

## CONTRATOS ESPECIALES

*Iñigo de la Maza Gazmuri*

Profesor de Derecho Civil

Universidad Diego Portales

COMENTARIO. CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD (CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 23 DE ENERO DE 2009).

Durante el mes de octubre de 1999, una paciente concurrió, junto a su madre (en adelante, las demandantes) a la consulta de la médica HP por molestias a nivel del útero. Luego de revisar algunos exámenes de sangre y ecografías, la profesional detectó la aparente presencia de un quiste, por lo que derivó a las demandantes a una especialista, la doctora GC, quien, por su parte, recomendó al médico RCA (indistintamente, el demandado), un especialista en intervenciones quirúrgicas a través del sistema de laparoscopia. El doctor RCA solicitó una ecografía y, luego de examinarla, informó a las demandantes acerca de la presencia de dos quistes. En el mes de marzo, el demandado indicó a las demandantes que había decidido operar con el objetivo de extraer ambos quistes. El procedimiento de laparoscopia, sin embargo, puede utilizarse no sólo con fines extractivos sino, además, con una función exploratoria. Se-

gún declararon algunos médicos en el proceso, la función extractiva se decide en la medida de que se tiene conocimiento cierto de la necesidad de la cirugía. En los hechos, el procedimiento de laparoscopia fue empleado únicamente en su función exploratoria. Las demandantes alegan en su presentación ante los tribunales que la función exploratoria nunca se les informó, ni con anterioridad a la intervención médica, ni con posterioridad a ésta. Tanto la menor como su madre estaban convencidas de que los quistes habían sido extirpados, de hecho descubrieron lo contrario, sólo, un tiempo después cuando la madre se cambió de ISAPRE.

Lo que alegan, entonces, es que la intervención médica se realizó sin contar con su consentimiento informado y, en consideración a esta situación, solicitan el pago de una indemnización de daños y perjuicios por concepto de daño moral. El tribunal de primera instancia condenó al demandado a pagar, por dicho concepto, la suma de \$1.000.000 a la madre y de \$3.000.000 a la menor. El tribunal de alzada revocó dicha decisión. Conviene citar, con cierta amplitud, su razonamiento:

“...como se está en el ámbito de la responsabilidad contractual, el error en la información de lo obrado por el profesional, no es causal de responsabilidad sino solo en la medida que sea además un incumplimiento de las obligaciones del profesional que cause o genere un daño, y que el incumplimiento se deba a no haberse cumplido la obligación, a haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento conforme a lo dispuesto por el artículo 1.556 del Código Civil (...) el profesional habilitó los procedimientos médicos conforme al Protocolo quirúrgico de la Clínica Alemana señalando el Código Fonasa correspondiente a la paraloscopía exploratoria, por lo tanto, no ha habido incumplimiento de sus obligaciones contractuales (...) Lo anterior no descarta que las demandantes se hallaban convencidas que la intervención del profesional demandado lo era y lo fue, con el único fin de efectuar la extracción de los ya mencionados de la menor, pero dicho estado de error al que arribaron no puede ser atribuida (sic) a la responsabilidad del profesional, en términos de hacerlo responsable de indemnizar perjuicios, conforme a los arts. 1545 y siguientes del Código

Civil dados los documentos oficiales llenados por el mismo que daban cuenta de la paraloscopía exploratoria, lo que también estaba en conocimiento del resto del personal que participó en la intervención”.

Existen, al alero de la sentencia y de los hechos relatados, un conjunto de problemas jurídicos de gran relevancia y escasamente tratados por la doctrina chilena; todos ellos se pueden agrupar bajo el rótulo del consentimiento informado. En este comentario me ocuparé de mostrar que, en primer lugar, el consentimiento informado suele ser un requisito de toda actuación médica; en segundo lugar, señalaré que, en este caso, se incumplió con los requisitos de dicha especie de consentimiento. Por último, indicaré que no obstante el incumplimiento del deber del médico de suministrar información a su paciente, en este caso, probablemente, no exista responsabilidad civil del demandado.

Tanto en el Derecho nacional como en el Derecho Comparado se acepta que un requisito de las actuaciones médicas consiste en contar con el consentimiento informado del paciente (véase, por ejemplo, Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 682-685). Este requisito se incumple en dos supuestos:

- 1) si la intervención médica no ha sido consentida por el paciente y

- 2) si con anterioridad a su consentimiento, el paciente no ha sido debidamente informado.

El caso que origina este supuesto parece corresponder al segundo supuesto: las demandantes no habían sido debidamente informadas acerca de la atención médica a que se sometería a una de ellas.

En general, se afirma que el fundamento del consentimiento informado como requisito de toda actuación médica se encuentra en la protección de la autonomía o autodeterminación de los pacientes (Véase, por ejemplo, Ruth FADEN y Tom BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press 1986, pp. 7-9), se reconoce a cada persona un cierto derecho a determinar qué es lo que se hace con su cuerpo. La intervención en el cuerpo del paciente debe ser aceptada por éste, quien decide si se somete o no a una actuación médica. Esa decisión debe, además, ser informada. En términos de autonomía, el valor de una decisión depende en buena parte de que la persona tenga conocimiento de los aspectos centrales de la cuestión (Josephine SHAW, "Informed Consent: A German Lesson", in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Nº 4, London, 1986, p. 873). Finalmente, la información que requiere el paciente para emitir un consentimiento informado debe, en general, ser suministrada por el médico. Esto significa que, junto a la prestación principal del médico (en este caso una inter-

vención quirúrgica, que debe realizarse conforme a la *lex artis*), existe un deber accesorio, cuyo contenido consiste no sólo en la transmisión de datos objetivos (esto es, un deber de informar en sentido estricto) sino, además, según lo requieran las circunstancias un deber de orientar al paciente en su decisión (es decir, un deber de aconsejar). Véase GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales*, Madrid, La Ley, 1994, p. 120. Pues bien, en general,

- 1) se estima que toda actuación médica debe contar con la autorización del paciente,
- 2) que dicha autorización debe ser suficientemente informada y
- 3) que, en general, es deber del médico suministrar al paciente la información que este precisa para tomar su decisión.

¿Fueron debidamente informadas las demandantes por el médico tratante? La respuesta a esta pregunta precisa advertir que no sólo se trata de que el profesional suministre al paciente información, sino de que lo haga en términos de que la información resulte útil para este último. El requisito, entonces, es que la información sea *comprensible*, después de todo, el derecho a ser informado debe comprenderse como un derecho a ser informado en términos comprensibles por el destinatario de la información. Como es evidente, la comprensibilidad de la información depende, en buena parte, de los conocimientos y capacidades del paciente. No obstante, con frecuencia,

será necesario que el profesional “adapte” la información de carácter más técnico-científico, trasladándola al lenguaje común, de manera que sea susceptible de ser aprovechada por el paciente. Véase José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2007, p. 217.

Conviene ahora recordar el tenor de la sentencia del tribunal de alzada. Se señala ahí:

“...el profesional habilitó los procedimientos médicos conforme al Protocolo quirúrgico de la Clínica Alemana señalando el Código Fonasa correspondiente a la paraloscopía exploratoria...”

y se añade que el resto del personal que participó en la intervención estaba al tanto de esta información. ¿Es posible desprender de estos datos que se obtuvo el consentimiento informado de las demandantes? La respuesta es, evidentemente, que no, un código de FONASA no es un tipo de información comprensible para un paciente promedio, por otra parte, el hecho de que el resto del personal que participó en la intervención tuviera conocimiento de que se trataba de una paraloscopía exploratoria es completamente irrelevante, quienes deberían tener conocimiento acerca de la naturaleza de la intervención son aquéllos que deben prestar su autorización para legitimarla, es decir, en este caso, la menor que se sometió a ella y su madre. Sorprendente-

mente, el tribunal parece aceptar que es posible que las demandantes no hayan sido informadas de modo adecuado y que esta falta de información puede atribuirse al profesional. Luego de advertir que el profesional habilitó los procedimientos conforme a los protocolos quirúrgicos de una laparoscopia exploratoria, la sentencia señala:

“Lo anterior no descarta que las demandantes se hallaban convencidas que la intervención del profesional demandado lo era y lo fue, con el único fin de efectuar la extracción, pero dicho estado de error al que arribaron no puede ser atribuida(sic) a la responsabilidad del profesional en términos de hacerlo responsable de indemnizar perjuicios...”.

Parece desprenderse de la sentencia que el profesional incumplió con su deber de informar al paciente; la intervención médica, por lo tanto, se realizó sin el consentimiento informado de este último. ¿Por qué, entonces, el tribunal de alzada considera que el profesional no está obligado a indemnizar el daño moral a las demandantes? En mi opinión, los argumentos que da el tribunal no prestan ninguna utilidad para justificar su negativa. De ahí no se sigue, sin embargo, que en un caso como éste debiera haberse decretado la responsabilidad del profesional. Una vez más, la solución del tribunal es correcta, no se justifica, en este caso

la imposición de la obligación de indemnizar daños y perjuicios. La cuestión es qué argumento justifica esta decisión.

Para hacerse cargo de esta última cuestión es necesario comenzar dando un pequeño rodeo y advertir que, en apariencia la prestación principal –esto es, la laparoscopia exploratoria– se realizó con apego a la *lex artis*. Por lo tanto, el daño no puede consistir en el hecho de que la prestación se haya realizado defectuosamente, sino en el hecho de que se haya realizado sin el consentimiento del paciente. Esta precisión es en extremo importante en términos de causalidad. Si el vínculo de causalidad no se puede construir entre la *forma* en que se ejecutó la prestación y el daño que se deriva de ella, la segunda forma de configurar la relación de causalidad es estableciendo un vínculo entre el *hecho* de que se haya ejecutado la prestación y el daño que se derivó de ella.

Ésta parece ser la forma en que se ha enfrentado la cuestión en el Derecho Comparado. Así, por ejemplo, en el Derecho estadounidense se señala que, en estos casos, la causa se compone de dos elementos: *decisión-causation* e *injury-causation*. Robert GATTER, “Informed Consent Law and the Forgotten Duty of Physician Inquiry”, in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 31, Chicago, 2000, p. 562. A propósito del primero de ellos, lo que debe demostrar el demandante es que la infracción al consentimiento informado *causó* la decisión del paciente de someterse a la actuación

médica, en términos tales de que si el médico hubiese informado acerca del riesgo que calló, el paciente no se hubiera sometido a dicha actuación. En el Derecho alemán, en tanto, se reconoce el “consentimiento hipotético” del paciente como una defensa de los médicos frente a las acciones de responsabilidad derivadas de falta de consentimiento informado. Lo que el médico debe acreditar es que, aún si el paciente hubiera sido informado acerca del riesgo, igualmente se habría sometido a la intervención. Véase SHAW, *op. cit.*, p. 881. Ahora bien, conviene advertir que este consentimiento hipotético que debe acreditar el médico no es el de un paciente en abstracto puesto en las condiciones de aquél a quien no se le informó, sino que se trata del consentimiento hipotético del paciente que se sometió a la actuación médica.

En el Derecho chileno, BARROS BOURIE, *op. cit.*, p. 686 mantiene una posición semejante cuando señala:

“Acreditado que el médico no dio la información determinante debida (...), éste puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente en el evento de haber sido informado, atendiendo a las características generales de la enfermedad y a la situación en que se produjo la omisión”.

Y, casi a renglón seguido, añade:

“[e]n verdad, el ilícito del médico que determina la respon-

sabilidad médica es no haber dado al paciente la oportunidad de rechazar el riesgo” (*op. cit.*).

Más arriba he afirmado que la decisión del tribunal según la cual no se condenó al profesional a indemnizar daños y perjuicios a las demandantes era correcta, sin embargo, los argumentos que llevaban a ella desde el punto de vista del tribunal debían ser desechados. Al hacerlo, se impone la necesidad de identificar un argumento que reemplaze a aquéllos desechados. Ahora, dicho argumento debiera ser claro: en este caso aparece que el médico no suministró suficiente información, sin embargo, puede exonerarse alegando la voluntad hipotética de la paciente –y en este caso la de su madre– de someterse a la intervención. ¿Por qué puede aceptarse en un caso como éste la voluntad hipotética –algo que, en definitiva, debe ser acreditado por el demandado– de las demandantes habría sido la de someterse a una cirugía exploratoria? La razón, creo yo, fluye de los antecedentes del caso, en particular de las declaraciones de algunos médicos que constan en el expediente, según las cuales:

“la función extractiva [de la laparoscopia] se decide en la medida que se tiene conocimiento cierto de la necesidad de cirugía, pero no de antemano, máxime cuando hay información dudosa”.

Pues bien, en este caso había, según reconocen los mismos profesionales, información dudosa.

COMENTARIO. CONTRATO DE COMPRAVENTA, JUSTO PRECIO Y LESIÓN ENORME (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 22 DE ENERO DE 2007, CORTE SUPREMA, 21 DE ENERO DE 2009). N° LEGAL PUBLISHING: 41601.

Según lo dispuesto en el artículo 1889 del CC,

“El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende...”.

Por su parte, el artículo 1900 del mismo *Código* dispone:

“Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe a cambio”.

La sentencia que se comenta en este espacio tiene interés respecto del primer precepto. Su voto disidente se refiere al segundo precepto. La sentencia aclara qué debe entenderse por justo precio para los efectos