con altos costos de transacción. Sin embargo, es más sensato limitar esos riesgos a aquellos de frecuente ocurrencia en términos estadísticos y todos los graves, pues estos últimos son los que, normalmente, determinan si el paciente acepta el tratamiento o, en cambio, continúa con su enfermedad sin intervención alguna.

El profesor de la Maza, sin renunciar a establecer mínimos comunes de qué debe informarse al paciente, considera el asunto más bien casuístico, reconduciendo el problema a un cierto estándar de conducta del profesional¹³. De ahí que una vez individualizados los mínimos de qué debe

¹² Todavía existe una tercera alternativa, menos frecuente y más compleja, dada por aquella situación en que el riesgo no fue informado, pero no acaece, planteando la interrogante si cabe alguna indemnización, dado que algunos sostienen que la mera omisión de informar, con independencia si el riesgo acaece o no, constituye una lesión al interés de la víctima que hace procedente la indemnización. Sobre la pérdida de la posibilidad como un rubro de daño específico.

¹³ DE LA MAZA, Ifíigo, *Consentimiento informado, una visión panorámica*, cit. (n. 1), p. 99.

informarse, indica que en los casos que resume al inicio de su trabajo no quedaría resuelto el asunto. Lo que falta determinar en esos casos es si los riesgos son frecuentes o graves. En la hipótesis del oftalmólogo que expone de la Maza la ocurrencia era de 3 en 10.000, lo que la hacía rara, o “lejana”, pues sólo 3 de cada 10.000 pacientes en dicha intervención generaban el efecto de oftalmía simpática” que dejaba al paciente con su ojo sano en la misma situación del ojo enfermo, en el cual presentaba “un severo deterioro de la visión”¹⁴. Luego el caso es bastante simple si estimamos que el médico debe informar el riesgo grave aunque remoto o raro, pues si a uno le toca la desgracia, lo que corresponde es que lo sepa para manifestar su consentimiento en forma clara. Saber, aunque sea raro, que puedo perder la visión total de ambos ojos, no cabe duda que es un riesgo que el médico de manera obligatoria debe informar. De ahí que la defensa del oftalmólogo debía rechazarse, pues no puede él suplantar la voluntad del paciente asumiendo que mencionar el riesgo habría asustado de manera innecesaria al paciente. Como es obvio, el paciente sostuvo lo contrario, dado que si hubiere sabido que podría quedar ciego de ambos ojos habría declinado la cirugía¹⁵. De ahí que recurrir al estándar de conducta del médico resulte inapropiado, dado que eso permite perpetuar conductas compartidas por los médicos que, sin embargo, contrarían la autonomía del paciente y su autodeterminación.¹⁶ Por lo mismo no se trata de una cuestión de estándar de conducta, sino que precisar solamente si el riesgo verificado correspondía o no informarlo, según se estima que se trata de un riesgo frecuente cualquiera sea su gravedad y aquellos raros, pero graves. Tampoco debe recurrirse, en estos casos, al patrón de conducta del paciente, aunque pueda estimarse mejor que aquél de diligencia aplicado al médico.¹⁷ Se propone aquí un criterio un tanto más objetivo y práctico.

Más bien se trata de una cuestión de hecho, la que debe ser objeto de prueba en la instancia, logrando determinar conforme a los avances de la medicina cuáles riesgos están vinculados con tal o cual intervención quirúrgica. Por consiguiente no se trata de eventos adversos ni centinelas, sino que riesgos previstos y de ocurrencia frecuente o no, pero que la medicina

¹⁴ En el texto del que toma el ejemplo el profesor de la Maza se habla que el paciente, el sr. Smith se aproximaba a la total ceguera mientras que su ojo derecho estaba con perfecta visión. Incluso una semana después de la operación estaba totalmente ciego de ambos ojos. STAPLES, Jaime - MOULTON, Benjamín, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, en *American Journal of Law*, 36 (2006), p. 481.

¹⁵ Ibíd., p. 481.

¹⁶ Ibíd., p. 482.

¹⁷ En este sentido se pronuncian STAPLES, Jaime - MOULTON, Benjamín, cit. (n. 14), pp. 483 y 484.

ya ha logrado establecer estadísticas de ocurrencia e intensidad y podemos calificarlo de graves o no.

Hoy la citada Ley N° 20.585 establece dicho mínimo de información que resulta necesaria, aunque sin la precisión en relación a los riesgos que pueda generar la intervención, lo que deja pendiente la misma interrogante sobre qué riesgos deben informarse. Discrepamos que la prestación de la información reconduzca a un asunto de diligencia o estándar de conducta. El profesor de la Maza señala que: “Lo que muestran estos casos, entonces, es que no basta con determinar qué información debe suministrarse en términos generales, sino que, además, prestar atención, al estándar con el que se mide la conducta del profesional sanitario”. Pero más que tratarse de una cuestión de diligencia o estándar con que se valora la conducta del médico en la ejecución del deber de informar, el asunto sigue siendo precisar el objeto de la prestación, lo que no exige un test de diligencia, sino que otro distinto que sólo puede alcanzarse mediante la determinación precisa de qué riesgos corresponde informar, según el tratamiento o intervención de que se trate. No debemos interrogarnos acerca de qué esfuerzos conductuales o diligencia llevó a cabo el médico para informar tales o cuales riesgos, sino si informó aquellos que le correspondía informar conforme con la literatura médica pertinente. Tampoco, como afirmé, creo que deba atenderse a qué riesgos informan los médicos en la práctica, lo que determinaría la *lex artis* en ese aspecto.

Si el médico no informó los riesgos asociados al tratamiento aconsejado, infringe su deber, sin que sea relevante considerar si para alcanzarlo hizo más o menos esfuerzos. En caso que las particularidades del paciente ameriten omitir la información, el médico debe estar en condiciones de justificarlo, ya sea porque el paciente lo solicitó en forma expresa o sus cualidades o individualidad explican que en ese preciso caso el médico guarde reserva. En otros términos la obligación es de resultado una vez que se haya precisado su contenido, el que queda fijado por la literatura médica atingente a la intervención a que se sometió el paciente. No es que haya un modelo de conducta deseado, sino un protocolo de información al que debe someterse si o si el médico so pena de incumplir su deber de informar.

Hasta aquí hemos intentado delinear el fundamento y el contenido del deber de informar. Ahora pasamos a exponer el problema que refiere al consentimiento hipotético informado.

V. EL PROBLEMA

El contrato médico ha evolucionado hacia uno de naturaleza dirigida, cuyas prestaciones en una parcela importante emanan del legislador, ya sea en forma directa, por ejemplo en la citada referida Ley N° 20.584 o por la vía de la potestad administrativa. Un ejemplo de esta última alternativa puede percibirse en los protocolos de seguridad dictados por el Ministerio de Salud. Esta evolución, por cierto saludable, que vigoriza la posición del paciente, al reconocerle derechos exigibles, presenta ciertos pliegues que afectan su autodeterminación.¹⁸ O, al menos, así intentaremos corroborarlo en este trabajo. Si bien nadie duda del reconocimiento del deber de informar a cargo de los médicos, la cuestión dista de ser uniforme cuando el médico que faltó a ese deber interviene conforme a su *lex artis* y se verifica el riesgo no informado¹⁹. Esta es la hipótesis más compleja o, al menos, en palabras de Domínguez Luelmo “la mayor dificultad aparece en el caso en que la fuente de la eventual responsabilidad consiste exclusivamente en no haber informado. Pero aquí, que quien no informó sea o no el creador del riesgo es irrelevante”²⁰. Se trata, según se verá, de un genuino problema de causalidad o de imputabilidad objetiva. La intervención del médico fue realizada en forma diligente, pero el paciente padece un riesgo de dicha intervención que no le había sido informado. Pierde así la opción de escoger entre asumir o no el riesgo. Sin duda que dicho riesgo no puede imputarse al médico dado que aquél sólo constituye una consecuencia azarosa y desgraciada de la intervención, al menos desde un punto de vista normativo. Un verdadero accidente

¹⁸ Este ha sido el usual fundamento o “caracterización” del consentimiento informado, aunque DE LA MAZA propone “pensarlo como un dispositivo de ponderación de los diversos intereses en juego, es decir, un dispositivo a través del cual el legislador ordena al legislador asignar un peso específico a los diversos intereses que entran en conflicto en un caso concreto decidiendo, razonadamente, cuál debe prevalecer”. DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado, una visión panorámica*, cit. (n. 1), p. 116. En la frase hay un error pues mal podría el legislador ordenar al propio legislador algo, y debe entenderse que el legislador ordena al juez llevar a cabo el balance de los intereses. Sin embargo, esta forma de plantear el asunto no resuelve el problema, siendo muy abstracta y, por ende, difícil de practicar. Es cierto que siempre debe haber una ponderación del juez y, más bien, un razonamiento judicial que señale en la sentencia cuáles son los fundamentos para haber dado por probados determinados hechos y calificar los mismos desde un punto de vista jurídico.

¹⁹ Un tratamiento general de esta hipótesis en DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado, una visión panorámica*, cit. (n. 1), pp. 112 ss.

²⁰ DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica* (2^a edición, Valladolid, Lex Nova, 2004), pp. 323-324.

médico. Asumido que el médico infringió al deber de informar sin faltar a la diligencia exigida uno podría inclinarse a pensar que procede por esa circunstancia la indemnización de perjuicios por pérdida de la posibilidad a favor del paciente. Al no haber tenido la oportunidad de aceptar o rechazar la intervención con toda la información acerca de los riesgos perdió la oportunidad de escoger si asumía el riesgo o, en cambio, no lo asumía quedándose con la evolución normal o previsible de la enfermedad. Así lo entendió la sentencia ya citada del 5º Juzgado Civil de Santiago. Otorgó una indemnización de 20 millones de pesos a título de daño moral “por cuanto se afectó la libre determinación de la actora al no haber tenido ésta la posibilidad de haber rechazado el riesgo en caso de haberlo conocido, resultando finalmente con una lesión neurológica irreversible, con compromiso esfinteriano y de sensibilidad genital permanente”²¹. Sin embargo, cierta Doctrina, partiendo de desarrollos propios a la responsabilidad penal, ha abogado por negar la procedencia de la indemnización en el caso que pueda aseverarse que el paciente aún conociendo el riesgo habría en forma total y segura aceptado la intervención²². La teoría en perspectiva penal ha sido planteada en los siguientes términos: “Cuando no pueda excluirse que el paciente hubiera prestado su consentimiento en caso de haber sido informado suficientemente, se debe en conformidad al principio *in dubio pro reo* afirmar en favor del médico la presunción de que la víctima hubiera consentido en la intervención”²³.

En otros términos, sería plausible excluir el deber de informar en la hipótesis que el paciente aún conociendo en forma oportuna la información no hubiere cambiado su decisión de someterse al tratamiento en que se verificó el riesgo no informado.²⁴ Es lo que se conoce como teoría del

²¹ 5º Juzgado Civil de Santiago, rol 6651-2009, de 2 de junio de 2014.

²² SCHLACK, Andrés. *El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Norte*, 19 (2012) 2 [visible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200009](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200009&lng=es&nrm=iso) &lng=es&nrm=iso]; y en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200009>, pp. 279 ss.

²³ Ibíd., p. 276. Junto con desarrollar las tesis penalistas acerca del asunto, el autor se manifiesta contrario a la tesis del consentimiento hipotético en el ámbito penal, realizando un estudio de la jurisprudencia alemana que la ha acogido, analizando sus implicancias y entregando argumentos que se orientan al rechazo.

²⁴ En este sentido: BARROS, Enrique, cit. (n. 1), p. 407; DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado, una visión panorámica*, cit. (n. 1), p. 115; CÁRDENAS, Hugo, *Reflexiones en torno a la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños*, en VARAS BRAUN, Juan - TURNER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis, 2004).p. 533, aunque a propósito de causalidad en términos más amplios.

consentimiento hipotético informado o conducta alternativa conforme a derecho o aún en el lenguaje de causalidad “el criterio de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta”²⁵. Es justamente esta teoría la que queremos controvertir en este trabajo, argumentando en contra de la misma y, concluyendo, que aún si pudiere, lo que estimamos improbable, pretenderse que el paciente hubiere de igual manera asumido el riesgo, sometiéndose a la intervención, la lesión al derecho a informarse se verifica, lo que admite de todas maneras una indemnización.

VI. LA TESIS DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO

La teoría del consentimiento hipotético arranca de uno de los criterios propios a la imputabilidad objetiva: el incremento del riesgo. No abordaremos en extenso el tránsito de la causalidad natural a aquella normativa que ha significado para una importante parte de la Doctrina civil acoger las ideas de la doctrina penal en clave de imputabilidad objetiva.²⁶ Al menos así ocurrió en España, pues Pantaleón introdujo el debate acerca de la imputabilidad objetiva y también aquél de la conducta alternativa de sus lecturas del derecho penal alemán.²⁷ En palabras de Díez-Picazo, siguiendo muy de cerca a Pantaleón, a propósito de la causalidad y, más precisamente de la imputabilidad objetiva, señala que “No puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso. Lo misma regla es aplicable, en los casos en que el evento dañoso se impute a una omisión, si la acción debida no hubiera impedido

²⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños* (Madrid, Civitas, 2000), pp. 348 ss.

²⁶ Sobre esto el texto clásico de PANTALEÓN, Fernando *Causalidad e imputación subjetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código civil (1889-1989)* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991), p. 1561; en Chile, por todos: BARRIOS, Enrique, cit. (n. 1), pp. 384 ss.; CÁRDENAS, Hugo, *Reflexiones*, cit. (n. 24), pp. 533 ss., sobre esta distinción en la jurisprudencia, véanse: Corte Suprema, 2004, de 24 de enero de 2004; PIZARRO, Carlos, *Comentarios de jurisprudencia. Obligaciones y responsabilidad civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004), pp. 175 ss.; CÁRDENAS, Hugo, *La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris? Comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 de enero de 2004*, en *Revista Chilena de Derecho*, 33 (2006) 1, p. 167.

²⁷ PANTALEÓN, Fernando, *Causalidad e imputación subjetiva*, cit. (n. 26), p. 1591 ss. Aunque en Alemania se asevera que habría sido a la inversa, dado que la jurisprudencia penal habría recogido la tesis del consentimiento hipotético de la jurisprudencia civil. Así lo asevera SCHLACK, Andrés, cit. (n. 22), p. 277.

el resultado dañoso y tampoco hubiera incrementado el riesgo de que se produzca”²⁸. La misma aproximación es posible encontrarla en de la Maza, para quien “la idea de causalidad hipotética reposa sobre una voluntad que el paciente no tuvo oportunidad de manifestar, es decir, reposa sobre el consentimiento hipotético del paciente”²⁹. Luego de defender la apreciación *in concreto*, aboga por la prueba a cargo del médico, lo que es usual en la doctrina que defiende esta tesis. La prueba debe ser específica respecto a ese paciente en particular³⁰. En un sentido similar, aunque más categórico y fundado, Barros Bourie defiende el consentimiento hipotético informado señalando que “Un grupo de casos importantes en la materia se refiere al incumplimiento del deber que tiene el médico de obtener autorización del paciente para realizar una operación o un tratamiento delicado, en circunstancias que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias”³¹. Quizá el trabajo más clásico sobre el asunto haya sido el artículo redactado por Pantaleón en que a comienzos de la década del noventa planteaba las virtudes de recurrir a la imputabilidad objetiva como mecanismo atributivo de causalidad normativa, aunque hay que decirlo, reconociendo sus límites. Como señala al finalizar su artículo “los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender”³². A propósito del criterio denominado “incremento del riesgo” se construye la tesis del consentimiento hipotético. Se parte de la base que la vida en sociedad significa un umbral de tolerancia de riesgos que estamos dispuestos a soportar. De ahí que sólo cuando un sujeto sobrepase dicho umbral existe una razón para imputarle la causación del daño. Pantaleón sostiene que “es razonable sostener que un evento dañoso no puede ser imputado objetivamente a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, respecto de dicho evento, esa conducta no ha sobrepasado los límites del riesgo permitido (aunque los haya sobrepasado con relación a otros posibles eventos dañosos y, por eso, pueda calificarse de negligente)”³³. El mismo autor nos ilustra señalando que “para negar la imputación objetiva... bastaría constatar que existía una probabilidad no despreciable de que el resultado, en su concreta forma de acaecimiento, se

²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, cit. (n. 25), p. 348.

²⁹ DE LA MAZA, Ifigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, cit. (n. 1), p. 136.

³⁰ DOMÍNGUEZ, Andrés, cit. (n. 20), p. 325.

³¹ BARROS, Enrique, cit. (n. 1), p. 407.

³² PANTALEÓN, Fernando, *Causalidad e imputación subjetiva*, cit. (n. 26), p. 1591.

³³ Ibíd., p. 1577.

habría producido también, de haber obrado el procesado diligentemente. Dicho de otra forma, que sólo cabrá imputar objetivamente el resultado, cuando pueda establecerse con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que, de haberse obrado diligentemente, el resultado se habría evitado”³⁴.

Como ya se ha dicho en otros lugares, el incremento del riesgo permite diferenciar aquellas actividades que si bien causan daños no pueden generar indemnización en razón que precisamente el riesgo que se introduce es tolerado o permitido. Así ocurre con innumerables actividades entre las cuales debemos contar la praxis médica³⁵. En el ámbito de la medicina es palmaria esta realidad. No podemos enrostrar responsabilidad al médico por el hecho de llevar a cabo el acto respectivo que de por sí involucra riesgos para el paciente. Sólo concurrirá imputabilidad objetiva en el evento que sobrepase la frontera del riesgo permitido o tolerado. El ejercicio teórico por el cual se aboga consiste en tratar de igual manera aquel sujeto que aún actuando en forma negligente no se diferencia del modelo de conducta conforme a la *lex artis*, en términos que no hubo un incremento del riesgo o incluso pudo ser menor, lo que lo hace tolerable. En otros términos, aún si el sujeto actuó en forma negligente pero no incrementó el riesgo de la víctima más allá de lo que habría ocurrido si hubiere informado conforme a su *lex artis* no cabe imputabilidad objetiva. Pantaleón propone como método para diferenciar ambas situaciones aplicar un criterio de certeza o cercano a ésta que nos haga concluir que el mismo resultado hubiere acaecido si hubiere actuado el imputado en forma diligente o negligente³⁶.

El problema, en consecuencia, consiste en que “Un médico realiza una intervención quirúrgica sin contar con el previo consentimiento eficaz del paciente, bien porque no se lo pidió, pudiendo y debiendo hacerlo, bien porque (supuesto más frecuente) no le informó adecuadamente de los

³⁴ Ibíd., p. 1579. El mismo párrafo es reproducido por DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, cit. (n. 1), p. 137, pero no alude en su trabajo al análisis de la conducta alternativa que Pantaleón sólo trata en las páginas 1587 y siguientes de su trabajo; véase: DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, cit. (n. 1), pp. 1587-1588.

³⁵ Sobre esto, Corte Suprema, rol 5849-2009, de 28 de enero de 2011.

³⁶ Recurre a la misma idea ya dicha por Díez-Picazo, a propósito del criterio del incremento del riesgo: “Conforme al mismo criterio, no podrá imputarse un concreto evento dañoso a una determinada conducta negligente, si la misma, en comparación con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión: cuando, de haber obrado el dañador diligentemente, el evento dañoso, en su configuración totalmente concreta, se hubiera producido también con seguridad, o con una probabilidad rayana en la certeza”: CÁRDENAS, Hugo, *Reflexiones*, cit. (n. 24), p. 554.

riesgos y probabilidad de éxito de la operación, y de las posibles alternativas de tratamiento. Pese a realizarse en lo demás conforme a la *lex artis*, la intervención quirúrgica resulta mal, y el paciente reclama al médico la indemnización de los daños y perjuicios producidos por aquélla. ¿Podrá el médico exonerarse demostrando que, si hubiese pedido al paciente el consentimiento previa una adecuada información de los riesgos y probabilidades de éxito de la operación y las posibles alternativas, aquél lo hubiera prestado con toda seguridad o con una probabilidad rallana (sic) en la certeza?³⁷.

En la doctrina española destaca el tratamiento que realiza Domínguez Luelmo. Luego de descartar la hipótesis en que la falta de información no apareja problema para admitir la indemnización, dado que quien faltó al deber de información creó la situación de riesgo para la víctima, la que podría haber sido excluida si la víctima hubiere recibido la información oportuna e íntegra. En cambio es irrelevante si el médico dio origen a la situación de riesgo o no, cuando el daño sólo deriva de la mera falta de información. El médico se comportó conforme a la *lex artis* en relación al acto médico, pero omitió informar el riesgo que acaeció. Un ejemplo de los tribunales puede ilustrar la idea. En un caso reciente, una paciente concurrió al médico por dolores pélvicos recurrentes y luego de un examen de ecotomografía se decidió practicar una cirugía de resección de los miomas o miomectomía. Sin embargo, durante la intervención se decidió realizar una histerectomía. La paciente denunció la falta de información acerca del riesgo de histerectomía, lo que constituía un riesgo conocido y previsto de la miomectomía. Sobre este punto la sentencia de 1^a instancia, de una particular riqueza en la argumentación, determinó que hubo infracción al deber de informar, por cuanto el médico no logró acreditar que le había señalado a la paciente el riesgo de histerectomía. El fundamento, apropiado a mi entender, justificó la carga de la prueba en el médico, por cuanto éste es el deudor, lo que coincide con la regla del artículo 1547 inciso 3º del código civil³⁸.

³⁷ PANTALEÓN, Fernando, *Causalidad e imputación subjetiva*, cit. (n. 26), p. 1587.

³⁸ PIZARRO, Carlos, *La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (diciembre, 2008), p. 255; en contra: BARROS, Enrique, cit. (n. 1), p. 660; CÁRDENAS, Hugo, *La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2010), p. 45 ss.; DOMÍNGUEZ, Carmen, *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica*,

Respecto al acto mismo, la histerectomía, ésta fue ejecutada conforme a la *lex artis*, entendiendo el tribunal que “ante una significativa pérdida de la pared del útero, comprometiéndose la circulación de las arterias uterinas existiendo peligro de necrosis y hemorragia, era pertinente llevarla a cabo, ante el riesgo relevante para la paciente. De ahí que concluya que “*Aquello –la histerectomía– aparece como un cambio de conducta o decisión posible y razonable en una miomectomía y conforme a la lex artis médica*”³⁹. La jueza de instancia estableció la improcedencia de la indemnización en atención a que era razonable conforme la historia clínica de la paciente esperar que hubiere aceptado la miomectomía si se le hubiere informado la posible histerectomía.

Esta conclusión aparece en el siguiente párrafo de la sentencia: “*corresponde determinar si procede la indemnización de perjuicios en un caso como el que nos convoca, esto es, incumplimiento del deber de informar y por ende obtención del consentimiento informado de la demandante y la práctica médica según las exigencias de la lex artis. Parece claro que la infracción al deber de información genera responsabilidad cuando de ella deriva un perjuicio, por el contrario no hay responsabilidad cuando la omisión no es causalmente determinante del daño. En la especie, dado los antecedentes médicos de la demandante, es razonable concluir que de haberse obtenido el consentimiento informado de la paciente, respecto de los riesgos de una histerectomía, atendido el diagnóstico, la paciente igualmente se habría sometido a dicha intervención quirúrgica. Luego, al no existir la relación de causalidad necesaria para que se configure la responsabilidad demandada, procede el rechazo de la demanda*”⁴⁰.

En clara aplicación de la tesis de la conducta alternativa lícita o consentimiento hipotético se absuelve al médico. ¿Es correcta esta tesis?

VII. CRÍTICA AL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN

Diversos aspectos deben considerarse a la hora de analizar la pertinencia de la teoría del consentimiento hipotético o conducta alternativa lícita.

En el consentimiento hipotético se ha querido ver una aplicación pura

en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010), p. 21 ss.; TAPIA, Mauricio, cit. (n. 1), pp. 75 ss.

³⁹ 15º Juzgado Civil de Santiago, rol 5291-2009, de 8 de septiembre de 2011.

⁴⁰ Misma sentencia, 15º Juzgado Civil de Santiago, rol 5291-2009, de 8 de septiembre de 2011. Sin embargo, el fallo de la Corte de Apelaciones suprimió el párrafo relativo al consentimiento hipotético, estableciendo que cabía dar por probado que el médico informó sobre el riesgo de la histerectomía y la Corte Suprema desechó el recurso de casación en el fondo interpuesto.

y simple de la causalidad trayendo a colación la imputabilidad objetiva, bajo el criterio del incremento del riesgo. No podríamos sancionar al médico en razón que si hubiere informado en forma oportuna nada habría cambiado. En términos sencillos daba lo mismo que se le informara, pues al presumir que no habría cambiado de opinión, ningún daño se le habría ocasionado. En el derecho penal, en cambio, la reflexión sería diversa o, al menos, existen diversas formas de abordarlo, ya sea como un problema de antijuridicidad, asociado a la teoría del incremento del riesgo como falta del disvalor de resultado⁴¹. No se trata de daño, sino que de una causal de justificación o entender que no se satisface el tipo penal respectivo.⁴² Pero sabemos que en caso penal la sanción puede ser más radical afectando la libertad de la persona, lo que contrasta con la responsabilidad civil que sólo puede terminar en una indemnización por el daño ocasionado. Los criterios, en consecuencia, en el ámbito penal son más estrictos. La ponderación de la prueba, al menos, debe quedar en una cercanía al 100% para que el juez esté en condiciones de aplicar una sanción penal. En cambio, en el ámbito civil el estándar es más bajo, ni siquiera cercano a la certeza absoluta o, al menos cercana a eso, sino que una estándar razonable de que no se prestó la información y, aún más, que el médico no logró convencerlo, al juez, de que efectivamente entregó la información al paciente. Esta distancia en la finalidad de la responsabilidad penal distante de aquella de la rama civil, se suma a la aproximación diversa para justificar la atribución de la pena y la indemnización.

El consentimiento hipotético requiere por una parte que se logre una prueba sobre qué debe informarse respecto a una intervención en particular a un paciente también específico. A esta tarea ya mencionada se suma considerar qué información era relevante, en cuanto riesgos frecuentes o graves inciden en la decisión del paciente o, en cambio, son irrelevantes. Esta última tarea es demasiado ficticia para ser cierta. Asumiendo que lo que justifica el derecho a la información es la libertad personal del paciente y no sólo un supuesto derecho a escoger o la posibilidad de elegir, no corresponde que el juez intervenga asumiendo una irreal voluntad que nunca tuvo lugar⁴³. Mirar al pasado para reconstruirlo ya es difícil, pretender que

⁴¹ SCHLACK, Andrés, cit. (n. 22), pp. 280 y ss

⁴² Ibíd., p. 275 ss. El autor se manifiesta contrario a la tesis del consentimiento hipotético en el ámbito penal, realizando un estudio de la jurisprudencia alemana que la ha acogido.

⁴³ Excluimos la referencia a la dignidad del paciente, cuya noción ha dado a variadas comprensiones más vagas que certeras conforme lo han demostrado MANTILLA, Fabricio - OÑATE, Tatiana, *El concepto de dignidad en la jurisprudencia de la Corte constitucional* (Bogotá, Ibáñez, 2013), pp. 29 ss.

las cosas ocurrieron en forma distinta, aseverarlo y darlo por probado por vía de presunciones es demasiado ficticio.

El planteamiento de la doctrina a favor del consentimiento hipotético debiera hacerse cargo de las presunciones que le permiten aseverar que el paciente habría consentido en asumir el riesgo. Para esto, siguiendo a Aguiló Regla, debiera ocurrir que concurre un hecho presunto, la voluntad del paciente de asumir el riesgo, un hecho base en este caso lo ignoramos y una conexión entre ellos, lo que “presupone una regla de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho”⁴⁴. El problema, entonces, del consentimiento hipotético es que no hay un hecho base, pues lo verídico es que el paciente no fue informado, concurriendo, en consecuencia, un hecho base contrario al que se requiere para construir la presunción. El mismo Aguiló Regla nos indica que “la presunción es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera. La garantía expresa una regla de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad”⁴⁵. Sin embargo, ¿cómo podría atribuirse el carácter de “normalidad, regularidad o probabilidad de verdad a una voluntad específica respecto del paciente en particular a quien no se le informó? Por lo mismo, cabe rechazar la regla de base que fundaría el consentimiento hipotético, dado el casuismo con que quiere abordarse el asunto. Más bien la idea de consentimiento hipotético carece de toda base empírica. La idea que el paciente hubiere aceptado o que es presumible que hubiere aceptado requiere acreditar un hecho verídico regular o estadísticamente frecuente, lo que contrasta con la necesidad que la prueba sea in concreto, respecto a ese paciente que no fue informado. De manera tal que el hecho concreto y verídico es que no se le informó. El ejemplo relativo a la regla de presunción de paternidad muestra la falacia de la presunción del consentimiento hipotético. En el caso del padre, se parte del hecho base de que “Y es hijo de la esposa de X y nació dentro del matrimonio”, mientras que el hecho presunto, aquél ignorado de “X es el padre de Y”.⁴⁶ Se sabe a ciencia cierta que el hijo nació y que X e Y están casado, y aún más que el hijo nació dentro del matrimonio. En cambio, en nuestro caso, sabemos que el riesgo no fue informado, también que dicho riesgo se verificó resultando dañado el paciente sin que el médico haya infringido su *lex artis*. Cabe preguntarse ¿cuál es el hecho de base a partir del cual se puede construir la presunción? La respuesta es que no

⁴⁴ AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunción, verdad y normas procesales*, en *Isegoría*, 35 (julio-diciembre, 2006), pp. 11 ss.

⁴⁵ Ibíd., p. 12.

⁴⁶ Ibíd., p. 15.

existe, siendo inviable la presunción como mecanismo probatorio en el caso del consentimiento hipotético informado⁴⁷.

Asumido que no cabe aplicar las presunciones en este ámbito, ante ausencia de hecho base, debe plantearse si es viable la prueba del consentimiento en relación a ese paciente específico. El mero hecho que no se le informó muestra la inviabilidad de una prueba directa, dado que el consentimiento, en términos generales, debe ser expreso o tácito, lo que en nuestra hipótesis es claro que no tuvo lugar. No hay duda que el paciente no aceptó en forma expresa el riesgo, siendo irrelevantes los formularios usuales que se utilizan en la práctica para acreditar dicho consentimiento. Luego, la única alternativa sería que hubiere un consentimiento tácito, quedando proscrito, por la misma tesis del consentimiento hipotético que se diera por probado que ese paciente preciso hubiere consentido recurriendo a un estándar abstracto de paciente. Para estar en presencia de la voluntad tácita deben concurrir actos del paciente que en forma indubitable generen la prueba de la aceptación. Federico de Castro señala que “la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (*indicium voluntatis*)”⁴⁸. Son los hechos los que reflejan la manifestación de voluntad. En el mismo sentido la doctrina nacional. Alessandri, se refiere a la voluntad tácita exigiendo que los hechos “la revelen de un modo inequívoco”⁴⁹. Reitera la misma idea al indicar que “La voluntad es tácita cuando se induce de hechos o actos que la manifiesten o permitan suponerla de un modo inequívoco”. Y se requiere, según el mismo autor que “estos hechos sean tales que denoten en su autor la voluntad inequívoca de celebrar el contrato, que no admite otra interpretación que el propósito de contratar”⁵⁰. Por eso el autor afirma que “el consentimiento no puede ser presunto o supuesto” y en caso de duda debe desestimarse el consentimiento. Se trata de un “determinado acto” o “un determinado comportamiento” que “permite inducir o inferir que tal voluntad existe y la presupone necesariamente”. Y agrega el autor Díez-Picazo que “La declaración tácita de voluntad contractual, que es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos, está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de

⁴⁷ PEÑA, Lorenzo - Ausñn, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18 (2001), pp. 95-125.

⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (reimpresión, Madrid, Civitas, 1991), p. 67.

⁴⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los contratos* (reimpresión, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 72.

⁵⁰ Ibíd., p. 74.

forma objetiva, no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuando el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás”⁵¹. En términos precisos, la voluntad tácita exige actos o hechos *inequívocos* que sólo puedan interpretarse en términos de aceptación del riesgo.

Si el médico puede acreditar la voluntad tácita, por cierto, que cabrá eximirlo de responsabilidad, pues por esa vía el paciente aceptó el riesgo, siendo improcedente la indemnización de perjuicios.

El otro argumento que ha sido expuesto a propósito del consentimiento hipotético refiere a la existencia del daño. No compartimos la aseveración que si el paciente no fue informado, pero hubiere aceptado igual el tratamiento, esté exento de ilicitud y daño. Por cierto acá nos colocamos en una hipótesis que ya hemos descartado, por imposibilidad de probar a través de presunciones el consentimiento del paciente y la prueba de la aceptación tácita lo dejaría exento de responsabilidad. La libertad de decisión se vio afectada aun cuando pudiere entenderse que el paciente igualmente hubiere aceptado dado que él en los hechos no escogió con la información que se le debía. Ciento que la situación es diversa si existen antecedentes para concluir que sí habría influido en su decisión. En este caso efectivamente perdió una opción, la abstención del tratamiento. Luego si bien no cabe tratar ambas situaciones de la misma manera, lo cierto es que en ambas concurre una hipótesis de responsabilidad civil. El paciente aún asumiendo que hubiere aceptado no tuvo ocasión de discutir con el médico acerca de los alcances del riesgo, ni lo que sería su vida si se verificare. También careció de la alternativa aún aceptando la intervención de buscar un mejor especialista o planificar en otra forma la intervención o, todavía, consultar otros médicos incluso en el extranjero.

Comparte esta idea Domínguez Luelmo achacando a Pantaleón que así lo habría entendido.⁵² Sin embargo, este último, lejos de compartir la crítica a la conducta alternativa, la cuestiona, luego de exponer cierta doctrina alemana –Zeuner– por el rechazo del consentimiento hipotético, termina adhiriendo a las reflexiones de Mertens, con quien concluye que dadas las dificultades probatorias impuestas por la teoría de la conducta alternativa al médico, puesto que debe considerar el paciente en particular en toda su individualidad para acreditar que hubiere igual consentido en el tratamiento, se encuentra protegido de manera suficiente el bien protegido con el deber de informar. El argumento para adherir a la viabilidad de la

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I: Introducción. Teoría del contrato* (6^a edición, Madrid, Thomson - Civitas, 2007), pp. 1092.

⁵² DOMÍNGUEZ, Andrés, cit. (n. 23), p. 325; PANTALEÓN, Fernando, *Causalidad e imputación subjetiva*, cit. (n. 26), p. 1588.

teoría es frágil en nuestra opinión. Por lo ya dicho en cuanto a inferir el consentimiento hipotético a través de presunciones. Si leemos con atención a Pantaléon, que más bien se limita a seguir a Mertens, la exigencia probatoria alta para el médico sería el fundamento de excluir la indemnización.

Con todo, el mismo Pantaléon, termina dubitativo y más pedagógico que dogmático, al señalar que: “Más importante que cuáles son las soluciones correctas, sin embargo, es para mí en este momento –insisto– mostrar la forma adecuada de afrontar los problemas que los casos estudiados plantean, que nada tiene que ver con el tratamiento propio de las cuestiones causales”⁵³. La lectura atenta de los escritos fundamentales que han decantado esta teoría recepcionada por nuestra doctrina local, en mi opinión, sin demasiado atención, muestra que no hay razones tan certeras a la hora de inclinarse por el comportamiento lícito alternativo.

El consentimiento hipotético desprecia la autodeterminación del paciente, al cual recurren en tanto fundamento, y en forma bastante compartida, la doctrina local y también los tribunales⁵⁴. Al entender que hubiese aceptado y asumir que aceptó, se borran sus trazos particulares, tratándolo como un sujeto estándar, en modo especial, carente de sensibilidades, o más aun, éstas se estiman irrelevantes. El consentimiento hipotético redunda en forma inexorable en un patrón de conducta abstracto que permite por estadística determinar la voluntad ante la información del riesgo informado. La información sólo tendría interés en el evento que pueda cambiar la opinión del paciente. Esto resulta pasablemente abstracto aún exigiendo la prueba de la aquiescencia hipotética del paciente. En este sentido se ha pronunciado la Corte de casación italiana en un fallo comentado a propósito de una intervención quirúrgica efectuada por un oftalmólogo quien no informó un riesgo previsto al paciente el que se verificó⁵⁵.

Todavía creemos que entender que el paciente hubiese aceptado o asumir que aceptó, reduce de manera considerable el deber de informar. Sólo quedarían unas migajas de deber de informar. Si todos los riesgos cuya ausencia de información asumimos que un paciente más o menos similar al verídico aceptaría asumirlo, el médico podría prescindir de comunicarlo al paciente. Si no se informa, se asume que el paciente igual acepta la intervención, se concluye que no existe deber de información respecto de los mismos.

⁵³ PANTALEÓN, Fernando, *Causalidad e imputación subjetiva*, cit. (n. 26), p. 1589.

⁵⁴ Doctrina citada en las notas 1 y 3.

⁵⁵ MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, *Una causa autónoma en la responsabilidad civil médica: la infracción al deber de información como violación del derecho a la autodeterminación* (Corte Suprema de Casación italiana 12 de enero de 2010, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16 (2011), p. 314).

En suma, las precedentes razones u opiniones creo son consistentes para erradicar el consentimiento hipotético como causal de exoneración del médico. Éste debe informar los riesgos frecuentes y aquellos graves aunque sean excepcionales o estadísticamente remotos, con prescindencia si supone que el paciente los asumiría. Otro problema, aquí no tratado, es si eso debe indemnizarse a título de daño moral o, en cambio necesariamente como pérdida de la posibilidad. Nos parece que siempre habrá indemnización a título de pérdida de la posibilidad, como rubro independiente de daños, debiendo su cuantía estar asociada a las consecuencias dañinas que significó que el riesgo haya ocurrido.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunción, verdad y normas procesales*, en *Isegoría*, 35 (julio-diciembre, 2006).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los contratos* (Santiago, Jurídica, 2004).
- BARROS, Enrique, *Tratado de la responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- BRANTT, María Graciela, *Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento*, en *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008).
- CÁRDENAS, Hugo, *La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2010).
- CÁRDENAS, Hugo, *Reflexiones en torno a la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños*, en VARAS BRAUN, Juan - TURNER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis, 2004).
- CÁRDENAS, Hugo, *Reflexiones en torno a la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños*, en VARAS BRAUN, Juan - TURNER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Coordinadores Juan Varas Braun y Susan Turner) (Santiago, LexisNexis, 2005).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (reimpresión, Madrid, Civitas, 1991).
- DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2010).
- DE LA MAZA, Iñigo, *Consentimiento informado, una visión panorámica*, en *Ius et Praxis*, 16 (2010) 2.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños* (Madrid, Civitas, 2000).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I: Introducción. Teoría del contrato* (6^a edición, Madrid, Thomson - Civitas, 2007).
- DOMÍNGUEZ, Carmen, *Aspectos de la integración del contrato*, en YÁÑEZ FIGUEROA, Gonzalo y otros (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Legal Publishing, 2011), VI.

- DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica* (2^a edición, Valladolid, Lex Nova, 2004).
- DOMÍNGUEZ, Carmen, *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática*, en *Responsabilidad médica* (Cuadernos de Análisis Jurídico, VI, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, VI, 2010).
- LARRAÍN, Cristián, *Algunos supuestos de daños en la responsabilidad médica en la doctrina y jurisprudencia española*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (año LXXII), 215-216 (enero - junio, 2004).
- MANTILLA, Fabricio y OÑATE, Tatiana, *El concepto de dignidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional* (Bogotá, Ibáñez, 2013)
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, *Una causa autónoma en la responsabilidad civil médica: la infracción al deber de información como violación del derecho a la autodeterminación* (Corte Suprema de Casación italiana 12 de enero de 2010, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16 (2011).
- PANTALEÓN, Fernando *Causalidad e imputación subjetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991).
- PEÑA, Lorenzo - AUSÍN, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18 (2001).
- PIZARRO, Carlos, *Comentarios de jurisprudencia. Obligaciones y responsabilidad civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004).
- PIZARRO, Carlos, *La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (diciembre, 2008).
- SCHLACK, Andrés. *El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Norte*, 19 (2012) 2 [visible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200009&lng=es&nrm=iso y en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200009>
- STAPLES, Jaime - MOULTON, Benjamín, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, en *American Journal of Law*, 36 (2006).
- TAPIA, Mauricio, *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 15 (Valdivia, 2003).