

La culpa como presunción de causalidad en la responsabilidad del médico por incumplimiento de su deber de información al paciente¹

Fault as a Presumption of Causation in the Liability of the Physician for Breach of his Duty of Disclosure

[Artículos]

Edison Ramiro Calahorrano Latorre²

Fecha de recepción: 15/05/2023
Fecha de Aprobación: 15/06/2023

How to cite:

Calahorrano Latorre, E. R. (2023). La culpa como presunción de causalidad en la responsabilidad del médico por incumplimiento de su deber de información al paciente. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 18(2), 55–71. <https://doi.org/10.15332/19090528.9730>



Resumen

El presente trabajo analiza el problema de la causalidad incierta entre el incumplimiento del deber de informar del médico y el daño al paciente, partiendo de que este último es de carácter extrapatrimonial y afecta a su autodeterminación. Se plantea la hipótesis de que la culpa constituye la introducción de un riesgo no permitido que permite presumir la causalidad. Para dar soporte a esta hipótesis se analizan, en primer lugar, el incumplimiento de deber de informar como conducta culpable que vulnera la *lex artis* e introduce el riesgo un permitido que afecta la autodeterminación del paciente; en segundo lugar, los mecanismos para establecer el nexo causal en las omisiones y analizar el papel de los criterios de imputación objetiva de incremento del riesgo y fin de protección de la norma en el caso; finalmente, se concluye que la culpa permite presumir la causalidad entre la omisión de información y el daño extrapatrimonial a la

¹ El artículo es producto del de Proyecto de Investigación: “El deber de informar de médico en la relación clínica y la responsabilidad civil por su incumplimiento”. Universidad Central de Chile, financiado por ANID dentro de marco de la Beca de Doctorado Nacional. Folio 21190283.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Talca. Académico investigador y miembro de claustro de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: edison.calahorrano@ucentral.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0408-5737>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 |  <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

autodeterminación de paciente, ante lo cual el facultativo puede defenderse probando que el daño no le es imputable si su conducta no ha incrementado el riesgo.

Palabras clave: causalidad, culpa, deber de informar, consentimiento hipotético.

Abstract

This paper analyses uncertain causation between the breach of the doctor's duty of disclosure and patients' harm, on the assumption that the latter is of an extra-pecuniary nature and affects the patient's self-determination. The hypothesis is put forward that the fault constitutes the introduction of an impermissible risk that allows causation to be presumed. In order to support this hypothesis, firstly, fault is analyzed as a violation of the *lex artis* and the introduction of an impermissible risk of violation of the patient's self-determination; secondly, the mechanisms for establishing causation in omissions and analyzing the role of the objective imputation criteria of increased risk and the purpose of protection of the rule in the case; Finally, it is concluded that fault allows causation to be presumed between the omission of information and the extra-pecuniary damage to the patient's self-determination; against which the doctor can defend himself by proving that harm is not imputable to him if his conduct has not increased the risk.

Keywords: causation in law, fault, duty of disclosure, hypothetical consent.

Introducción

La causalidad como hecho se traduce en la fórmula *conditio sine qua non*, que se constituye como ejercicio de suprimir mentalmente aquel curso causal que se cree es el que influye directamente en su provocación, de tal forma que, de no permanecer, el desenlace no hubiera ocurrido. Por lo tanto, hay causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse llevado a cabo la conducta por parte del demandado (Salvador y Fernández, 2006, p. 3).

Por otro lado, la función de la causalidad en la responsabilidad civil se dirige a determinar quiénes son responsables por la conducta u omisión dañosa y cuál es la extensión de los daños resarcibles (Hart y Honoré, 2002, p. 85).

La causalidad fáctica es insuficiente en los casos de incerteza causal, ya que aborda todos los cursos que pueden confluir en similares condiciones respecto del daño. Como solución al problema enunciado, se ha distinguido una dimensión puramente fáctica de la relación causal y una valoración jurídica que ha sido explicada a través de la teoría de la imputación objetiva mediante grupos de casos en los que pueden señalarse postulados que interrumpen el nexo causal (Diez-Picazo, 1999, p. 349).

Los criterios de imputación objetiva, originalmente presentes como criterios de determinación de la causalidad como delimitador de la conducta típica en el derecho penal se ha utilizado en el derecho de daños con el fin de determinar aquellos resarcibles (De Ángel, 2014, pp. 221-224), otorgando orden y especificidad a lo que antes se sometía a buen juicio de juzgador (Hart y Honoré, 2002, p. 254; Cane y Gouldkamp, 2018, p. 117).

El problema de la causalidad en el incumplimiento del deber de información del médico consiste en verificar si este implicó una modificación del contexto decisorio del paciente, vulnerando su autonomía.

A partir del razonamiento señalado, es posible afirmar como hipótesis que el incumplimiento del deber de informar se traduce en la culpa, entendida como la introducción de un riesgo no permitido, lo que permite presumir la causalidad entre la conducta desvalorada y el daño extrapatrimonial a la autonomía decisoria del paciente.

Para sustentar la hipótesis planteada se señalan los siguientes objetivos. En primer lugar, analizar la culpa por el incumplimiento del deber de información del profesional de salud como quebrantamiento de la *lex artis ad hoc*; por consiguiente, la introducción de un riesgo no permitido que se identifica con la afectación a la autodeterminación de paciente en la toma de decisiones. En segundo lugar, indagar sobre el nexo causal entre el daño y la conducta u omisión para posteriormente analizar el papel de los criterios de imputación objetiva de incremento del riesgo y fin de protección de la norma en el caso de la omisión del deber de informar del médico. Finalmente, se argumentará a favor de considerar la culpa como presunción de causalidad entre la omisión de información y el daño extrapatrimonial a la autodeterminación de paciente, así como el consentimiento informado hipotético como defensa por parte del facultativo cuando este último puede probar que el daño no le es imputable, en la medida en que su conducta no ha incrementado el riesgo.

El método utilizado para dar soporte a las hipótesis planteadas será el dogmático, abordando de manera analítica el derecho comparado, la jurisprudencia relevante nacional y comparada, y la doctrina autorizada.

Incumplimiento de la *lex artis ad hoc* e introducción de un riesgo no permitido

La culpa en la responsabilidad médica se prueba señalando que la conducta en cuestión no se condice con la esperada de un médico con igual preparación en circunstancias similares. Se ha señalado por la doctrina chilena (Pizarro, 2017, pp. 79-91) que la carga de la prueba en la responsabilidad contractual por culpa se rige por el artículo 1547 inciso tercero del Código Civil, lo que provocaría que sea el tratante quien deba probar la diligencia aplicada

en la intervención, es decir, su apego a la *lex artis ad hoc*, operando una inversión de la regla general. Esta posición asume que el incumplimiento equivale a culpa en las obligaciones de medios, como la del profesional médico.

De otra parte, la tesis contraria establece la posibilidad de que se produzca un incumplimiento objetivo y, en todo caso, se requiere imputar dicho incumplimiento culpable (Vidal, 2020, pp. 118-119).

Indagando en la naturaleza de la responsabilidad por culpa de los profesionales, de modo general, se tiene en común el factor de atribución de la culpa probada, lo cual no es excepción de las actuaciones del profesional de salud.

Si acudimos a un ejemplo comparado, el ordenamiento jurídico español establece la culpa probada según el factor de atribución de la responsabilidad del profesional de salud; lo que se encuentra señalado en el artículo 1104 del Código Civil, norma que establece que la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación, y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar³.

En el caso de la responsabilidad profesional, el estándar de la conducta se relaciona a un promedio diligente, el cumplimiento de la normativa y protocolos que regulan la profesión desarrollando los procedimientos que deben seguirse frente al caso concreto, en determinadas circunstancias, lo que se denomina *lex artis ad hoc* (Agón, 2017, pp. 346-347; Cadenas, 2018, p. 418). La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha definido a la *lex artis*⁴, también ha determinado su contenido y ha sido reiterativa al establecer que el consentimiento informado forma parte de ella (Cadenas, 2018, pp. 432-435)⁵.

Desde una aproximación contemporánea, el declive de la culpa y el protagonismo creciente del principio *pro damnatio* y supuestos de responsabilidad objetiva han permitido que, en casos de asimetría en la relación y dificultad en la prueba por parte del demandante se asimilen a las actividades de naturaleza altamente riesgosa. Lo determinado no significa que la responsabilidad por culpa sea reemplazada por un sistema de responsabilidad objetiva (Galán, 2020, p. 617). La culpa entendida como estándar de conducta que permite la imputación debe ser establecida previamente (Llamas, 2020, pp. 40-42).

En otra perspectiva, la comprensión de la culpa desde el riesgo resulta una aproximación interesante. Si ponemos el foco de la discusión en el deber de información, la entrega oportuna, adecuada y completa de la misma transmite el riesgo desde el facultativo al paciente (Santos, 2018, p. 22), lo prepara para afrontar aquellas consecuencias inherentes o graves que le son debidamente alertadas. Desde este punto de vista, la ausencia o

³ Jefatura de Estado, Código Civil, 24 de julio de 1889, artículo 1104.

⁴ Tribunal Supremo español, STS 3106/2020, 30 de septiembre de 2020.

⁵ Tribunal Supremo español, STS 3604/2013 de 3 de julio de 2013; STS 3681/2003 de 29 de mayo de 2003; STS 6788/2006 de 15 de noviembre de 2006. Tribunal Supremo español, 5161/2016 de 24 de noviembre de 2016.

incumplimiento del deber de información se configura como un riesgo no permitido que asume el facultativo y afecta la autodeterminación de paciente.

La causalidad entre el incumplimiento del deber de informar del médico y el daño

La causalidad en la responsabilidad del tratante por incumplimiento del deber de información se ha abordado, tradicionalmente, desde una construcción compleja y no siempre exitosa que vincula dicha omisión culpable con un daño físico provocado por el riesgo materializado no informado, tarea en la que el principal objetivo es demostrar que la información faltante o incompleta no permitió al paciente desistir o modificar su decisión sobre la intervención.

Por consiguiente, el problema se refiere a la causalidad en las omisiones, en el que el postulado *conditio sine qua non* o *but for test* no opera desde una supresión hipotética de la conducta para averiguar cuál fue la causa que origina el daño; por el contrario, se incorpora hipotéticamente la entrega de información a los hechos para evaluar sus efectos en el resultado. En las omisiones no se produce una modificación de la realidad, pues la responsabilidad surge cuando el agente actúa de manera distinta al quebrantamiento del deber de cuidado, a partir de una determinada posición de garante del deudor que le obligaba a actuar (Peña, 2019, p. 24). En las omisiones no opera la doctrina de la equivalencia de las condiciones, no hay causa material que buscar, puesto que no existe un acto positivo que modifique la realidad (De Ángel, 2014, p. 158).

Si se indaga en el derecho comparado se puede verificar que en el *tort law*, la responsabilidad por incumplimiento del deber de información del profesional de salud (*duty of disclosure*) está establecida dentro del *tort of negligence*, por cuanto se requiere la demostración de que existe un deber de cuidado por parte del tratante de evitar el daño que se está reclamando.

En el derecho estadounidense la estructura del *tort of negligence* parte del daño o *injury*, luego el deber de cuidado *duty of care*; y la ruptura de este deber o *breach of*. La materialización de un riesgo no informado implica un quebrantamiento del deber de cuidado, el reto se encuentra en determinar que dicha falta de información es la causa del daño (Goldberg y Zipursky, 2010, p. 72).

Cuando el perjuicio por la omisión de cumplir con el deber de informar en la relación clínica se identifica con la afectación física provocada por la materialización del riesgo, la relación de causalidad se debe indagar cuestionándose si el paciente, de haber sido adecuadamente informado, hubiese tomado una decisión distinta; o, al menos, retrasado o evaluado la misma.

En concordancia con lo señalado, la dificultad de configurar el nexo causal se refleja en la jurisprudencia estadounidense. En *Scott vs. Bradford*⁶ se establece que corresponde al paciente probar que el médico tratante falló respecto de la entrega de información de un riesgo material previo a la intervención o tratamiento, de tal forma que, si hubiera sido informado, el paciente no se hubiera sometido a la intervención. Se cumple la relación de causalidad entre el daño y el quebrantamiento del deber de informar del galeno. La misma sentencia observa cuáles pueden ser los argumentos del tratante para su defensa, esto es, el consentimiento informado hipotético, el beneficio terapéutico o la emergencia ineludible. El deber de cuidado se asume como parte del rol del tratante; sin embargo, el hecho que debe acreditar el paciente es el nexo causal entre el resultado lesivo y la conducta que quebrantó el deber de cuidado (Goldberg y Zipursky, 2010, p. 73); el paciente debe probar que, de haber recibido la información, habría desistido del tratamiento o intervención, o al menos retrasado o interrumpido su realización para pedir una segunda opinión o informarse mejor. Esta actitud subjetiva del paciente hacia el efecto de la recepción de información es el centro del análisis que permite indemnizar el daño en estos casos, y lo que convierte a esta prueba en muy difícil de acreditar.

Adicionalmente se debe verificar la causalidad desde el ámbito fáctico o *actual cause*, lo que permite vincular al daño con el quebrantamiento del deber a través de la prueba *but for*, es decir, la causalidad natural. En una segunda etapa, una vez que se ha determinado que hay un nexo causal natural entre el quebrantamiento del deber de cuidado y el daño, es necesario verificar la *proximate cause*, o sea, la causa adecuada o jurídica, por la cual se puede proceder a la imputación (Goldberg y Zipursky, 2010, pp. 93-94).

Continuando con un breve recorrido sobre la causalidad en el derecho inglés, la tradición jurisprudencial encuentra un hito importante en el contenido del fallo *Bolitho v City & Hackney Health Authority*. En el caso, la defensa había esgrimido que el paro cardíaco del paciente menor de edad habría sido inevitable, incluso con la oportuna actuación del médico tratante, ya que su incumplimiento en el deber de cuidado no era causa del daño demandado. La ruptura del nexo causal entre la conducta y el daño final a la salud del paciente no es absolutamente clara ante la duda sobre si un adecuado entubamiento con una atención oportuna hubiera prevenido el desenlace fatal.

No obstante lo señalado, en el caso *Bolitho se* concluye que, al haber ingresado un paciente con riesgo de paro respiratorio es parte del deber de cuidado del sistema de salud que se ponga a cargo de este un médico capaz de solventar cualquier inconveniente que pueda suscitarse, ya que se puede establecer una relación causal entre la materialización del riesgo de paro respiratorio y la ausencia de un médico capaz de tratar ese riesgo a tiempo (Jones, 2002, p. 223).

⁶ Corte Suprema de Oklahoma, *Scott v. Bradford*, 25 de febrero de 1980. <https://casetext.com/case/scott-v-bradford?q=scott%20v.%20bradford&p=1&tab=keyword&jxs=&sort=relevance&type=case>.

En materia de causalidad *Bolitho* permitió que el juez pueda ajustar el *test Bolam*, delimitando que cuando una opinión médica no tiene una base lógica para suponer que esta es respetable, honesta y razonable, puede ser rechazada como nexo suficiente para conectar el daño con la conducta⁷.

El siguiente fallo relevante sobre causalidad en la jurisprudencia inglesa fue *Chester vs. Afshar*, que versó sobre la materialización de un riesgo no informado después de una intervención en la columna vertebral de la paciente. El riesgo de síndrome de cauda equina se materializó, provocando discapacidad en la paciente, a pesar de tener una incidencia de 1 a 2 %.

La Corte enfatizó que no hubo pruebas esclarecedoras de que la paciente fue informada del riesgo, por lo cual se quebrantaba el deber de informar de un médico razonable. A pesar de comprobarse el incumplimiento del deber de informar no estaba claro si este era la causa del daño, puesto que por el dolor y el daño físico en su columna era probable que la paciente hubiera tomado la misma decisión de operarse, incumpléndose la regla *but for* de la causalidad natural aplicada hasta ese entonces. Se puede observar que en el caso la acreditación de la negligencia no fue el mayor escollo, sino la verificación del nexo causal entre la conducta culpable y el daño.

Apelada la sentencia, la decisión de mayoría se basó en que, a pesar de que no hubo incumplimiento en otros aspectos de la *lex artis*, el incumplimiento del deber de informar, específicamente, de advertir el riesgo grave que podía provocarse, le privó a la demandante de, al menos, posponer la operación y pedir una segunda opinión (Devaney, 2005, p. 104). El cambio del criterio sobre la causalidad provocó que los cirujanos intensificaran su deber de información sobre los riesgos, y dedicasen un mayor tiempo a la comunicación con el paciente, ya que la responsabilidad podía producirse, a pesar de una intervención que cumplió con los estándares de la *lex artis* sobre el tratamiento si se incumplía con el deber de información. Desde cierto punto de vista, no se modifica el deber de informar la totalidad de los riesgos materiales al paciente, mismo que aparecía incluso en la *Guía* de la General Medical Council desde 1998; lo que se otorga es un remedio al paciente que tiene que afrontar la materialización de un riesgo no informado, previo a una intervención (Devaney, 2005, p. 105).

Como se puede observar, el *but for test* no se ha configurado como una herramienta clara frente a casos de causalidad incierta, sea porque el nexo entre el daño y la conducta no logra completarse de manera inequívoca, o porque aparecen varias causas igual de relevantes para la consecución del efecto dañoso, apareciendo la limitación de este *test* en

⁷ Este argumento es la excepción frente a la común deferencia del juez a la opinión médica, sin embargo, puede observarse su aplicación en High Court of Justice (Queens' Bench Division) *In re Organ Retention Group Litigation*, 2004 EWHC 644, en el que la Corte se aparta de la opinión médica de considerar aceptable que se disponga de los órganos del cadáver del niño sin consentimiento de sus padres.

la medida en que la causa necesaria es una sola, dejando un margen muy estrecho para abordar el problema del nexo causal (Doyle, 2016, p. 387).

Por otro lado, la insuficiencia del *but for test* para casos complejos ha llevado, inclusive, a la necesidad de generar otros esquemas que ofrezcan alguna solución delimitadora. A partir de esta necesidad, se conforma el NESS (*Necessary Element of a Sufficient Set*), que permite que la causa se considere necesaria si sirve como antecedente de un grupo de condiciones suficientes para la consecución del acto⁸. Se debe indicar que el *test* se ha precisado conforme al proceso de identificación del elemento necesario de un grupo de causas suficientes que están en curso (Turton, 2016, pos. 1348).

El test NESS coincide, en los casos simples, con un solo curso causal con los resultados que arroja el *but for test*, en la medida en que este último identifica aquellas causas necesarias y fuertes, aun cuando solo el NESS permite descartar una determinada causa al no cumplir el grado de necesidad débil. Este *test*, por lo tanto, es una herramienta eficaz en los casos de pluralidad causal, sea que los múltiples grupos de causas suficientes se superpongan, es decir, solo uno de ellos realmente ocurra o, se dupliquen, ocurriendo varios al mismo tiempo. El test NESS adopta un enfoque amplio en la causalidad que permite corregir exclusiones indebidas, provocadas por la aplicación del *but for test* (Turton, 2016, pos. 1391).

Hasta aquí se han reseñado las soluciones ofrecidas a los casos de incerteza causal o pluralidad de causas; sin embargo, cuando se habla de una omisión no existe una modificación a la realidad cuya fuente se pueda buscar, por tanto, se ha enfatizado que el incumplimiento del deber de cuidado configura el nexo causal (Aedo, 2020, p. 133; Barros, 2020, pp. 425-427; Galán, 2020, pp. 686-688).

Como se mencionó previamente, otra solución a la incerteza causal es la noción de pérdida de la oportunidad que se utiliza para afrontar casos complejos en los que la prueba del nexo causal entre el incumplimiento del deber de información y el daño corporal no logran acreditarse de manera íntegra, bajo el esquema de todo o nada que ha abordado la jurisprudencia nacional.

En la doctrina inglesa se ha defendido el argumento de que, en los casos de error de diagnóstico de una enfermedad, la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo. La oportunidad perdida se examina en sí misma conforme a una interferencia con el interés de autonomía del paciente (Turton, 2016, pos. 4145).

La afectación a la autonomía está presente en la pérdida de la oportunidad y es reconocida en dos tipos de casos: en primer lugar, en el incumplimiento del deber de información sobre

⁸ Sobre este test elaborado por Richard Wright se ha señalado su configuración como un sistema de identificación del nexo causal de necesidad débil, en contraste al *but for test*, que es de necesidad fuerte. Lo señalado implica que, bajo el test NESS, la determinación del nexo causal tiene un espectro más amplio, puesto que no requiere ser la causa necesaria del daño en la situación concreta, sino de un conjunto de cursos causales aplicables.

los riesgos; y, con mayor intensidad, en el diagnóstico fallido, puesto que en el primero se coloca al paciente en posición desfavorable respecto al riesgo que pueda tener que soportar, mientras que, en el segundo, la oportunidad perdida o afectación a la autonomía se traduce en la falta total de intervención (Turton, 2016, pos. 4240).

De esta manera, según lo que se ha delimitado, identificar el daño ante el incumplimiento al deber de información como afectación a la autonomía permite tener mayores herramientas para construir el nexo causal entre este y la conducta culpable.

Finalmente, es necesario abordar otra perspectiva sobre la causalidad en las omisiones.

Cuando se habla de una omisión, nos encontramos frente a un no hacer que, normativamente, merece un juicio axiológico negativo, es decir, un no hacer que debiese hacerse (Gimbernat, 1987, p. 579).

En las omisiones se trata de identificar el juicio hipotético sobre lo que habría sucedido si el sujeto llevaba a cabo la conducta debida; esta construcción permite, además, afirmar que, si la acción debida no hubiera impedido el resultado dañoso ni su omisión incrementado el riesgo, es imposible imputar el daño a quien omite (Diez-Picazo, 1999, p. 348).

Esta consideración nos permite analizar el caso en el que se introduce un riesgo no permitido al incumplir el deber de información. Como el señalado es caso de causalidad en una omisión, el desvalor de la conducta producido por el riesgo introducido, entiéndase la culpa, permite presumirla y conectar la omisión con el daño.

Si se asume que el daño no se identifica con el perjuicio corporal producido por el riesgo materializado, sino con el extrapatrimonial que afecta a la autonomía decisoria del paciente, queda por indagar si puede producirse el caso en el que el incumplimiento del deber de información no modifique la posición del paciente con referencia a su autonomía decisoria. En consecuencia, se procurará verificar que causalidad y culpa en las omisiones tienen un vínculo, pero no se encuentran fusionadas; por consiguiente, a pesar de existir culpa que provoca un desvalor en la conducta del tratante, puede darse el caso de que la autonomía del paciente no se vio afectada por la omisión culpable.

Para tratar de responder esta interrogante se deberá acudir a la teoría de la imputación objetiva, específicamente a dos criterios, el incremento del riesgo y el fin protector de la norma.

La imputación objetiva en las omisiones: aplicación de los criterios de incremento del riesgo y fin de protección de la norma

La consideración normativa de la causalidad en la responsabilidad civil, a través de los criterios de imputación objetiva, permiten señalar los contornos claros del nexo causal ante la generalidad de los efectos del test *conditio sine qua non* o *but for*. Se ha señalado que la teoría de la causalidad adecuada ya implicaba una explicación de la imputación, al verificar

si determinados hechos deben ser considerados como causalmente relevantes; a partir de esta noción se han estructurado criterios específicos de exclusión de la imputación como el riesgo general de la vida, la provocación, fin de protección de la norma, el incremento del riesgo o el supuesto de competencia de la víctima (Diez-Picazo, 1999, pp. 340-348).

Para efectos del presente trabajo, se revisarán dos de estos criterios: el incremento del riesgo o conducta alternativa lícita, y el fin de protección de la norma.

Partiendo de la idea de culpa conforme a incorporación de un riesgo no permitido, en la omisión del deber de informar puede darse el caso de que la simple introducción del riesgo no provoque una modificación referente a la conexión de la conducta con el daño; de tal forma que, optar por la alternativa de conducta lícita no hubiese disminuido las posibilidades de sufrir el mismo (Peña, 2019, p. 20).

La conducta alternativa lícita funciona como defensa del demandado, de tal manera que este puede señalar que no hay nexo causal configurado entre su omisión de informar y el daño; en el caso que nos convoca, el tratante tendrá que probar que la entrega adecuada, completa y suficiente de información no hubiese modificado el resultado dañoso al no haber incrementado el riesgo en la situación concreta. En consecuencia, la omisión de la información como culpa infraccional o incumplimiento de un deber legal que es parte de la *lex artis* del médico y se configura como la introducción por parte del facultativo de un riesgo no permitido (Domínguez, 2021, pp. 665 y 669). Esto último, desde la perspectiva de quienes consideran que en las omisiones la introducción de un riesgo no permitido configura el nexo causal (Infantino y Zervogianni, 2017, pp. 593-594; De Ángel, 2014, p. 250; Salvador y Fernández, 2006, pp. 3-4; Medina, 2018, p. 101; Aedo, 2020, p. 139).

A pesar de la precisión de esta afirmación y estar de acuerdo con ella y su aplicabilidad a la mayoría de los casos, no es factible imputar al profesional de la salud el daño si el curso causal alternativo hipotético, a saber, la superación de la omisión mediante la correcta entrega de información, no incrementa el riesgo respecto de la situación inmediatamente anterior; sin embargo, se considera que la prueba de esto último debe estar en manos de quien incurrió en culpa e incorporó un riesgo no permitido al abstenerse de realizar un acto que lícitamente le correspondía⁹.

⁹ Peña (2019, pp. 20-28), ejemplificando justamente con fallos del Tribunal Supremo referidos a responsabilidad médica como la sentencia STS de 8 de abril de 2016, por lo tanto, el análisis se centra en determinar si objetivamente la omisión influye en la decisión o la inclina. En similar sentido, se pronuncian Martín Casals y Solé (2004, pp. 8-9), al señalar como un buen camino para el caso de *wrongful birth* la aplicación del criterio de imputación del incremento del riesgo, pero con una acotación, relevante a nuestro criterio, y es que la prueba no recaiga sobre la víctima y verse sobre si de haber sido informada del diagnóstico hubiese o no consentido en el nacimiento; por el contrario, la prueba verifica que la aplicación de la conducta alternativa lícita no modifique la decisión del paciente corresponde al facultativo; y fundamenta esta afirmación en que fue este quien actuó negligentemente, desde nuestra perspectiva, quien introdujo un riesgo no permitido. Este mismo autor valora el incumplimiento del deber de información como daño autónomo en el

Otro criterio de imputación objetiva aplicable es el de fin de protección de la norma que se constituye como un criterio de exclusión de la causalidad entre la conducta del autor y aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito de protección de la norma, sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad (Diez-Picazo, 1999, pp. 348; De Ángel, 2014, p. 253).

En efecto, sobre este último criterio es necesario comprender qué es lo que busca la incorporación de un deber al profesional de salud de informar a su paciente, según el tipo de información. En el caso de la información terapéutica, será garantizar el éxito del tratamiento en la medida de lo esperable, dentro de los conocimientos disponibles en el estado de la ciencia, porque resultados anómalos o inesperados no son tomados en cuenta. En este sentido, se ha desarrollado la doctrina *eggshell skull rule*, por la que no se puede tomar como defensa para el profesional de la salud, con referencia a la imputación del daño, las condiciones delicadas del paciente; lo que tampoco significa que se pueda imputar al profesional de la salud el daño producido por una situación de extrema predisposición al mismo o que desafíe las posibilidades en el contexto de las obligaciones de medios (Cheluvappa y Selvendran, 2020, pp. 205-211).

En el caso de la información autodeterminativa se ha enfatizado que la finalidad es colocar al paciente en situación adecuada para tomar una decisión sobre su sometimiento a la intervención, motivo por el cual resulta razonable comprender que el nexo causal que debe configurarse es entre el incumplimiento del deber de informar y el daño provocado por faltar a este fin, esto es, la afectación a la autonomía decisoria del paciente.

Un razonamiento similar puede aplicarse a la pérdida de la oportunidad cuya aplicación adecuada —a pesar de defenderse desde parte de la doctrina como una partida indemnizatoria independiente por la *chance* de curación o sobrevida perdida (Parra, 2020, pos. 16513; Tapia, 2012, pp. 260-263)— se produce como fórmula de solución ante incerteza causal¹⁰.

análisis de la sentencia STS de 2 de julio de 2002, en el que este además es el único daño recibido al cumplirse con los procedimientos y la *lex artis* (Martin Casals, Ribot y Solé, 2003, pp. 159-160). Este razonamiento se conecta con el principio de flexibilidad probatoria respecto a la causalidad en favor de la víctima y ha sido introducida en la doctrina nacional recientemente por Munita (2022, pp. 245-255), aunque también tratada en Barría (2014, pp. 382-385) y Barros (2020, pp. 430-431).

Adicionalmente, respecto a la excepcionalidad o interpretación restrictiva del uso de este criterio al establecer que la probabilidad de que la introducción de la conducta alternativa lícita no haya influido en el resultado dañoso debe ser rayana en la certeza (Diez-Picazo, 1999, p. 348; Peña, 2018, p. 7).

¹⁰ En el *common law* el tratamiento de la pérdida de la oportunidad se realiza en el ámbito de la causalidad incierta, existiendo especiales complicaciones en el ámbito de la responsabilidad médica, en los que se ha requerido prueba de la oportunidad perdida clara y precisa y un amplio margen de seguridad de que esta podía cumplirse; inclusive se ha descartado en los casos de error de tratamiento, señalándose derechamente que el daño se refiere a una conducta antijurídica consistente en el procedimiento defectuoso; por otro lado, en Canadá la pérdida de la oportunidad se aplica de manera restrictiva a casos tan precisos como sería la pérdida de un billete de lotería

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 |  <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

A partir de los criterios enfatizados se intentará fundamentar que, en materia de incumplimiento del deber de información del médico, la incorporación de un riesgo no permitido por una conducta culpable permite presumir la causalidad del daño, puesto que se encuentra en el caso de una omisión, aun cuando se deja como contrapeso la posibilidad al facultativo de probar que sin haber adoptado la conducta alternativa lícita no hubiese cambiado el ámbito de decisión del paciente sobre el tratamiento o el éxito del mismo; adicionalmente, a través del criterio de fin de protección de la norma, se descarta toda imputación extraña a los fines de la entrega de los distintos tipos de información.

El incumplimiento del deber de información como presunción de causalidad y el consentimiento informado hipotético como defensa de tratante

En el acápite anterior se señaló que, en el caso de las omisiones, el desvalor de la conducta por la introducción de un riesgo no permitido contribuye de manera determinante a la configuración del nexo causal.

A pesar de ello, en determinados casos, se podrá excluir la responsabilidad y el vínculo causal entre la conducta y el daño cuando la conducta alternativa lícita no incrementa el riesgo o el daño que se pretende imputar al facultativo, quien es ajeno a la protección de la norma. Se ha planteado que esto deberá ser probado por el tratante, lo que permitiría vencer una presunción de causalidad entre la conducta culpable y el daño a la autonomía decisoria del paciente.

Esta alternativa aparece en el ordenamiento jurídico alemán, que cuenta con un sistema de responsabilidad civil de culpa probada, dentro del esquema del contrato de tratamiento médico, por lo cual el paciente debe acreditar la negligencia o incumplimiento de protocolos o normativa en la conducta del tratante que probó el daño.

En este ordenamiento la responsabilidad tiene una doble vía, en primer lugar, por error de tratamiento, provocado por el incumplimiento de los protocolos y la *lex artis*; y, en segundo lugar, por falta de información. En el primer caso, la carga de la prueba recae sobre el demandante, de acuerdo con la fundamentación general del sistema de responsabilidad civil alemán, fundamentado en la culpa probada; mientras que, en el segundo, es el tratante quien debe acreditar que transmitió la información, según lo requerido, y recabó

ganador (Luntz, 2016, pp. 175-179). Se reconoce, sin embargo, el trabajo de Gemma Turton en el que se atisba el reconocimiento de la oportunidad perdida como daño que, sin embargo, se identifica finalmente con la afectación producida a la autonomía decisoria del paciente (Turton, 2016, pos. 4153).

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

adecuadamente el consentimiento informado, ya que se establece un sistema de responsabilidad sin culpa y de causalidad presunta (Spickhoff, 2021, p. 200).

Las reglas sobre la prueba constituyen uno de los temas esenciales de la reforma al BGB introducida por la Ley de Derechos del Paciente (Dammann, 2021, pp. 58-72). La regla § 630 h del BGB en su numeral 2 apunta expresamente que la prueba de haber recabado el consentimiento informado, y proporcionado la suficiente información previa a ello, corresponde al tratante, según los estándares determinados en las § 630d y 630e. Si existe un incumplimiento referente al deber de información, el médico puede probar que aun con la transmisión de la información el paciente hubiera consentido en el tratamiento, es decir, se regula el consentimiento informado hipotético como defensa del tratante, frente a la presunción aludida en el numeral anterior que flexibiliza al paciente la prueba de la relación causal entre el incumplimiento del deber de informar y el daño.

Esta presunción otorga un amplio espectro de protección al paciente. A pesar de que, de manera general, el factor de imputación es la culpa en el ordenamiento jurídico alemán, en materia de responsabilidad médica, se asume una noción objetivada ante casos en que la jurisprudencia ha identificado una asimetría, ya que se requiere que sea el facultativo quien se encargue de probar que cumplió con el estándar de conducta requerido (Finn, 2015, pp. 61-62; Neufeind, 2018; pp. 83-101; Stauch, 2015, p. 90).

Partiendo de que el esquema señalado ofrece una solución novedosa a la incerteza causal en las omisiones, específicamente en el caso de incumplimiento de deber de informar, es posible proponer que la prueba de la causalidad en Chile se aliviane en el caso estudiado, teniendo en cuenta que la verificación del nexo causal es uno de los elementos más complejos de probar, específicamente en el caso de incumplimiento del deber de informar de médico. Partir de la presunción de la causalidad en la culpa, entendida esta última como introducción de un riesgo no permitido, y que sea el facultativo quien puede derribar dicha presunción con la prueba de que la conducta alternativa lícita no hubiese disminuido el riesgo, soluciona las dificultades de incerteza causal que han llevado a un uso abusivo de la pérdida de la oportunidad en los casos de incumplimiento del deber de información del médico (Martín Casals, 2015, pp. 47-50; Solé, 2018, p. 92). En el ámbito nacional (Munita, 2022, pp. 249-255).

Finalmente, el peso excesivo para el paciente que implica la prueba de la causalidad, sumado a la errada comprensión de que el nexo causal conecte la omisión de información con el daño físico o corporal emanado de la materialización del riesgo, lo coloca en una posición muy desventajada. Resulta coherente, entonces, que la presunción de causalidad en que deriva la culpa en la omisión del deber de informar conviva con la posibilidad de defensa del médico de probar el consentimiento hipotético. Esta prueba deberá ser objetiva,

con base en la historia de valores y registro de la planificación anticipada del tratamiento en salud.

La doctrina nacional ha tenido variadas posiciones respecto al consentimiento informado hipotético, con autores que lo reconocen como válida defensa del facultativo al corresponderle la prueba del cumplimiento de su obligación de informar, puesto que si no queda claro que el paciente hubiera tomado decisión distinta, el profesional de la salud puede recurrir a la historia de valores y otros instrumentos de la planificación anticipada de atención en salud para demostrar que la entrega imperfecta de información no incrementó el riesgo, o que se le está atribuyendo a este hecho algo que no se encuentra en el fin de protección de la norma. Quienes han tomado una posición contraria al consentimiento informado hipotético en la doctrina nacional y comparada han argüido el ligamento del deber de informar con un derecho fundamental a la autonomía del paciente, o la imposibilidad de configurar la presunción de un hecho que no es el curso normal de las cosas, y, por ello, debe producirse, como es la entrega del consentimiento informado; no obstante, el esquema cobra sentido si se equilibra esta figura con la posibilidad de suavizar la prueba de la causalidad de forma importante con una presunción judicial, o legal de causalidad ante dicho incumplimiento.

En contra de que el consentimiento informado hipotético pueda desvanecer la responsabilidad en el caso en que la relación causal no sea enteramente cubierta, Cadenas (2018, p. 355), bajo el fundamento de que la autonomía del paciente es un derecho; en la doctrina chilena, Pizarro (2015, pp. 115-119), objetando no solo la vulneración de un derecho del paciente que esta institución implica, pero además la imposibilidad de construir la presunción a partir de un hecho inexistente; con similar criterio, Vidal (2020, pp. 59-60) parte de que el deber de información es de carácter legal, por lo que no puede obviarse; en una reciente publicación se pronuncia en contra también Aedo (2022), resaltando la naturaleza de consentimiento informado como obligación legal y no como criterio de responsabilidad. A favor de esta figura, como parte del criterio de imputación del incremento del riesgo y relativa desconexión de la autonomía del paciente respecto del consentimiento informado como tal, De la Maza (2010, p. 88; Barros, 2020, pp. 733-739), este segundo acudiendo al esquema alemán de presunciones. En una posición más bien moderada aceptando la posibilidad de que el consentimiento informado hipotético pueda servir para romper el nexo de causalidad, pero no la culpa al permanecer la falta, cabe mencionar a Hernández y Chahuán (2021, pp. 23-24).

En el presente trabajo, toma partido por la implementación de un esquema similar al contenido en la regla § 630h del BGB alemán, a saber, una presunción de causalidad del daño ante el incumplimiento del deber de informar; cabe aclarar que se parte de que este

último corresponde a uno de carácter extrapatrimonial, la lesión a la autonomía decisoria del paciente.

Conclusiones

1. La prueba de la causalidad y el estándar elevado de esta en el ordenamiento jurídico chileno debe conducir hacia un sistema de presunción judicial entre el incumplimiento del deber de información; es decir la culpa, entendida como introducción de un riesgo no permitido que ya tiene un papel fundamental en las omisiones como desvalor de la conducta que la doctrina ha vinculado con la causalidad.
2. El ordenamiento jurídico alemán ha avanzado hacia casos de presunción judicial de la causalidad, tras constatarse en la jurisprudencia que es el elemento más difícil de prueba en la responsabilidad médica en general; y en el deber de información, en particular, al colocar al paciente en la tarea de probar la conexión del daño físico del paciente y la falta de información.
3. El propio ordenamiento jurídico alemán opta por la introducción de un sistema de presunciones en el § 630h numeral 2 del BGB, en el contexto de la regulación del contrato de tratamiento, en el que se opta por la presunción de causalidad, entre otros, en los casos de imperfecta entrega de la información al paciente. El facultativo, sin embargo, puede defenderse con la prueba de que el incumplimiento de deber de información no incrementó el riesgo frente a la conducta alternativa lícita.
4. Quienes han tomado una posición contraria al consentimiento informado hipotético en la doctrina nacional y comparada, han argüido el ligamento del deber de informar con un derecho fundamental a la autonomía del paciente, o la imposibilidad de configurar la presunción de un hecho que no es el curso normal de las cosas, y, por ello, debe producirse, como es la entrega del consentimiento informado; no obstante, en el presente trabajo se concluye que el esquema cobra sentido si se equilibra esta figura con la posibilidad de suavizar la prueba de la causalidad o comprender la culpa, manifestada en el incumplimiento en el deber de informar, como presunción de esta.

Referencias

- Aedo, C. (2020). La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa? *Revista Chilena de Derecho Privado*, 35, 117-145. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722020000200117>
- Agón, J. (2017). *Consentimiento informado y responsabilidad médica*. Wolters Kluwer La Ley.
- Barría, R. (2014). La presunción de culpa por el hecho propio en el derecho europeo. *Ius et Praxis*, 20(2), 275-306. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200008>
- Barros, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Tomo II, 2.ª ed. Editorial Jurídica de Chile.
- Cadenas, D. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. Boletín Oficial del Estado.
- Cane, P. y Gouldkamp, J. (2018). *Atiyah's Accidents, Compensation, and the Law*. 9.ª ed. Cambridge University Press.
- Cheluvappa, R. y Selvendran, S. (2020). Medical Negligence - Key Cases and Application of Legislation. *Annals of Medicine and Surgery*, 57, 205-211. <https://doi.org/10.1016/j.amsu.2020.07.017>
- De Ángel, R. (2014). *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la imputación objetiva y otros extremos*. Thomson Reuters Civitas.
- De la Maza, I. (2010). Consentimiento informado y relación de causalidad. En De la Maza, I. (coord.), *Responsabilidad médica. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado VI* (127-144). Universidas Diego Portales.
- Devaney, S. (2005). Autonomy Rules Ok. *Medical Law Review*, 13(1), 102-107. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwi005>
- Diez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Thomson Reuters.
- Domínguez, C. (2021). La exigencia de consentimiento informado como hipótesis de responsabilidad civil: su regulación en Chile. En N. Stitckin (coord.), *Estatutos especiales de responsabilidad civil*. Tirant Lo Blanch.
- Doyle, J. (2016). Causation in the Context of Medical Practitioners' Liability for Negligent Advice. En I. Freckelton y D. Mendelson, (eds.), *Causation in Law and Medicine* (pp. 379-398). Routledge.
- Finn, M. (2015). Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 55-75. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002>
- Galán, J. (2020). *Responsabilidad civil médica*. 7.ª ed. Reuters Civitas.
- Giesen, I. (2008). The Burden of Proof and other Procedural Devices in Tort Law. En H. Koziol y R. Schulze (eds.), *Tort and Insurance Law Yearbook* (pp. 49-67). ECTIL de Gruyter.
- Gimbernat, E. (1987). Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (pp. 579-608). Tomo 40, fascículo 3.
- Goldberg, J. y Zipursky, B. (2010). *The Oxford Introduction to U.S. Law: Torts*. Oxford University Press.
- Hart, J. L y Honoré, A. (2002). *Causation in the Law*. 2.ª ed. Clarendon Press.
- Hernández, G. y Chahuán, F. (2021). Consentimiento informado en las prestaciones de salud. *Acta Bioethica*, 27(1), 17-25. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2021000100017>
- Infantino, M. y Zervoggiani, E. (2017). The Cartography of Causation. En M. Infantino y E. Zervoggiani (coord.), *Causation in European Tort Law* (pp. 587-667). Cambridge University Press.
- Jones, M. (2003). *Medical Negligence*. Sweet and Lasswell.
- Patientenrechte* (pp. 97-116). Nomos.
- Llamas, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Wolters Kluwer.
- Luntz, H. (2016). Loss of Chance. En I. Flackelton y D. Mendelson (eds.), *Causation in Law and Medicine* (pp. 152-198). Routledge.

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

- Martín-Casals, M. y Solé, J. (2004). Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003. *In Dret*, 2, 1-12. https://indret.com/wp-content/uploads/2007/06/217_es.pdf
- Martín-Casals, M. Ribot, J. y Solé, J. (2003). Medical Malpractice Liability in Spain. Cases, trends and developments. *European Journal of Health Law*, 1, 153-161. <https://www.jstor.org/stable/45442582>
- Medina, L. (2018). La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal. Thomson Reuters Civitas.
- Munita, R. (2022). El incremento del riesgo como criterio complementario a la creación del riesgo no permitido en el análisis de la causalidad en las omisiones en contextos médico-sanitarios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 38, 225-262. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722022000100225>
- Neuefeind, W. (2018). *Der Behandlungsvertrag: Kommentierung der §§ 630a bis 630h BGB mit Vorbemerkungen zu begleitenden Rechtsthemen*. Springer.
- Pantaleón, F. (1991). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. *Centenario del Código Civil* (pp. 1561-1591), II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Parra, D. (2020). La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica. Notas desde el ordenamiento chileno. En J. Mercader, M. J. Santos, P. del Olmo, L. Arysmendi y F. Oyarzún (comps.), *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica (homenajes y congresos)* (pos. 16254). Tirant Lo Blanch. Versión Kindle.
- Peña, F. (2019). El argumento de la conducta alternativa lícita en el derecho de daños. *Revista IBERC*, 2(3), 1-31. <https://doi.org/10.37963/iberc.v2i3.87>
- Pizarro, C. (2015). En oposición al consentimiento hipotético informado. *Revista de Derecho PUCV*, 44(2), 97-120. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100003>
- Pizarro, C. (2017). *La responsabilidad civil médica*. Monografías. Thomson Reuters.
- Salvador, P. y Fernández, A. (2006). Causalidad y Responsabilidad. *In Dret*, 1/2006, 1-27. <https://indret.com/causalidad-y-responsabilidad-3/>
- Santos, M. J. (2018). La responsabilidad médica (en particular en la medicina voluntaria): una relectura desde el punto de vista contractual. *In Dret*, 1, 1-57. <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1370.pdf>
- Solé, J. (2018). Mecanismos de Flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico sanitaria. *Revista de Derecho Civil*, 5(1), 55-97. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/298/252>
- Spickhoff, A. (2021). Legal Questions Concerning Medical Malpractice Liability: Substantive Law and Its Enforcement. Country Report Germany. En D. Bach-Golecka (ed.), *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings* (pp. 195-214). Springer.
- Stauch, M. (2015). The 2013 German Patients' Rights Act – Codifying Medical Malpractice Compensation. *Journal of European Tort Law*, 6(1). <https://doi.org/10.1515/jetl-2015-0004>
- Tapia, M. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho*, 15(2), 75-111.
- Turton, G. (2019). Informed Consent to Medical Treatment Post-Montgomery: Causation and Coincidence. *Medical Law Review*, 27(1), 108-134. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwy026>
- Vidal, A. (2020). *Responsabilidad por negligencia médica*. Academia Judicial. https://academiajudicial.cl/wpcontent/uploads/2021/09/03Responsabilidad20civil20medica_Pub5201.pdf