

Consentimiento informado, un poco de realismo

Íñigo de la Maza Gazmuri[†]

RESUMEN

Parece existir acuerdo sobre dos cosas, la importancia del consentimiento informado para la práctica médica y su justificación: la autonomía del paciente. Este trabajo intenta desafiar ambas asunciones, mostrando que la teoría no termina de adecuarse a la práctica y que, cuando se considera esto, se puede seguir insistiendo acerca de la necesidad de consentimiento informado, pero con realismo.

Responsabilidad médica – consentimiento – autonomía

Informed consent: a little bit of realism

ABSTRACT

Everyone seems to agree on two issues, namely: the importance of informed consent for medical practice and the justification of informed consent, i.e., autonomy. This work attempts to challenge both assumptions, showing that theory just doesn't square the real world. So sure, informed consent is a requisite of medical practice, but with a Little realism.

Medical liability – consent – autonomy

[†] Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

Artículo recibido el 12.8.2016 y aceptado para su publicación el 10.7.2017.

INTRODUCCIÓN

Al referirse al “principio del consentimiento informado”, el profesor Enrique Barros comienza señalando lo siguiente:

“Las relaciones del médico u hospital con el paciente están regidas por el principio de que no se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento ilustrado y libre del interesado...”¹.

La afirmación es extremadamente interesante y, sorprendentemente, lo es por razones aparentemente contradictorias. De una parte, es trivialmente correcta desde la perspectiva, digámoslo así, del “derecho en los libros”. De otra —amplia evidencia parece mostrarlo así—, es trivialmente incorrecta. Todo indica que en la práctica, al menos, el consentimiento no suele ser ilustrado, en la medida en que se entienda que “ilustrado” requiere un nivel de conocimiento necesario para un ejercicio valioso de la autodeterminación de las personas.

En realidad no hay contradicción. No hay nada extraño en que el derecho “en acción” sea distinto al “derecho de los libros”. El interés de manifestarlo aquí es simplemente que la doctrina del consentimiento informado es, aún, legislativamente novedosa. Por lo mismo, la reflexión sobre ella es aún escasa.

El aporte de este trabajo consiste en mostrar que no obstante el glamur de la autonomía —en definitiva, el principio que justifica el consentimiento informado— resulta más conveniente considerar con cautela las posibilidades de favorecer la autonomía de las decisiones de los pacientes mediante la imposición de deberes de información a los médicos.

El trabajo se divide en dos partes. En primer lugar se procura mostrar que la autonomía es la justificación que subyace al diseño legal del consentimiento informado y que los deberes de información impuestos a los profesionales de la salud constituyen la técnica de protección de los pacientes por el que se procura el consentimiento informado. En segundo lugar, presento algunas razones que explican por qué debemos ser cautelosos al considerar si esto realmente sucede.

I. AUTONOMÍA Y DEBERES DE INFORMACIÓN

1. *Autonomía*

Todo parece indicar que tanto la ética como la regulación de la actividad médica se encuentran actualmente dominadas por un paradigma, el de la autonomía de los

¹ Barros, E, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006, p. 682.

pacientes². De esta manera, el fundamento de la exigencia de consentimiento informado sería, precisamente, la protección de la autonomía o autodeterminación de los pacientes³.

El ideal de la autodeterminación consiste en la posibilidad de las personas de controlar, en cierta medida, su propio destino por medio de decisiones sucesivas a lo largo de sus vidas⁴. Entendido de esta manera, el respeto de la autonomía de las personas es uno de los principios más robustos de la tradición liberal en el mundo occidental, relacionándose con otras ideas igualmente prestigiosas y difundidas como libertad, voluntariedad, responsabilidad, y privacidad⁵.

Como ha sugerido Schuck, la protección de la autonomía personal se hace más intensa en la medida en que las decisiones conciernen más directamente a la integridad de los propios proyectos del sujeto y que, menos directamente, afectan a personas distintas de este⁶. Por esta razón, no es extraño que, insistentemente, se haya considerado a la autodeterminación de las personas como el principio mejor conocido de la ética médica⁷. Después de todo, la principal doctrina de esta rama de la ética en el derecho de las personas es su derecho a determinar qué es lo que se hace con su cuerpo⁸.

Estas ideas no parecen haber resultado extrañas al legislador de la Ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, de 24 de abril de 2012 (en adelante, Ley 20.584).

Podemos comenzar prestando atención al Mensaje Presidencial que encabezó el Proyecto de ley que originó la Ley 20.584. Al comienzo de dicho Mensaje se detallan los principios inspiradores de la ley. Los dos primeros son la dignidad de las personas y la autonomía de las personas en su atención de salud. La autonomía de las personas es desarrollada extensamente, considerando que la dignidad que se reconoce a las personas exige que se respete su voluntad; que la autonomía exige que las personas decidan si someterse o no a un tratamiento, y que esta decisión debe ser informada y que los límites a esa decisión informada son particularmente estrechos; que se debe respetar a los menores de edad y a las personas en situación terminal; el respeto de la autonomía frente a la investigación científica y el respeto a las personas con discapacidad física o intelectual. Aquí, sin embargo, interesa considerar nada más un par de párrafos del

² Aunque se trata de un lugar común como la idea de Schneider; C., *The Practice of Autonomy*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p. 3. La idea de paradigma que emplea este autor es la de T. Kuhn.

³ Ver, por ejemplo, Faden, R., y Beauchamp, T. (1986), *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Nueva York, 1986, pp. 7-9, Shaw J., "Informed Consent: A German Lesson", en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35 N° 4, 1986, p. 866, Schuck, P., "Rethinking Informed Consent", en *The Yale Law Journal*, vol. 103, 1994, pp. 924-925, Lorenzetti, R., *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, 1997, pp. 231-235, Castelletta, Angelo, *Responsabilité Médicale, Droits des Malades*, Dalloz, París, 2001, p. 79; Staples King, Jaime y Moulton, Benjamin (2006), "Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making", en *American Journal of Law*, vol. 36, p. 435; Barros (n. 1), p. 683.

⁴ Tomo esta idea de Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Londres Raz 1986, p. 369.

⁵ Ver Faden y Beauchamp (n. 3), p. 7.

⁶ Schuck, (n. 3), p. 924.

⁷ Ver Staples y Moulton (n. 3) 435.

⁸ Shaw (n. 3), p. 866.

Mensaje. El primero se refiere a la autonomía de las personas en su atención de salud, y tiene el siguiente tenor:

Respetar la dignidad de las personas no es una mera afirmación declarativa o una bien fundada pretensión programática. Al contrario, esta se traduce en formulaciones y hechos concretos, especialmente en el respeto por su libertad.

Una sociedad democrática requiere avanzar en el desarrollo humano, una de cuyas expresiones es la ampliación de libertades, como la autonomía y control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos.

Este proyecto busca precisamente reconocer dicho espacio de soberanía personal⁹.

El párrafo siguiente del Mensaje vincula la autonomía con el derecho a decidir informadamente, en los siguientes términos:

El ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que estas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento. Este derecho, en principio, no tiene más limitaciones que excepciones basadas en razones de salud pública; también, en que los procedimientos médicos obedezcan a situaciones de emergencia, que no hagan posible recabar la voluntad de la persona; además, se da en ciertas situaciones. Por ejemplo, si una persona se hospitaliza, se entiende que acepta ciertos procedimientos o tratamientos asociados a dicha circunstancia.

Asimismo, se plantea como requisito para el correcto ejercicio de este derecho el cumplimiento del deber de informar, correlativo al derecho a ser informado¹⁰.

Si ahora desviamos nuestra atención al texto de la Ley 20.584, encontramos su Título II, bajo el epígrafe “Derechos de las personas en su atención de salud”, y el Párrafo 6° cuyo epígrafe es precisamente “De la autonomía de las personas en su atención de salud” en el que se trata la necesidad de consentimiento y que este sea informado como un requisito para cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Más adelante –esta vez se trata del Párrafo 7° cuyo epígrafe es “De la protección de la autonomía de las personas que participan en una investigación científica”– se reproduce esta idea, pero esta vez respecto de las investigaciones científicas.

La preocupación por la autonomía de los pacientes parece no solo haber impregnado el proceso legislativo y el texto de la ley, sino que, de manera más bien reciente se

⁹ El texto (*Historia de la Ley N° 20584*, pp. 7-10, disponible en http://www.google.com/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2FNavbar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drecursoslegales%2F10221.3%2F37172%2F6%2FHL20584.pdf&ei=8dCaVM2_NrLdsATH0IKYDA&usq=AFQjCNEejSRyOFT-K_v_hGtgsVetOxwQGg&bvm=bv.82001339,d.cWc)

¹⁰ *Íd.*

aprecia en algunas decisiones de los tribunales superiores de justicia en la sede en donde la autonomía se manifiesta de manera más radical: la decisión de no preservar la vida. Aunque, como advierte el profesor Rodolfo Figueroa, se trata de decisiones recientes y que, más bien, contrastan con la opinión dominante de estos tribunales entre 1984 y 2008, por lo mismo, ha de tomarse con cautela¹¹. Tratándose del tema que interesa a este estudio la cautela puede disminuir. Como ha mostrado el profesor Carlos Pizarro existen al menos un par de sentencias de cortes de apelaciones y varias de tribunales de primera instancia que vinculan el consentimiento informado a la autonomía de los pacientes¹². En particular conviene citar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 30 de mayo de 2013¹³, según esta:

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 este la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye *per se* un requisito del acto médico.

Desplegada toda esta información ¿qué puede recogerse de ella? Lo siguiente, al menos: (1) la autonomía del paciente es una cuestión absolutamente central en la práctica médica; (2) esa autonomía significa libertad de decisión del paciente y esto exige no solamente que se requiera su autorización, sino que sea adecuadamente informado; (3) el deber de informar corresponde a los profesionales de la salud; (4) el suministro de información debe garantizar un consentimiento informado y, por tanto, una decisión autónoma del paciente.

2. *Deberes de información*¹⁴

La autodeterminación de los pacientes es el interés protegido, el consentimiento informado constituye el dispositivo en el que se procura esa protección, finalmente, la técnica por la que se busca garantizar el consentimiento informado es la imposición de dos deberes a los médicos. El primero de ellos consiste en solicitar la autorización del paciente, el segundo deber exige al profesional sanitario suministrar suficiente información al paciente. Este segundo deber es el que interesa aquí.

¹¹ Tanto acerca de los casos como respecto de la opinión puede consultarse Figueroa García Huidobro, R., “Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos, en I. de la Maza (comp.), *Responsabilidad Médica, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado, VI, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 205.

¹² Pizarro Wilson, C., “En oposición al consentimiento hipotético informado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 44, 2015, pp. 97-120.

¹³ Rol 1473-2012.

¹⁴ Tomo las siguientes ideas de De la Maza Gazmuri, I., “Consentimiento informado, una visión panorámica”, en *Ius et Praxis*, vol. 16-2, 2010, pp. 89-120.

La justificación del uso de esta técnica para resguardar la consecución del consentimiento informado del paciente es evidente: la presencia de asimetrías informativas¹⁵. Como sucede, en general, en las relaciones entre profesionales y legos¹⁶, aquellas entre médicos y pacientes se caracterizan porque, típicamente, existen diferencias significativas en la cantidad de información relevante que manejan las partes. Lo más frecuente será que sea el médico quien disponga de mejor acceso a la información que requiere el paciente para tomar una decisión valiosa en términos de autodeterminación.

Estas mismas asimetrías determinan que el deber de dichos profesionales no se agote en la transmisión de datos, sino que precise, además, una cierta toma de posición por parte del profesional respecto de la información. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de mayo de 1999¹⁷ se discute el caso de una paciente a quien una intervención quirúrgica de la escoliosis le produjo una lesión medular y paraplejía. En el Fundamento de derecho tercero de la Sentencia, el Tribunal Supremo advierte que la actuación de los médicos “viene forzada por la voluntad de la paciente y en contra de las recomendaciones médicas”¹⁸. En lo que interesa aquí, el deber de los facultativos no se limita a exponer al paciente las alternativas frente a su enfermedad, sino que, en casos como el mencionado deben, además, tomar una posición respecto de ellas, aconsejándolas o desaconsejándolas¹⁹. De esta manera, los profesionales de la salud no solo tienen un deber de informar, entendido este como una transmisión de datos objetivos, sino, además, según lo requieran las circunstancias –así, por ejemplo, en el caso recientemente citado–, un deber de aconsejar; esto es, de orientar a la otra parte en su decisión²⁰. Esto ha llevado

¹⁵ Ver, por ejemplo, Sánchez Gómez, A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 49.

¹⁶ Además del caso de los médicos se puede consultar el deber de informar en las relaciones entre abogados y clientes, ver, por ejemplo Crespo Mora, C. (2005), *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, pp. 141-190; en el caso de los notarios ver Kralik, Winfried “El deber de informar del Notario”, *A.A.M.N.* t. XXII vol. 2, 2003. y en el caso de los arquitectos, ver Botana García Botana García, G., “Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra (Sentencia de 6 de julio de 1990)”, *ADC* vol. 45-1, 1992, pp. 419-432.

¹⁷ RJ 1999,4802 (sala 3ª), pte. Excmo. Sr. P. Mateos García.

¹⁸ Contra las recomendaciones médicas la enferma insistió en la intervención, firmando la aceptación correspondiente. El TS negó haber lugar a la solicitud de indemnización de la paciente, señalando que ella había prestado su consentimiento para la intervención, y declaró que se había cortado la cadena causal, toda vez que se le habían informado los riesgos de la intervención quirúrgica y ella la había aceptado, contra la recomendación de los médicos.

¹⁹ Como ha sugerido Fabre-Magnan, Muriel (1993), *De l'obligation d'information dans les contrats*. Essai d'une théorie, París, LDGJ, 1993, p. 385, el deber de consejo incorpora un elemento subjetivo (la opinión) a la información objetiva que se suministra.

²⁰ Ver Ghestin, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, LGDJ, París, p. 577. Por su parte, Ferreira Sinde Monteiro, J., *Responsabilidade por conselhos, recomendações au informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 14, define el consejo como: “dar a cohecer a uma outra pessoa o que, na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o proprio faria se estivesse no seu lugar”. El mismo autor distingue los consejos de las recomendaciones, que serían una subespecie de los primeros, que se distingue

a alguna autora a afirmar, con razón, que “la relación profesional transforma el deber de informar en un verdadero deber de aconsejar”²¹.

Tratándose de la Ley 20.584, encontramos reglas tanto respecto a quién debe informar, qué se debe informar, a quién se debe informar y cómo se debe informar. En primer lugar, el artículo 10 respecto de quién debe informar, qué se debe informar y a quién se debe informar, en los siguientes términos:

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.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente. Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, esta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

únicamente por su intensidad. Las recomendaciones constituyen una exhortación más intensa que los consejos. Ferreira (*id.*) 14-15.

²¹ Gómez Calle, Esther (1994), *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid, 1994, p. 20. En verdad, la distinción entre deber de informar y deber de aconsejar, aun fuera de las relaciones entre profesionales y legos, no siempre es fácil de establecer. La razón, como ha sugerido Fabre-Magnan (n. 19), p. 385), es que ambas especies de deberes se diferencian únicamente por el contenido de la información que se trata de suministrar: en unos supuestos se trata de datos; en otros, se suma una opinión acerca de esos datos. En el mismo sentido, Ferreira (1989) 16-17, ha advertido que, aun cuando en teoría las diferencias entre información y consejo se distinguen claramente, no sucede lo mismo en la práctica.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 14 disciplina la forma en que debe suministrarse la información. El tenor literal es el siguiente:

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

Pues bien, en un apretado resumen, la cuestión es esta: se valora especialmente la autonomía de los pacientes. El dispositivo que se emplea para tutelarla es el consentimiento informado y la técnica para conseguirlo es la imposición de deberes de información.

II. ALGUNAS LIMITACIONES

La presentación del primer apartado supone que la autonomía de los pacientes es valiosa y que una técnica adecuada para promoverla es la imposición de deberes de información a los profesionales de la medicina.

Mi impresión es que ambas cuestiones deben ser consideradas con cuidado. En primer lugar, aunque la fisonomía de nuestras comunidades políticas, en general, resulta difícil de explicar sin la idea de autonomía, de allí no se sigue que en el ámbito de lo médico, necesariamente, resulte igualmente valiosa para los pacientes. En segundo lugar, lo que voy a denominar la “estructura burocrática de los prestadores de servicios de salud” impone severas restricciones a la posibilidad del diálogo que resultaría necesario si nos tomamos en serio el consentimiento informado. En tercer lugar decidir qué información debe suministrarse a los pacientes, disponer de médicos que sean capaces de transmitirla en términos comprensibles y pacientes que puedan comprenderla representa un desafío formidable. Este desafío lleva, en cuarto lugar a considerar los costos del consentimiento informado.

A continuación considero estas cuestiones en el orden en que las he manifestado.

1. *¿Realmente queremos elegir?*

El paradigma de la autonomía de los pacientes exige que sean estos quienes controlen las decisiones respecto de los tratamientos médicos a los que deben someterse.

Pero ¿es esto lo que quieren los pacientes? En un persuasivo estudio, Carl Schneider ha recurrido a ciertos estudios empíricos para mostrar que un porcentaje importante de los pacientes entrevistados consideraba que las decisiones respecto de los tratamientos médicos a que se debían someter corresponde ser tomadas por los médicos²². Su conclusión de los estudios que consultó es la siguiente:

Most prominently, these studies consistently conclude that while patients largely wish to be informed about their medical circumstances, a substantial number of them do not want to make their own medical decisions, or perhaps even to participate in those decisions in a very significant way²³.

En un sentido similar, Kapp señala que no resulta infrecuente que un número importante de pacientes no desee ni información acerca de los riesgos anejos a los tratamientos médicos ni participara en las decisiones concernientes a los mismos, abandonando así un modelo de soberanía del paciente por uno de paternalismo del médico²⁴. Y sobre esto conviene detenerse un momento. Un principio fuertemente arraigado en la medicina –y, desde luego, muy anterior al de la autonomía– es el de la “beneficencia”²⁵. La idea que subyace a él es que el médico debe procurar ante todo –incluso, eventualmente, ante el mismo paciente²⁶– el bienestar del paciente. Al considerar esta idea –marcadamente impregnada en la práctica médica nacional²⁷– y contextualizarla en el entorno en el que los pacientes deben decidir, no resulta tan extraño su disposición a ceder el control de las decisiones respecto de sus tratamientos. De una parte, la evidencia parece mostrar

²² Schneider (n. 1) 36-46.

²³ *Id.*, (1998) 41.

²⁴ Kapp, Marshall (2006), “Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care: Informed Consent and Informed Choice”, en *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol. 11 N° 1, 2006, pp. 100-101.

²⁵ Concerniente al tema se puede consultar Faden y Beauchamp (n. 3) 9-12.

²⁶ Lo que origina la interesantísima cuestión del “privilegio terapéutico”, es decir, la prerrogativa del médico de ocultar información al paciente cuando fundadamente sospecha que revelarle la información determinaría que el paciente tome una decisión en contra de su propio bienestar. Sobre el tema existe una sentencia estadounidense de 1957 (*Salgo v. Leland Stanford, Jr. Univ. Bd. of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 578, 317 P.2d 170, 181) que es frecuentemente citada en los siguientes términos:

[T]he physician must place the welfare of his patient above all else and this very fact places him in a position in which he sometimes must choose between two alternative courses of action. One is to explain to the patient every risk attendant upon any surgical procedure or operation, no matter how remote; this may well result in alarming a patient who is already unduly apprehensive and who may as a result refuse to undertake surgery in which there is in fact minimal risk; it may also result in actually increasing the risks by reason of the physiological results of the apprehension itself. The other is to recognize that each patient represents a separate problem, that the patient’s mental and emotional condition is important and in certain cases may be crucial, and that in discussing the element of risk a certain amount of discretion must be employed consistent with the full disclosure of facts necessary to an informed consent.

²⁷ Creo que una prueba contundente de esta afirmación se encuentra precisamente en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile (disponible en <http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2016/09/>

que, en entornos como este la “aversión a la decisión”²⁸ es una estrategia frecuente. Particularmente si el paciente considera que otro –el médico– puede, en consideración a su experticia técnica y su compromiso con el bienestar del paciente, tomar la decisión más correcta²⁹. No se trata, solamente, de una decisión frecuente, sino también racional, como ha sugerido Schuck:

The truth is that even reflective, highly rational patients –individuals who ordinarily and self-consciously seek information and weigh alternatives in making careful choices about their lives, and who are confident of their ability to do so– may not *want* much information about risks or alternatives in this particular context. This attitude should not be surprising given the costs to patients of acquiring the requisite information, in terms of fees for the physician’s time, the patient’s own time, and the anxiety and conflict that a more elaborate discussion might arouse. Instead, they may prefer to devote their limited resources to selecting a physician on whose judgment they are content to rely in making subsequent treatment decisions³⁰.

2. *Una medicina burocratizada*

La idea de que un conjunto de cambios tecnológicos, económicos y sociales ha despersonalizado el ejercicio de la medicina tiene ya varias décadas³¹. Progresivamente, la práctica de la medicina ha abandonado la imagen del “médico de cabecera” generalista –es decir, el perfil más liberal de la profesión–, reemplazándola por la de proveedores de servicios de salud, es decir, unidades de funcionamiento administrativamente complejo³².

Código-de-Etica-Colegio-Médico-Chile-2013.pdf, visitado 8/11/2016). Así, por ejemplo, se pueden considerar los artículos 8 y 9. Su texto es el siguiente:

Artículo 8.

El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico.

Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo.

Artículo 9.

el médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna

Ver, también Vukusich, A., Olivari, F., Alvarado, N., y Burgos, G., “Causas de la crisis de la profesión médica en Chile”, en *Revista Médica de Chile*, Nº 11, 2004, pp. 1425-1430.

²⁸ Ver Ben Shahr, O., y Schneider, C., *More than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2014, pp. 61-64.

²⁹ En este sentido Schneider (n. 1) 38-39, cita un estudio de Lidz y otros en el que se señala:

With a few exceptions (...) the patients believed that decisions about their treatment should be primarily or completely up to their physicians because of their technical expertise and commitment to the best interests of the patients.

³⁰ Schuck (1994) 934.

³¹ Ver, por ejemplo, *Yale Law Journal* July, 1970 Note “Restructuring Informed Consent: Legal Therapy for the Doctor-Patient Relationship”, pp. 1534-1545.

³² Schuck (n. 3) 926.

Este cambio, como ha de resultar evidente, ha repercutido poderosamente en el funcionamiento de la relación entre médicos y pacientes³³. En el ámbito chileno, esta transformación ha sido documentada mediante la percepción de los mismos médicos respecto del cambio en la relación médico-paciente³⁴. Una de las constantes en las respuestas de los profesionales de la salud respecto de la relación médico paciente fue la despersonalización en la relación médico-paciente³⁵. Los entrevistados consideraron que factores como la tecnificación y especialización de la medicina, la introducción de variables económicas en la profesión, la judicialización de la medicina y ciertos cambios sociales (explosión y masificación del conocimiento, pérdida de respeto y deferencia y redefinición de expectativas) han influido negativamente en la relación médico-paciente, despersonalizándola³⁶.

Una buena ilustración del malestar que esto provoca a quienes ejercen la profesión médica se encuentra en una carta enviada por integrantes del Departamento de Medicina, Servicio de Gastroenterología del Hospital Clínico de la Universidad de Chile a la *Revista Médica de Chile*. En la carta se lee lo siguiente:

Los efectos de la comercialización de la práctica médica son conocidos por todos los médicos. A pesar de esto, por ser ajeno al trabajo médico, tal vez por vergüenza, se mencionan solo en conversaciones privadas y no en las revistas médicas, ni tampoco en las reuniones o congresos. Se puede identificar por lo menos las consecuencias siguientes: 1. El paciente se transforma en un “comprador”, “cliente”, con exigencias propias de esta situación, solo parcialmente justificadas en este caso especial, cuando el “bien a comprar” es la salud. 2. Los médicos se transforman en “vendedores”. Aunque en la inmensa mayoría esta calidad no influye en sus decisiones médicas, en la conducta elegida con el paciente concreto, ello modifica su vida laboral, dedicándose menos tiempo (a veces insuficiente), a un hospital o a una clínica. A mediano-largo plazo, este hecho puede dañar la calidad de la docencia y de la formación de los futuros médicos. 3. En caso de gasto elevado de un tratamiento, sea esperado, previsible o no, el dinero se entremezcla en la RMP, transformando al médico de un “benefactor paternal” tradicional en un “comerciante”, en enemigo del paciente y de la familia. De esta apreciación resta solo un pequeño paso hasta las demandas judiciales³⁷.

³³ Ver, por ejemplo, Schneider (n. 1) 64-69.

³⁴ Bascuñán, M^a Luz (2005), “Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos”, en *Revista Médica de Chile*, vol. 133.

³⁵ *Id.*, p. 14. La autora señala que esto se explicaría por la introducción de factores económicos, de tecnología que ha determinado especialización y atomización y de cambios en los usuarios y la sociedad.

³⁶ *Id.*, pp., 13-14. Para el ámbito estadounidense una buena descripción de cómo opera esta despersonalización en Schneider (n. 1), pp. 198-202.

³⁷ Zoltán Berger F, Alberto Bardi S, Javier Brahm B, Ricardo Latorre M, Eduardo Maiza R, Antonio Morales B, Danny Oksenberg R, Jaime Poniachik T, Cristina Pimentel S., “Carta al Director”, en *Revista Médica de Chile*, v. 127 N^o 9 (1999).

Probablemente, como fenómeno esto sea más bien trivial en el sentido de que debería resultar relativamente evidente. Lo que presta mayor interés para efectos de este trabajo es cómo influye una medicina más burocratizada respecto de las posibilidades de promover la autonomía mediante la imposición de deberes de información a los médicos. Y, desde luego, influye de manera más bien negativa. Como veré un poco más adelante, las condiciones que se deben cumplir para que la imposición de deberes de información logren un consentimiento informado resultan extraordinariamente exigentes y, desde luego, más bien lejanas a una práctica burocratizada en la que una persona se atiende con varios profesionales, en la que, por lo general, por razones económicas o administrativas los profesionales dedican un tiempo más bien escaso a la atención de los pacientes.

En estas circunstancias, y como ha señalado Schuck:

...informed consent cannot credibly function as the dialogic expression of a relationship that no longer exists. Instead, health care interactions will come to resemble the commercial sales and other episodic transactions to which less demanding informed consent requirements apply in other areas of tort law³⁸.

3. *Informar, comprender y analizar*

Hasta el momento, en este segundo apartado, he sugerido que no necesariamente los pacientes desean ejercer su autonomía y que, aunque quieran las condiciones institucionales en que suele desarrollarse la relación médico-paciente dificulta enormemente el diálogo que sería necesario para que la imposición de deberes de información a los médicos logre el tipo de consentimiento informado que exige la tutela de la autonomía de las personas.

Quiero ahora detenerme acerca de las condiciones de ese diálogo ¿Qué requisitos serían necesarios para que cumpliera con su objetivo?

Schneider lo ha expresado sintéticamente de la siguiente manera:

First, doctors would have to give patients information. Second, patients would have to hear, understand, remember, and assimilate the information. Third, patients would have to analyze the information critically and insightfully³⁹.

Tres condiciones deben, entonces, quedar satisfechas: los médicos deben suministrar información, los pacientes deben entenderla y ser capaces de analizarla críticamente.

Con respecto a lo primero, resulta suficientemente obvio que el médico deba suministrar información, lo que no resulta en absoluto obvio es *qué* información debe suministrar. Desde luego, una respuesta consiste en recurrir al artículo 10 de la Ley 20.584 y señalar que se debe suministrar información acerca del estado de salud del

³⁸ Schuck (n. 3), p. 926.

³⁹ Schneider, C., "After Autonomy", en *Wake Forest Law Review*, vol. 41, 2006, p. 417.

paciente, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponible para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio.

Sin embargo, al considerar con atención la información cuya entrega exige el precepto, no resulta difícil advertir que, en verdad, la pregunta no ha quedado respondida, sino, más bien, reformulada. En este sentido, por ejemplo, es posible preguntarse ahora ¿qué alternativas de tratamiento y qué riesgos deben informarse? La respuesta, desde luego, no puede ser todas y todos⁴⁰. En fin, el problema excede con generosidad las modestas pretensiones de este trabajo. Con todo, conviene dejar consignado que se trata de una cuestión crucial, cuya resolución es cualquier cosa menos sencilla⁴¹, de la que existe abundante literatura⁴² y que requiere ser respondida para permitir el diálogo; es decir, al menos, para que el médico sepa en qué consiste su parte del diálogo.

Con todo, aun en el caso de que resulte evidente qué información debe suministrar el médico y las condiciones institucionales le permitan entregarla, un segundo requisito es que la información sea comprensible. Esto debería resultar suficientemente obvio, sin embargo, los desafíos que plantea tanto para los médicos como sus pacientes son enormes.

Comenzando por los médicos, la información que deben suministrar puede llegar a ser extraordinariamente compleja⁴³ y su entrenamiento profesional no se vincula con el suministro de información a los pacientes, por lo mismo, salvo que tengan especiales capacidades al respecto o que hayan recibido ese entrenamiento en otra parte, nada indica que se encuentren en condiciones adecuadas para hacerlo.

El caso de los pacientes resulta aún más desafiante. En general, la literatura disponible muestra que los pacientes no se encuentran en buenas condiciones ni para entender ni, menos, para analizar críticamente la información que los médicos les suministran.

⁴⁰ Como ha sugerido Hall (1997) 545 respecto de los tratamientos:

Taken to its logical extreme, informed consent law would require physicians to engage their patients in elaborate explanations for each discrete step in a complex tree of diagnostic and treatment options for even the most minor of ailments. In deciding to employ just a single test, a physician might explicitly or elliptically pass over a dozen or more options.

⁴¹ Creo que Pizarro (n. 12), p. 106, despeja este asunto de manera algo precipitada señalando que el contenido de la información que debe suministrar el médico "...queda fijado por la literatura médica atinente a la intervención a que se sometió el paciente". Puede ser, siempre que como sociedad estemos de acuerdo en confiar en la literatura médica atinente. No es, creo, demasiado claro por qué deberíamos hacer eso ciegamente. Después de todo, ¿qué informar no es un asunto estrictamente técnico. Pero, aun cuando creyéramos que eso es lo que se debe informar, encontramos un problema enorme ¿qué sucede –y este será el caso las más de las veces– si esa literatura simplemente no existe? Como dije antes, la cuestión es un poco más compleja.

⁴² Una mirada a los estándares que se emplean para evaluar qué información debe suministrarse y literatura al respecto en Karako-Eyal, N., "Physician's Duty of Disclosure: A Deontological and Consequential Analysis", en *Quinnipiac Health Law Journal*, vol. 14, 2010, pp. 1-47.

⁴³ Así, por ejemplo, la información puede comprender no solo términos extremadamente técnicos sino que, además, números, probabilidades, cursos causales muy diversos, una enorme variedad de mezclas entre ventajas y desventajas. Y todo esto sin contar que resulta muy probable que distintos especialistas tengan diversas opiniones sobre todo esto. Al respecto puede consultarse Schneider (n. 1), pp. 52-64.

En este sentido Staples y Moulton⁴⁴, por una parte, y Schneider⁴⁵, por la otra, reportan problemas que, con frecuencia, afectan el juicio de los pacientes al interpretar la información que se les suministra. Señalan todos estos autores que resulta frecuente que los pacientes sobrestiman la probabilidades de contraer enfermedades que tienen amplia cobertura mediática (*availability bias*), sobreestiman pequeños riesgos y subestiman riesgos importantes (*compression bias*), malinterpretan sus riesgos individuales basados en un número pequeño de casos publicitados (*small number bias*), se confían excesivamente en la precisión de los conocimientos que tienen (*miscalibration bias*), entienden mal los porcentajes, etcétera.

4. *Los costos del consentimiento informado*

No existen, hasta donde llegan mis noticias al menos, estudios acerca de los costos del consentimiento informado en Chile, sin embargo, en la medida en que requiere, al menos de tiempo de los médicos y algún otro recurso, lo que ha de resultar evidente es que tiene costos económicos.

Esta afirmación resulta trivial en el sentido en que es obvia. Pero al mezclarla con otras puede prestar mayor interés.

Todo —en particular la información empírica disponible— parece mostrar que el requisito del consentimiento informado no cumple la finalidad que le ha adjudicado el legislador, es decir, tutelar adecuadamente la autonomía de los pacientes. Un conjunto de limitaciones derivadas de la forma en que solemos actuar los seres humanos y las condiciones institucionales en que actualmente se desarrolla la actividad médica lo determinan de esta manera. No resulta del todo claro si esto puede o no revertirse, lo que sí parece claro es que el costo económico de intentarlo es enorme.⁴⁶ Y esta es una cuestión extraordinariamente importante porque como ha sugerido Schuck para el ámbito estadounidense —pero en términos que resultan perfectamente extrapolables al escenario chileno⁴⁷—, la cuestión de los costos del sistema de salud es extremadamente sensible como para obviarla, particularmente si no es evidente cuáles van a ser los beneficios

⁴⁴ Staples y Moulton (n. 3), p. 474.

⁴⁵ Schneider (n. 1), p. 49.

⁴⁶ Staples y Moulton (n. 3), p. 473 señalan:

First and foremost, critics claim that implementing shared decision-making in a meaningful way requires overcoming immense hurdles only surmountable by investing enormous amounts of time and money.

⁴⁷ Así, por ejemplo, en una presentación en el Centro de Estudios Públicos, el doctor Manuel Inostroza del Instituto de Salud Pública de la Universidad Andrés Bello de fecha 17 de octubre de 2014 señala:

“El costo de la salud en Chile y en el mundo es creciente y afecta a los países y a las personas. En el sistema público esto se ha resuelto por un fuerte incremento del aporte fiscal (10% promedio en los últimos 10 años) y en el sistema privado genera un aumento del costo de las primas de alrededor de un 5,9% para el mismo periodo de tiempo, según cifras de la Superintendencia de Salud”.

Ver http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5724_3624/comentarios_Manuel-Inostroza.pdf. Visitado 04/01/2014,

que se van a aparejar a gastos destinados a mejorar las condiciones del consentimiento informado⁴⁸.

Una pregunta interesante es cuánto tiempo –es decir cuántas horas de un médico tomaría entrar en un diálogo que efectivamente permitiera explicar la información e incentivara al paciente a realizar las preguntas pertinentes–. Como han sugerido Staples y Moulton para el ámbito estadounidense –pero una vez más en términos extrapolables al ámbito nacional–, durante las dos últimas décadas las presiones de tiempo de los médicos derivadas de incentivos financieros de examinar más pacientes en menos tiempo han aumentado⁴⁹.

La opinión disidente del juez Clark en *Truman v. Thomas*, un caso de 1980, muestra con elocuencia lo que determinaría para la práctica médica tomarse el consentimiento informado en serio:

Carried to its logical end, the majority decision requires physicians to explain to patients who have not had a recent general examination the intricacies of chest examinations, blood analyses, X-ray examinations, electrocardiograms, urine analyses and innumerable other procedures. In short, today's ruling mandates doctors to provide each such patient with a summary course covering most of his or her medical education (...)

(...)[This] onerous duty(...) will result in reduced care for others. Requiring physicians to spend a large portion of their time teaching medical science before practicing it will greatly increase the cost of medical diagnosis—a cost ultimately paid by an unwanting public. Persons desiring treatment for specific complaints will be deterred from seeking medical advice once they realize they will be charged not only for treatment but also for lengthy lectures on the merits of their examination⁵⁰.

El punto que ilustra la opinión del juez Clark es que tomarse en serio el consentimiento informado supondría esfuerzos monumentales que aumentarían exponencialmente los costos del sistema médico, costos que, al final del día, de una manera u otra –más directa o indirectamente– recaerán sobre los pacientes. La pregunta entonces es si se justifica pagar esos costos. Para plantear las cosas de otra manera, es cierto que de hacerlo, es probable que mejore la autonomía de los pacientes, pero en un sistema de salud aquejado por necesidades extremadamente apremiantes, particularmente para los más pobres, pagar ese precio parece un exceso injustificable.

⁴⁸ Schuck (n. 3), p. 939.

⁴⁹ Staples y moulton (n. 3), p. 473.

⁵⁰ Tomo la cita de Hall, Mark (1997) "A Theory of Economic Informed Consent", en *Georgia Law Review*, vol. 31, 1997, p. 546.

5. *Algo de realismo: una brevísima mirada a la Ley 20.584*

He comenzado estas páginas señalando que el consentimiento informado suele ser una cuestión distinta en los libros y en la realidad. Agregué que esta no es una característica exclusiva del consentimiento informado ¿por qué, entonces, gastar páginas en demostrarlo? La razón consiste en evitar juzgar la realidad a la luz de los libros. Una situación como aquella contra la que reaccionó el juez Clark en el voto disidente al que me he referido más arriba⁵¹.

Se trata de un riesgo que no resulta ajeno a nuestra práctica judicial. Para ilustrarlo convendrá recordar por un momento la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 30 de mayo de 2013 ya citada⁵², según la cual:

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 este la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye *per se* un requisito del acto médico.

Si se desmontan estas afirmaciones se encuentra lo siguiente: (1) el objeto esencial del consentimiento informado es la protección de la autodeterminación y (2) el consentimiento informado es un requisito del acto médico.

Una pregunta inquietante es ¿cuál consentimiento informado es un requisito de todo acto médico, el que efectivamente protege la autodeterminación? Si la respuesta es esa y los tribunales decidieran aplicarla, probablemente muy pocas prácticas médicas pasarían el test. Estas son malas noticias, en principio, para los médicos y, en el corto plazo, para todos. Por lo mismo, parece más conveniente mostrar alguna cautela respecto de las posibilidades del consentimiento informado y, por lo mismo, la fisonomía de los deberes de información que impone a los médicos. Probablemente, al considerar el consentimiento informado resulte adecuado escapar del influjo hipnótico que, a ratos, ejerce una concepción idealizada de autodeterminación de los pacientes e inyectar algo de realismo a nuestra comprensión del fenómeno.

No existe –o yo no he sabido encontrar– abundante información respecto de cómo ha funcionado el consentimiento informado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.584.

Sin embargo –y con las importantes limitaciones que esta situación impone– es posible dar alguna noticia acerca de cómo puede aplicarse esta ley incorporando una cierta dosis de realismo, así como se ha sugerido en las páginas precedentes.

Ante todo, podemos comenzar por un par de preceptos de la Ley 20.584. Su artículo 10 dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

⁵¹ Ver nota 50.

⁵² Ver nota 13.

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.

Por su parte, el artículo 14, contenido en el Párrafo 6° bajo el epígrafe “De la autonomía de las personas en su atención de salud”, en lo pertinente, dispone:

Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

Aun cuando el título del Párrafo 6° de la Ley 20.584 se refiere a la autonomía, existe un cierto compromiso pragmático, al menos, con las condiciones del paciente (edad, condición personal y emocional). Este giro resulta interesante tanto respecto de la información que debe entregarse como respecto de la forma en que ha de entregarse. Por lo que toca a lo primero, es probable que estas referencias a la condición del paciente abran espacio para que un profesional de la salud pueda señalar que en ese caso preciso la condición del paciente aconsejaba no informarle o informarle menos. Se trata del espinoso terreno del privilegio terapéutico⁵³ que, hasta donde llegan mis noticias, no ha sido examinado por la doctrina en Chile. Por lo que toca a la forma en que se debe suministrar la información, convendrá recordar algún comentario de Barros Bourie al respecto, según este, “una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida por inadecuada”⁵⁴.

Ahora bien, en la Ley 20.584 no existe ningún precepto que indique que los deberes de información de los profesionales de la salud aparejados al consentimiento informado puedan quedar determinados por restricciones de carácter económico, sin embargo, al menos, tratándose de la salud pública, en particular respecto de la discusión acerca

⁵³ Concerniente al tema se puede consultar Shaw, “Informed” (n. 9), p. 877, citando a Deutsch. Por su parte Staples King y Moulton, “Rethinking” (n. 5), pp. 432-434, ilustran la cuestión con un caso. En los hechos, un médico y su paciente conversaron sobre la posibilidad de un tratamiento de diagnóstico de cáncer de próstata (el test *prostate specific antigen*), el facultativo informó a su paciente acerca del riesgo sustancial de efectos colaterales que suponía el test, la elevada posibilidad de que arrojara falsos positivos y la baja probabilidad de riesgo vital derivado de un cáncer de próstata. Con esta información, el paciente decidió no someterse al test. Lo próximo que supo el médico de su paciente fue que había muerto de cáncer a la próstata, y se enteró a través de una demanda de *malpractice* dirigida contra él por no haberle recomendado someterse al test. El médico perdió el caso.

⁵⁴ Barros, *Tratado*, cit. nota n. 4, p. 683.

del derecho a la salud que consagra la Constitución existe un conjunto de autores y autoras que han dudado, incluso de su justiciabilidad⁵⁵, entre otras cosas, por razones económicas. Es probable, como afirma Figueroa, que esta postura resulte excesiva por su lejanía con el texto constitucional, sin embargo, resulta igualmente probable que un argumento constitucionalmente aceptable para no entregar determinadas prestaciones médicas –o entregarlas limitadamente– en el sistema público sea precisamente su costo, y que en realidad lo que se garantiza no es exactamente la protección de la salud, sino un “mínimo sanitario decente”⁵⁶. *Mutatis mutandis* con el consentimiento informado.

El mínimo sanitario decente debería, de una parte, asumir que en la mayoría de los casos no es realista pretender una conexión tan estrecha como la que, a ratos, exige la doctrina entre consentimiento informado y tutela de la autonomía, sin embargo no debería significar renunciar completamente.

Para considerar esta última cuestión, acaso preste interés examinar, por así decirlo, el límite inferior del consentimiento informado y preguntarse si queda satisfecho por la simple firma del paciente de un formulario. Un par de recientes sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de octubre de 2016⁵⁷ y de 18 de junio de 2015⁵⁸ debería contribuir a esta tarea.

En la primera de estas sentencias el cuestionamiento del demandante consiste, precisamente, en que no se le entregó cierta información que, de conocerla, le habría permitido concurrir a un establecimiento de cobertura preferente de su plan de salud para continuar con el tratamiento de su dolencia. La Corte entendió lo siguiente:

Que, este tribunal, comparte aquello que ha sido razonado por el tribunal a quo en cuanto a que la información que echa en falta el actor le ha sido proporcionada, desde que conforme al documento consentimiento informado para colecistectomía laparoscópica se advierte que el actor tomó conocimiento de la intervención quirúrgica respecto de la que iba ser objeto los riesgos y consecuencias que de ella derivarían, firmando el referido instrumento según consta de la ficha clínica traída a la vista como medida para mejor resolver por este tribunal.

La segunda sentencia conoce del caso de un paciente que alega que no se le informó adecuadamente, pues el suministro de información se limitó a un formulario que se le exigió firmar, denominado “consentimiento informado”, insuficiente, en su opinión, para satisfacer los requisitos del consentimiento informado. La Corte compartió esta opinión, en los siguientes términos:

⁵⁵ Ver la discusión en Figueroa García Huidobro, R., “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales*, 11-2 (2013), pp. 298-301.

⁵⁶ Tomo la expresión de Zúñiga Fajuri, A., “Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: La protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIII-2 (2010), pp. 121-123.

⁵⁷ Rol 4559-2016. CL/JUR/6833/2016.

⁵⁸ Rol 5396-2014, CL/JUR/3423/2015.

Que, sin lugar a dudas, el documento denominado consentimiento informado no reúne las exigencias plasmadas en el fundamento anterior, aunque se le estime como la conclusión de un proceso previo en que médico y paciente hubieren intercambiado la información necesaria, desde que si bien se ha intentado complementar a través de las declaraciones de los testigos de los demandados, estos no dan razón de sus dichos sobre este aspecto, ya que no explican la forma en que les consta que ello aconteció entre el demandante y demandado. Por lo tanto, pese a las citadas declaraciones y el documento incorporado, no resulta posible presumir el cumplimiento de la obligación de informar que pesa sobre ambos demandados. Sobre el médico, porque es el profesional que realizará la intervención quirúrgica de suyo compleja en el caso y sobre la Clínica, porque no obstante su defensa relativa a que su responsabilidad se limita al contrato de hospitalización suscrito con el actor, no puede desconocerse que para los efectos de responder por el hecho de otro no es indispensable la existencia de un contrato.

Pues bien, la cuestión que parece entender bien la Corte en este último caso –y no en el primero– es que asumir que la simple entrega de un formulario –probablemente al ingreso del paciente en el centro hospitalario– y su posterior firma por parte del paciente satisfacen el requisito del consentimiento informado equivale a vaciarlo completamente de contenido. Equivale, en otras palabras, a renunciar a un mínimo sanitario decente. Cuestión, por lo demás, acerca de lo que parece existir acuerdo.

En este sentido, en el ámbito español por ejemplo, se encuentra la STS de 15 de noviembre de 2006⁵⁹, que conoce de un caso en el que los prestadores del servicio médico alegaban que habían informado por medio de un formulario. La alegación no persuadió al Tribunal Supremo, el que, en lo pertinente, falló lo siguiente:

...en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención.

La segunda sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago a que se ha hecho alusión, se refiere a otra cuestión con la que resulta aconsejable cerrar este apartado: el consentimiento hipotético. Aunque, aparentemente, se alegó en autos, no tuvo

⁵⁹ RJ 2006, 8059, pte. Excmo. Sr. J.A. Seijías Quintana.

incidencia en el fallo. Sin embargo, lo ha tenido recientemente para algún autor, que se ha manifestado en contra de esta defensa de los médicos⁶⁰. En términos extremadamente simples, la defensa consiste en una manifestación del comportamiento lícito alternativo, en virtud de ello el médico asume que no informó, pero que si lo hubiera hecho, la decisión del paciente hubiera sido la misma. De esta manera, el ilícito del médico no ha incrementado el riesgo del daño cuya indemnización se pretende⁶¹.

Pues bien, si como ha sucedido en Chile, una crítica relevante que se dirige al consentimiento hipotético se endereza desde la tutela de la autonomía del paciente⁶² y se acepta que, en realidad, la conexión entre consentimiento informado y tutela de la autonomía es más bien leve, entonces esa misma levedad terminará contagiando a la crítica al consentimiento hipotético como defensa de los médicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BASCUÑÁN, M^a Luz (2005). “Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos”, en *Revista Médica de Chile*, vol. 133.
- BEN SHAHAR, O., y SCHNEIDER, C. (2014). *More than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Nueva Jersey.
- BOTANA GARCÍA, Gema (1992). “Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra (Sentencia de 6 de julio de 1990)”, *ADC* vol. 45-1.
- CASTELLETTA, Angelo (2001). *Responsabilité Médicale, Droits des Malades* (París, Dalloz), pp. 77-87.
- CRESPO MORA, María del Carmen (2005). *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010). “Consentimiento informado, una visión panorámica”, en *Ius et Praxis*, vol. 16-2, pp. 89-120.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2010). “Consentimiento informado, una visión panorámica”, en *Ius et Praxis*. Vol 16 N° 2, Universidad de Talca, pp. 89-120.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010). “Consentimiento informado y relación de causalidad”, en ID (coord.), *Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Colección de Derecho Privado VI, U. Diego Portales, Santiago, pp. 127-144.
- FABRE-MAGNAN, Muriel (1993). *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, París, LDGJ.
- FADEN, Ruth y BEAUCHAMP, Tom (1986). *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Nueva York.

⁶⁰ Ver Pizarro (n. 12).

⁶¹ Más información en De la Maza Gazmuri, I., “Consentimiento informado y relación de causalidad”, en ID (coord.), *Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Colección de Derecho Privado VI, U. Diego Portales, Santiago, 2010, pp. 127-144.

⁶² No es la única crítica posible, Pizarro (n. 12), pp. 115-117 ha sugerido también que no se podría construir la presunción.

- FERREIRA SINDE MONTEIRO, Jorge (1989). *Responsabilidade por conselhos, recomendações au informações*, Livraria Almedina, Coimbra.
- FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, R. (2010). "Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos", en (I. De la Maza (comp.) *Responsabilidad Médica, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado, VI, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago.
- FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, R. (2013). "El derecho a la salud", en *Estudios Constitucionales*, 11-2.
- GHESTIN, Jacques (1993). *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, LGDJ, París.
- GÓMEZ CALLE, Esther (1994). *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid.
- HALL, Mark (1997). "A Theory of Economic Informed Consent", en *Georgia Law Review*, vol. 31, pp. 1-31.
- KAPP, Marshall (2006). "I Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care: Informed Consent and Informed Choice", en *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol. 11 N° 1.
- KARAKO-EYAL, Nili (2010). "Physician's Duty of Disclosure: A Deontological and Consequential Analysis", en *Quinnipiac Health Law Journal*, vol. 14, pp. 1-47.
- KRALIK, Winfried (2003). "El deber de informar del Notario", *A.A.M.N.*, t. XXII, vol. 2.
- LORENZETTI, Ricardo (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2015). "En oposición al consentimiento hipotético informado", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 44, 2015, pp. 97-120.
- RAZ, Joseph (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Londres.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia (1998). *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid.
- SCHNEIDER, Carl (1998). *The Practice of Autonomy*, Oxford University Press, Nueva York.
- SCHNEIDER, Carl (2006). "After Autonomy", en *Wake Forest Law Review*, vol. 41.
- SCHUCK, Peter (1994). "Rethinking Informed Consent", en *The Yale Law Journal*, vol. 103.
- SHAW, Josephine (1986). "Informed Consent: A German Lesson", en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35 N° 4, pp. 864-890.
- STAPLES KING, Jaime y MOULTON, Benjamin (2006). "Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making", en *American Journal of Law*, vol. 36, pp. 429-501.
- YALE LAW JOURNAL, Julio (1970). Note "Restructuring Informed Consent: Legal Therapy for the Doctor-Patient Relationship".
- ZÚÑIGA FAJURI, A. (2010). "Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: La protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE", en *Revista de Derecho*, vol. XXIII-2.

