



CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO: EN DETRIMENTO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

TESINA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN CIENCIA JURÍDICAS
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

HANS FERNÁNDEZ RAMÍREZ
CLAUDIA PACHECO PAVÉZ

PROFESOR GUÍA:
MARIO OPAZO GONZÁLEZ

DICIEMBRE 2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO: HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA DEFINICIÓN.....	6
I.1. Consentimiento Informado en la Ley 20.584 Sobre Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en Salud.	8
I.2. Situaciones en las que puede darse la figura del Consentimiento Hipotético Informado.	15
I.3 Aproximación hacia los requisitos para que se configure el Consentimiento Hipotético Informado.	18
I.4 Consentimiento Hipotético Informado: una propuesta de Definición.	19
CAPÍTULO II: EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO EN TANTO TEORÍA: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA	20
II.1 Argumentos a favor: La teoría de la imputación objetiva y el criterio del incremento del riesgo.	20
II.1.1 Características personales del paciente y circunstancias de la enfermedad como medios de prueba.	22
II.1.2 Las ventajas de la carga probatoria radicada en el médico.	23
II.2 Argumentos que desvirtúan el Consentimiento Hipotético Informado.	25
II.2.1 El Consentimiento Informado como dispositivo de protección de la Autodeterminación del Paciente.....	25
II.2.2 Asimetría de la información y desigualdad de medios para probar: Estándar más alto de la carga probatoria en juicio.....	28
II.2.3. La teoría del incremento de los riesgos: el problema de las presunciones en el consentimiento hipotético informado.....	32
II.2.4. El consentimiento hipotético informado no tiene argumento de texto en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no ha sido desarrollado por la doctrina nacional.	36
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA.....	40

CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO: EN DETRIMENTO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

HANS FERNÁNDEZ RAMÍREZ

CLAUDIA PACHECO PAVÉZ

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es demostrar que, de conformidad con las reglas del ordenamiento jurídico civil chileno, la figura del consentimiento hipotético informado no tiene cabida, por cuanto que no es posible presumir el consentimiento del paciente – presunción que atentaría contra la autonomía de las personas en tanto principio rector de la atención en salud – y, por lo tanto, el médico tiene que responder por el daño causado.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado - Consentimiento hipotético informado – Autonomía del paciente - Ley 20.584 – Deber de informar del médico.

INTRODUCCIÓN

El consentimiento informado es un derecho del paciente que consiste en que, previo a la realización de un tratamiento o intervención médica en su cuerpo, debe expresar su conformidad, conformidad que debe ir precedida por la información necesaria para que el paciente decida libremente según sus propios intereses. Como correlato de este derecho se desprende el deber del médico o profesional de la salud de poner a disposición del paciente dicha información de manera oportuna, veraz y comprensible, con el fin de recabar su consentimiento antes de llevar a cabo su procedimiento. Nuestro ordenamiento jurídico lo contempla en la Ley N°20.584 que Regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, asimismo, la Tercera Sala (Constitucional) de la Corte Suprema, parafraseando los artículos 10 y 14 de esta ley, señala que el consentimiento informado es ***“entendido como el derecho de toda persona a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención***

*de salud (...); derecho que 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 (...)*¹. La doctrina en el derecho civil ha hecho esfuerzos por establecer el contenido del consentimiento informado en el ámbito médico², cuestión que no abordaremos en este trabajo pero que nos permite ubicarnos en la perspectiva de la responsabilidad civil médica, desde donde es preciso preguntarnos por aquellos casos en los cuales no es posible recabar este consentimiento, dado que se ha omitido en todo o en parte esa información, ocasionando un daño al paciente en el contexto de la intervención médica. Es en este ámbito que la teoría del consentimiento hipotético informado plantea que en algunas circunstancias es posible presumir el consentimiento del paciente habiendo faltado el médico al deber de informar que establece la norma.

Partiendo desde la posición en la que se ha verificado un daño producido a un paciente con ocasión de una intervención médica, en cuya antesala se omitió información acerca del procedimiento que desencadenó el daño, perdiendo el paciente, en consecuencia, la opción de decidir autónomamente si se sometía o no a la actuación médica en cuestión, la opinión de la doctrina no es unánime frente a la responsabilidad del facultativo en estos casos, estableciendo a lo menos dos posturas: **1.-** Admitir la figura del consentimiento hipotético informado, posición defendida por autores entre los cuales figura IÑIGO DE LA MAZA, exonerando de responsabilidad al médico porque, atendida las circunstancias particulares del caso y el sentido común de las personas, es dable presumir que si el paciente hubiese conocido la información que no le fue otorgada de todos modos habría consentido³, reconociendo en el consentimiento hipotético informado ***“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, aun si el paciente hubiera sido informado acerca del riesgo, igualmente se***

¹ CORTE SUPREMA, ROL N°95.034 – 2020. Santiago, 24 de agosto de 2020. Considerando 6°.

² DE LA MAZA, Iñigo (2010). *Consentimiento informado, una visión panorámica*. En “Revista Ius et Praxis”, Año 16, N°2, pp. 89 y ss.; DE LA MAZA, Iñigo (2017). *Consentimiento informado, un poco de realismo*. En “Revista de Derecho (Valdivia)”, Vol. 30, N°2, pp. 111 y ss.; BRANTT, María Graciela (2008). *Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento*. En “Colección de Estudios de Derecho Civil en Homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho”, Ediciones Universidad de Valparaíso, pp. 505 y ss.; LIRA, Francisca (2014). *El deber de informar al paciente por parte del equipo de salud en la Ley N°20.584*. En “Derechos y Deberes de los Pacientes: Estudios y textos legales y reglamentarios”, CEJ 25, Paulina Milos Hurtado y Hernán Corral Talciani Editores. Universidad de Los Andes, Santiago, pp. 23 y ss.; PIZARRO, Carlos (2018). *Actualidad del deber de informar en Chile*. En “Revista Médica de Chile”, Vol. 146, N°8, Santiago, pp. 909 y ss.; PIZARRO, Carlos (2017). *El contenido del deber de informar*. En “La Responsabilidad Civil Médica”, Editorial Thomson Reuters. Santiago de Chile, pp. 28 y ss.; entre otros.

³ DE LA MAZA, Iñigo (2010). *Consentimiento informado y relación de causalidad*. En “Responsabilidad Médica”. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI, Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, pp. 138 y ss.

*habría sometido a la intervención”⁴; 2.- Si el médico no informa los riesgos asociados a la intervención que él mismo recomendó, deberá responder por el daño ocasionado al paciente descartando la figura del consentimiento hipotético informado, postura que sigue principalmente CARLOS PIZARRO WILSON, en cuya opinión, para que sea plausible esta teoría, se “**requiere, por una parte, que se logre una prueba sobre qué debe informarse respecto a una intervención en particular, a un paciente en específico. A esta tarea se suma considerar qué información era relevante, en cuanto a riesgos frecuentes o graves que inciden en la decisión del paciente o, en cambio, si son irrelevantes. Esta última tarea es demasiado ficticia para ser cierta. Asumiendo que lo que justifica el derecho a la información es la libertad personal del paciente, y no sólo un supuesto derecho a escoger o la posibilidad de elegir, no corresponde que el juez intervenga asumiendo una irreal voluntad que nunca tuvo lugar** – refiriéndose con esto a la presunción del consentimiento – **Mirar al pasado para reconstruirlo ya es difícil, pretender que las cosas ocurrieron en forma distinta, aseverarlo y darlo por probado por vía de presunciones es demasiado ficticio (...), correspondiéndole a la teoría del consentimiento hipotético informado (...) hacerse cargo de las presunciones que le permiten aseverar que el paciente habría consentido en asumir el riesgo”⁵.***

En consecuencia, dado que ambas posturas se manifiestan en las antípodas la una de la otra, exonerando de responsabilidad civil médica aquella que acepta la figura del consentimiento hipotético informado por un lado, y a su turno, la postura contraria sostiene que el facultativo debe responder civilmente por el daño cuando ha infringido el deber de informar, este problema jurídico debe analizarse a la luz de nuestro ordenamiento jurídico civil nacional, la doctrina y la jurisprudencia correspondiente.

A partir de lo anterior, sostendremos que, de conformidad con las reglas del ordenamiento jurídico civil chileno, no tiene cabida la figura del consentimiento hipotético informado, por cuanto que no es posible presumir el consentimiento del paciente – presunción que atentaría contra la autonomía de las personas en tanto principio rector de la atención en salud – y, por lo tanto, el médico tiene que responder por el daño causado.

⁴ DE LA MAZA, Iñigo (2010). *Consentimiento informado, una visión panorámica*. En “Revista Ius et Praxis”, Año 16, N°2, pág. 113.

⁵ PIZARRO, Carlos (2015). *En oposición al Consentimiento Hipotético Informado*. En “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” (online), N°44, pp. 97 - 120. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100003>. Consultado por última vez el 21 de diciembre de 2022.

El análisis que se propone será elaborado a partir de la dogmática jurídica, la cual nos permitirá alcanzar los objetivos que se pretenden en la presente investigación. Para estos efectos, se tendrá en especial consideración la Ley N°20.584 sobre Derechos y Deberes del paciente y las instituciones allí reguladas – el derecho que toda persona tiene a ser informada en forma oportuna y comprensible sobre el tratamiento y/o intervención médica regulada en el Art. 10; el deber de los prestadores de salud y del médico tratante de informar al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento, pronóstico, procedimiento y los riesgos y beneficios de este último, regulada en los Arts. 11, 12 y 13; y el consentimiento informado regulado en el Art. 14 -; la Historia de la Ley N°20.584; las disposiciones del Libro IV, título XXXV del Código Civil acerca de la Responsabilidad extracontractual; la discusión doctrinal acerca de acoger o no la figura del consentimiento hipotético informado; y, por último, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia correspondientes.

CAPÍTULO I: CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO: HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA DEFINICIÓN

El consentimiento hipotético informado no ha tenido un tratamiento uniforme en la doctrina y la jurisprudencia nacional, si bien esto se debe a los argumentos a favor y en contra que se esgrimen para aceptar o rechazar esta figura en el ordenamiento jurídico civil chileno, no existe una definición que dé cuenta de sus principales características, requisitos, consecuencias y/o particularidades que delimiten acerca de qué debemos entender cuando hablamos de consentimiento hipotético, consentimiento tácito o causalidad hipotética en el suministro de la información. Mientras que para PIZARRO WILSON se trata de una teoría que pone en entredicho el derecho a ser informado por cuanto arranca de un supuesto teórico *“en términos que si logra admitirse que el paciente habría igualmente aceptado la intervención asumiendo el riesgo – como si en realidad hubiese sido informado – no procede indemnización alguna a su favor”*⁶, DE LA MAZA lo considera un mecanismo que permite articular una defensa para los médicos frente a acciones de responsabilidad por haber infringido el deber de informar⁷; en la misma línea, BARROS BOURIE agrega que el ilícito consiste principalmente en no haber dado al paciente la oportunidad de rechazar el riesgo, por lo cual, el médico *“puede excusarse probando la voluntad hipotética del*

⁶ *Ibíd.*, p. 98.

⁷ Cfr. DE LA MAZA, Iñigo. *“Consentimiento informado, una visión panorámica”*. p. 113.

*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*⁸.

En referencia al consentimiento hipotético, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en apelación contra sentencia dictada en procedimiento sobre indemnización de perjuicios, señala que el médico *“conseguirá su objetivo liberatorio en la medida que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias -en referencia a la enfermedad del paciente – (...) es el médico quien debe probar que, aún si hubiera conocido la información, el paciente igualmente se habría sometido a la intervención quirúrgica, invirtiéndose el peso de la prueba en contra del profesional ya que es éste el mejor capacitado para demostrar la entrega de la información, así como su pertinencia y suficiencia”*⁹. Siguiendo la misma línea argumental, el 15° Juzgado Civil de Santiago en sentencia dictada en procedimiento sobre indemnización de perjuicios sostuvo que *“parece claro que la infracción al deber de información genera responsabilidad cuando de ella deriva un perjuicio, por el contrario no hay responsabilidad cuando la omisión no es causalmente determinante del daño (...), luego señala que para el caso en concreto dado los antecedentes médicos de la demandante, es razonable concluir que de haberse obtenido el consentimiento informado de la paciente, respecto de los riesgos (...) atendido el diagnóstico, la paciente igualmente se habría sometido a dicha intervención quirúrgica (...) estableciendo en la sentencia que, al no existir la relación de causalidad necesaria para que se configure la responsabilidad demandada, procede el rechazo de la demanda (...)”*¹⁰ exonerando así al médico por no haber informado el riesgo sufrido por la paciente. En este sentido, la jurisprudencia nacional, si bien aporta elementos importantes a la figura del consentimiento hipotético informado, como, por ejemplo, en materia de prueba la inversión de la carga probatoria o la relación de causalidad que debe existir entre daño causado y la omisión del consentimiento informado, el tratamiento a la figura en cuestión no otorga un contorno preciso que nos permita aproximarnos a un concepto o definición acabado.

Sin embargo, sobre la base de las ideas recogidas, la figura del consentimiento informado resulta central para aproximarnos al establecimiento de una noción del consentimiento hipotético, dado que consiste en una institución cuyo reconocimiento legal nos otorga una definición precisa y una regulación detallada de ella. Entonces, conviene afirmar que el consentimiento hipotético informado comprende una omisión o vulneración al consentimiento informado, por lo cual, haremos una revisión

⁸ BARROS, Enrique (2006). *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 686.

⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL 5.396 – 2014, de fecha 18 de junio de 2015. Considerando primero.

¹⁰ 15° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, ROL 5.291 – 2009, de fecha 8 de septiembre de 2011. Considerando quincuagésimo primero.

sucinta de los aspectos fundamentales que concierne el deber de informar que recae sobre los profesionales de salud.

I.1. Consentimiento Informado en la Ley 20.584 Sobre Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en Salud.

La consagración del consentimiento informado en tanto derecho de toda persona a otorgar o denegar su voluntad cuando, vinculado a la atención en salud, deba someterse a un procedimiento o tratamiento médico, vino de la mano de la ya referida Ley 20.584 promulgada el 13 de abril de 2012 y publicada el 24 de abril del mismo año. El Mensaje Presidencial que dio inicio al anterior proyecto de ley contempló entre sus principios inspiradores el derecho de las personas a decidir informadamente, derecho que se enmarca en el *“ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud apuntando a que éstas tienen derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento teniendo sólo como límites en principio las 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 las personas”*¹¹, de manera que, el interés protegido por la ley es la autodeterminación de las personas a decidir acerca de su salud.

El consentimiento informado comprende, para el correcto ejercicio de este derecho, el correlativo deber del médico de informar al paciente, lo que conlleva a que el principal sujeto obligado por la ley sean los prestadores institucionales e individuales en salud; con todo, es el prestador individual, facultativo o médico quien debe observar todas las características, requisitos y limitaciones establecidas por el legislador para dar cumplimiento al deber de informar.

En este apartado, corresponde hacer un breve repaso de las características y requisitos que contempla la ley para que se cumpla el consentimiento informado, con el propósito de determinar si el consentimiento hipotético informado cumple con los mismos. Atenderemos a 4 cuestiones centrales que se desprenden de la ley: 1) Que se debe informar; 2) Sobre quien reposa la obligación de informar; 3) La manera en que debe ser entregada la información; 4) Requisitos de la información.

¹¹ HISTORIA DE LA LEY 20.584. En <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4579/> Consultado por última vez el 21 de diciembre de 2022.

- 1) **Que se debe informar:** La información que debe ser suministrada a las personas en el marco de la atención en salud, comprende como objetivo fundamental el que el paciente pueda decidir autónomamente si consiente en someterse o no al procedimiento o tratamiento que el médico le recomienda. El artículo 10 de la Ley señala que el médico debe informar al paciente *“acerca del estado de 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 el pronóstico esperado, del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”*.

En este punto el diseño normativo de la ley es de textura abierta, dejando al intérprete – en principio, los prestadores institucionales e individuales de Salud que son los sujetos obligados, pero además los Tribunales de Justicia – la tarea de determinar qué información es necesaria para satisfacer el consentimiento informado, cuestión que como vemos, inevitablemente deberá resolverse caso a caso.

La doctrina en el derecho civil ha hecho esfuerzos por establecer el contenido del consentimiento informado¹²; sin embargo, el problema se funda en que la determinación de dicho contenido no puede ser llenada desde el ámbito jurídico por cuanto compete a la ciencia médica actualizar los procedimientos y tratamientos médicos para las diversas enfermedades. Se trata entonces de observar los estándares mínimos que, fijados por ley en el artículo 14, vale decir, el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad del paciente; las alternativas terapéuticas existentes, forma y fin del tratamiento médico; los riesgos seguros y posibles asociados al tratamiento o procedimiento médico; y, toda otra circunstancia que de manera razonada pueda afectar la decisión del paciente¹³.

- 2) **Sobre quien reposa la obligación de informar:** El artículo 10 de la ley señala que la obligación de informar recae en el médico u otro profesional tratante. Por su parte, el inciso 1° del artículo 1 del Decreto 31 que Aprueba el Reglamento sobre Entrega de Información y Expresión de Consentimiento Informado en las Atenciones de Salud, refiere que la obligación recae sobre *“todo profesional de la salud, que otorgue atención a una*

¹² DE LA MAZA, Iñigo y otros, op. cit.

¹³ Cfr. DE LA MAZA, Iñigo. *“Consentimiento informado, una visión panorámica”*. p. 100.

*persona, en calidad de tratante, sea en un establecimiento público o privado, de atención abierta o cerrada, o en otro lugar, debe comunicar a su paciente, de acuerdo con los antecedentes de que dispone*¹⁴.

Es preciso puntualizar que el uso de la voz “médico” en el análisis doctrinal y jurisprudencial en torno al consentimiento informado y, consecuentemente, en el consentimiento hipotético informado, se condice con quien asume jurídicamente la responsabilidad por la omisión del deber y la consecuente posibilidad de indemnización por daños; en este sentido, si bien la ley hace extensiva la obligación de informar a todo profesional de la salud, la responsabilidad desde el punto de vista jurídico compete en principio al médico.

- 3) **La manera en que debe ser entregada la información:** El artículo 5 de la ley se trata de una norma general para toda atención en salud, que establece un trato digno y respetuoso con el paciente en todo momento y en cualquier circunstancia, en consecuencia, la entrega de la información debe observar las normas de trato que se enumeran, tales como, el uso de un lenguaje adecuado y comprensible; actitud conforme a las normas de cortesía y amabilidad aceptadas comúnmente; respeto y protección de la honra de la persona y el resguardo de su intimidad – tratamiento de datos personales – durante la entrega de la información médica.

Ahora bien, respecto a la manera en que debe entregarse la información – nos referimos a la oralidad o escrituración de esta – el artículo 14 de la ley señala que *“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”*. Con todo, la ficha clínica es un instrumento que deberá constar por escrito, ya sea en formato papel, electrónico u otro tipo de soporte.

¹⁴ DECRETO 31 DEL MINISTERIO DE SALUD a través de la Secretaría de Redes Asistenciales, de fecha 15 de junio de 2012. En: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1046012> Consultado por última vez el 21 de diciembre de 2022.

- 4) **Requisitos de la información:** Para que el paciente pueda prestar su consentimiento de manera informada, la ley establece como requisitos el que la información otorgada por el médico sea: a) suficiente; b) oportuna; c) veraz; d) y, comprensible:

a) Información suficiente: La suficiencia de la información comprende una exigencia lógica para que el paciente pueda expresar su voluntad de manera autónoma, se trata así de una suficiencia que no implica un alto nivel de exhaustividad o completitud – que bien podría ocasionar un efecto contrario al deseado, vale decir, mayor confusión en el paciente – sino que, la entrega de la información necesaria para que el paciente pueda tomar una determinación consciente de las posibles implicancias de su voluntad.

El artículo 1 del Decreto 31 contiene los estándares mínimos que posibilitan hacer examen de la suficiencia de la información otorgada al paciente, señala *“la situación o condición de salud que lo afecta, su diagnóstico de la misma, los tratamientos disponibles para su recuperación o para la mejor mantención de su vida, el pronóstico previsible, el proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, las posibles complicaciones o riesgos y costos personales que implican dichos tratamientos y, en general, toda situación que considere relevante para que éste tenga conocimiento de su situación, de sus posibilidades de mejoramiento y de los eventuales riesgos que corre”*¹⁵. Adicionalmente, la ley establece que la información debe estar contenida en la ficha clínica, instrumento de carácter obligatorio en el cual se lleva registro detallado del conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de una persona¹⁶.

b) Información oportuna: La oportunidad para otorgar la información debe darse, en principio, antes del procedimiento o intervención médica. No obstante, en opinión de RUBÉN CÁCERES PALACIOS, que la información sea oportuna dice relación con que *“la información sea contemporánea a su estado de salud, es decir que cualquiera sea la enfermedad que padezca el paciente y cualquiera sea el estado en que ella se encuentre (leve o grave), se debe informar al paciente en el momento en que el médico y su equipo tomen conocimiento de ella, para que así ambas partes se encuentren en un plano de igualdad frente a la situación de salud, y el paciente en virtud de esa información sopesa cuál será su decisión a tomar”*¹⁷. En este sentido, dado que la información

¹⁵ DECRETO 31 DEL MINISTERIO DE SALUD, op. cit.

¹⁶ ARTÍCULO 12 DE LA LEY 20.584.

¹⁷ CÁCERES, Rubén (2020). *Lecciones preliminares de la responsabilidad médica, Teoría y práctica*. Editorial Hammurabi. Santiago de Chile, p. 32.

dependerá de las circunstancias en las que se vaya revelando, nos encontramos nuevamente ante una posición en que la oportunidad deberá ser resuelta caso a caso; sin embargo, cabe destacar que el estándar mínimo corresponde al tiempo suficiente en que la información otorgada posibilite al paciente reflexionar sobre su condición a fin de tomar una determinación¹⁸.

c) Información Veraz: La veracidad de la información dice relación con el contenido que se otorga y como este se revela. El artículo 24 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile señala en su inciso 1° que *“El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca del contenido mínimo de la información ya analizado, continúa en el inciso 3° indicando que “Toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones mesuradas”¹⁹. Cabe discurrir acerca de si este deber del médico – que dice relación con la edad, condición personal y emocional del paciente²⁰ – constituye una justificación para omitir parte del diagnóstico; en opinión de GUILLERMO LEIGHTON GARCÍA, dada *“la inspiración de nuestra legislación – reconocer como puntal el derecho a la autodeterminación individual – podría tolerarse la morigeración del diagnóstico, pero nunca callarlo o disfrazarlo”²¹*, vale decir, la veracidad de la información no debe sufrir una alteración en su contenido en razón de la moderación que el médico utilice según su conveniencia al momento de la entrega al paciente o sus familiares.*

d) Información Comprensible: La comprensibilidad de la información depende en buena medida de los conocimientos y capacidades del paciente, por lo cual, dado que el derecho a ser informado comprende el deber del médico a darse a entender, CÁCERES PALACIOS señala que, para *“que dicha información sea comprensible para el paciente, debe estar desprovista de todo tecnicismo científico que en materias médicas abundan, atendiendo que el paciente generalmente desconoce todas aquellas expresiones médicas, y que ésta exigencia se hace muy necesaria para que el paciente entienda lo que se le comunica, analice la situación en virtud de información que entienda y manifieste su decisión”²²*, de modo tal que, el médico deberá adaptar la información

¹⁸ Cfr. DE LA MAZA, Iñigo. *“Consentimiento informado, una visión panorámica”*. p. 102.

¹⁹ ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO DE ÉTICA DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE. En: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/87/79> Consultado por última vez el 21 de diciembre de 2022.

²⁰ ARTÍCULO 10 DE LA LEY 20.584.

²¹ LEIGHTON, Guillermo (2018). *Derecho de información al paciente. Alcances Prácticos*. Revista Derecho Público Iberoamericano N°12. p. 197.

²² CÁCERES, Rubén (2020), op. cit., p. 32.

de carácter técnico científico, transformándola en lenguaje común que le permita al paciente comprender y, a partir de allí, prestar su consentimiento en base a la información percibida.

Para referirnos acerca de la taxatividad de los requisitos analizados, debemos considerarlo a partir de tres perspectivas diferentes: a la luz de la ley; a la luz de la doctrina; y, a la luz de la jurisprudencia.

1. **Taxatividad a la luz de la ley:** En el caso de la ley, el artículo 8 señala de manera expresa que el derecho a la información debe proporcionarse de manera suficiente, oportuna, veraz y comprensible; sin embargo, en principio se refiere a los prestadores institucionales de salud, de allí que los literales apunten a cuestiones generales de la atención en salud. Ahora bien, en referencia al deber del prestador individual o médico, el artículo 14 señala en forma textual que la información debe ser oportuna y comprensible.

Un análisis armónico de las normas contenidas en la ley nos permite sostener que el consentimiento informado, desde el punto de vista del médico, requiere además los elementos de suficiencia y veracidad, en tanto que, la suficiencia permite al paciente decidir autónomamente sobre la base de una decisión informada y la veracidad es condición sin la cual no podría darse dicha suficiencia. En consecuencia, a la luz de la ley los requisitos son taxativos, deben estar copulativamente presentes para que opere el consentimiento informado.

2. **Taxatividad a la luz de la doctrina:** Sin referirse de forma expresa acerca de la taxatividad de los requisitos del consentimiento informado, la doctrina civil chilena coincide acerca de la necesidad de estos elementos²³. Para CÁCERES PALACIOS la información del médico *“consiste en que el paciente manifieste su voluntad previa información que reciba de parte del facultativo, para lo cual la norma establece que la entrega de esa información (...) debe ser suficiente, oportuna, veraz y comprensible”*²⁴.

²³CÁCERES, Rubén (2020). *Lecciones preliminares de la responsabilidad médica, Teoría y práctica*. Editorial Hammurabi. Santiago de Chile; DE LA MAZA, Iñigo (2010). *Consentimiento informado, una visión panorámica*. En “Revista Ius et Praxis”, Año 16, N°2, pp. 89 y ss.; PIZARRO, Carlos (2018). Actualidad del deber de informar en Chile. En “Revista Médica de Chile”, Vol. 146, N°8, Santiago, pp. 909 y ss.; LEIGHTON, Guillermo (2018). *Derecho de información al paciente. Alcances Prácticos*. Revista Derecho Público Iberoamericano N°12 (abril de 2018), pp. 175 -203; PIZARRO, Carlos (2017). El contenido del deber de informar. En “La Responsabilidad Civil Médica”, Editorial Thomson Reuters. Santiago de Chile, pp. 28 y ss; VIDAL, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*. Der Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago de Chile.

²⁴ *Ibid.*, p. 32.

Por su parte, ÁLVARO VIDAL OLIVARES sostiene que “(l)a ley, además dispone que la información debe ser oportuna y comprensible (...) respecto de la oportunidad *implica que se debe prestar a tiempo para que el paciente pueda tomar las decisiones de acerca de su enfermedad (...) comprensible implica que el paciente entienda razonablemente la información que se le suministra*”, más adelante señala que “la doctrina considera que la información debe ser veraz y suficiente, lo que resulta evidente en tanto que una información falaz e insuficiente sería lo mismo que no informar al paciente, pues este no tendría los elementos necesarios para tomar las decisiones”²⁵.

3. **Taxatividad a la luz de la jurisprudencia:** Dado que la jurisprudencia analiza las omisiones al deber de informar caso a caso, con las dificultades ya mencionadas acerca del contenido que debe tener el consentimiento informado, las sentencias revisadas examinan estos requisitos en atención a las particularidades propias de la vulneración que ha sido sometida a su arbitrio. Un análisis más exhaustivo referente a la taxatividad de estos requisitos a la luz de la jurisprudencia sería un trabajo de largo aliento, cuestión que no se condice con los objetivos pretendidos en el presente. Cabe señalar que los Tribunales de Justicia, tienen a la vista estos elementos para examinar si cumple o no con el deber de informar a la hora de sopesar la responsabilidad médica por daños no informados.

Pues bien, teniendo en cuenta que estos requisitos deben estar presentes para que el paciente pueda prestar su consentimiento de manera informada, existen dos posibilidades ciertas en las que puede ser vulnerado el deber de informar: 1.- Que exista un incumplimiento total al deber de otorgar información, denominado **incumplimiento absoluto**²⁶; y 2.- Que la información otorgada no cumpla con alguno de los requisitos – insuficiente, inoportuna, falaz o incomprensible – denominado **cumplimiento imperfecto**.

Finalmente, para que estemos ante la hipótesis del consentimiento hipotético informado, debió haberse vulnerado el deber de informar, por lo cual, estaremos en presencia de un incumplimiento absoluto o cumplimiento imperfecto del consentimiento informado. Corresponderá al médico probar

²⁵VIDAL, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*. Der Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago de Chile, pp. 58 y 59.

²⁶ *Ibíd.*, p. 66.

en juicio que dio cumplimiento a cada una de las regulaciones analizadas respecto del tratamiento de la información, incluidos los requisitos para que el deber de información posibilite el consentimiento.

I.2. Situaciones en las que puede darse la figura del Consentimiento Hipotético Informado.

Para poder delimitar las situaciones en las cuales pueda darse la figura del consentimiento hipotético informado, primero debemos distinguir entre el incumplimiento del deber de informar de la prestación principal del médico relativa a la prestación de servicios. Para VIDAL OLIVARES la prestación principal *“objeto del contrato médico representa una operación compleja al involucrar una serie de procedimientos que inciden en la salud de aquella persona que se somete a la opinión, estudio, diagnóstico y tratamiento del profesional médico a cargo, de tal modo que, en el desarrollo de esta actividad, la persona obligada – el profesional – debe observar una serie de deberes de conducta (procedimientos, protocolos, etcétera) y que, en su conjunto, configuran lo que se conoce como la lex artis médica”*²⁷. Por lo cual, para situarnos en la teoría del consentimiento hipotético partimos de la base de una correcta ejecución del procedimiento, vale decir, el riesgo que ocasiona el daño no tiene nada que ver con la actividad o destrezas médicas – lex artis médica.

Entonces, teniendo a la vista los siguientes supuestos:

1. Cumplimiento del deber de informar; incumplimiento de la lex artis médica:

Aquí cobra relevancia el daño causado al paciente por una mala praxis médica, por lo cual, el paciente deberá demandar el incumplimiento de la obligación principal. En este supuesto no existe la posibilidad de que se configure la teoría del consentimiento hipotético por cuanto no se ha incumplido el deber de informar.

2. Incumplimiento del deber de informar; incumplimiento de la lex artis médica:

En este caso nos encontramos ante un incumplimiento al deber de informar y a la lex artis médica, por lo cual, el paciente podrá demandar por ambos; sin embargo, para que se configure la teoría del consentimiento hipotético, el daño causado debe comprender un riesgo previsible que el médico debió haber informado.

²⁷ VIDAL, Álvaro (2020). *Responsabilidad civil por negligencia médica*. Academia Judicial de Chile, Material docente N° 5 ISBN N° 2021-A-2263 Santiago, Chile 2020. p. 34.

3. **Incumplimiento del deber de informar; cumplimiento de la lex artis médica; no se materializa ninguno de los riesgos previsibles:** Dado que existe cumplimiento de la lex artis médica, nos encontramos ante el evento de haber incumplido el deber de informar; no obstante, no se materializa ninguno de los riesgos previsibles que debieron ser informados por el médico y, por lo tanto, tampoco existe daños que puedan ser demandados por indemnización de perjuicios. Tampoco cabe la posibilidad de configurar el consentimiento hipotético en el presente supuesto.

4. **Incumplimiento del deber de informar; cumplimientos de la lex artis médica; se materializa uno de los riesgos previsibles que el médico debía informar:** En este supuesto nos encontramos ante el incumplimiento del deber de informar y la materialización de uno de los riesgos previsibles ocasionando un daño al paciente; ahora bien, ya que el médico cumple con la lex artis médica, producto del azar el riesgo es de aquellos que el médico debía informar. En este supuesto, es posible configurar el consentimiento hipotético informado, siempre que el paciente decida demandar por indemnización de perjuicios contra el médico, aludiendo que este último vulneró sus deberes de información.

Para que se configure la indemnización de perjuicios, no basta con el incumplimiento del deber de informar por parte del médico, deben verificarse los requisitos de procedencia de esta acción, tales como, que exista una acción u omisión imputable – esto es, la culpa o el dolo en la entrega o no entrega de la información – y que sea causa del daño ocasionado, vale decir, la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio²⁸. En este caso el paciente fundamentará que el incumplimiento del deber de información le impide tomar una decisión autónoma respecto del procedimiento o tratamiento recomendado por el médico, por lo que la privación de la posibilidad de decidir por cuenta propia es lo que fundamenta la indemnización – pérdida de una chance u oportunidad.

A su turno, para que se configure la teoría del consentimiento hipotético informado, la defensa del médico no se basa en desvirtuar los requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios,

²⁸ Cfr., VIDAL, Álvaro (2018). p.71.

sino más bien aluden directamente a la pérdida de la chance u oportunidad, ya que, sobre la base de las características del paciente y las circunstancias de su enfermedad, supondrá que de haber conocido de antemano el riesgo que ocasionó el daño, de todos modos el paciente habría consentido en el procedimiento o tratamiento médico que alega le privó acerca de la posibilidad de decidir.

En el caso caratulado Fernández Medel Nayade con Clínica Las Condes y otros²⁹, el tribunal a quo reproduce la demanda de doña Nayade Fernández en que solicita entre otras cosas que *“se le indemnice por concepto de pérdida de una posibilidad, al habersele privado de la información relevante para decidir si consentía o no en la intervención, lo cual le impide hoy embarazarse y tener hijos”*³⁰; la demandante tenía programada una cirugía de miomectomía – con el propósito de extirpar miomas – y no fue informada que uno de los riesgos del procedimiento consistía en la posibilidad de derivar a una histerectomía – extirpación total o parcial del útero – dependiendo de las circunstancias propias de la enfermedad. El procedimiento médico se llevó a cabo respetando la lex artis, sin embargo, producto del azar se materializó el riesgo no informado por el médico, siendo sometida la demandante a una histerectomía que la dejó sin la totalidad de su útero. La sentencia del tribunal a quo acogió la teoría del consentimiento hipotético informado en defensa del médico, señalando que, dadas las circunstancias propias de la enfermedad de la demandante, era razonable concluir que, de haber conocido el riesgo de antemano, de todos modos, habría consentido en la operación³¹.

La sentencia del Tribunal de alzada – que confirma la sentencia apelada – señaló que *“se trataba de una paciente que presentada atenciones anteriores por el mismo médico y por ende, se contaba a su respecto con un historial clínico – aludiendo con ello directamente a las características de la paciente y las circunstancias de su enfermedad – lo que hace presumir, que no sólo conocía del mal que padecía y la operación que era necesaria para remediarlo, sino también que estaba al tanto de los riesgos que de ello derivara en algo más complejo como la histerectomía”*³², desvirtuando derechamente la pérdida de la chance u oportunidad.

²⁹ 15° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, ROL C-5.192 – 2009; y, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 7.995 – 2011.

³⁰ *Ibíd.*, Vistos a fojas 1.

³¹ *Ibíd.*, Considerando quincuagésimo primero.

³² SENTENCIA ROL 7.995 – 2011, considerando segundo, op. cit.

I.3 Aproximación hacia los requisitos para que se configure el Consentimiento Hipotético Informado.

A partir del análisis que hemos realizado acerca del consentimiento informado, podemos establecer que se incumple el deber de informar cuando no se cumplen los requisitos en la entrega de información, vale decir, cuando existe un incumplimiento absoluto o un cumplimiento imperfecto al deber de informar. Asimismo, el supuesto que con mayor claridad nos permite aproximarnos a la configuración de la teoría del consentimiento hipotético informado comprende, primero, que exista un incumplimiento del deber de informar por parte del médico; segundo, que el procedimiento o tratamiento médico se haya realizado con plena observancia de la *lex artis*; y, tercero, que se materialice uno de los riesgos previsibles que el médico debía informar.

Ahora bien, hemos concluido que la sola omisión del deber de informar no genera por sí misma la responsabilidad del médico; en esta línea, la Corte Suprema, en sentencia dictada en recurso de casación en demanda por indemnización de perjuicios, señala que *“no basta que se haya acreditado que no se dio información completa a la paciente respecto de las posibles dificultades, puesto que tal circunstancia en sí es inocua, siendo imprescindible para que prospere la pretensión de la demandante que de tal omisión derive un daño que deba ser indemnizado”*³³; y, por consiguiente, existiendo un incumplimiento en el deber de informar sin que se materialice ninguno de los riesgos previsibles, entonces no es posible afirmar que nos encontremos ante una vulneración al consentimiento informado que sea de tal entidad que comprometa la responsabilidad médica para efectos de una indemnización por daños.

De este análisis, podemos concluir que los requisitos para que se configure la teoría del consentimiento hipotético informado son:

- 1. La existencia de una omisión o incumplimiento del deber de informar:** Se trata de un incumplimiento absoluto o un cumplimiento imperfecto.
- 2. Que el daño ocasionado se deba a una causa del azar y no a una mala praxis médica:** Se trata aquí de distinguir entre el deber de informar y la prestación principal que comprende la *lex artis* médica.

³³ CORTE SUPREMA, ROL 4.325 – 2013, de fecha 2 de octubre de 2013. Considerando décimo sexto.

3. **La existencia de un daño que deba ser indemnizado:** Nos remitimos a lo ya señalado al respecto.
4. **Que el daño ocasionado sea atribuible a la omisión del deber de informar:** Se trata aquí de un daño que correspondía a los riesgos previsibles que el médico debía informar
5. **Que el paciente que sufre el daño deba accionar mediante procedimiento de indemnización de perjuicios:** El consentimiento hipotético informado solo tendrá cabida si es alegado ante un Tribunal que esté conociendo de una causa por indemnización de perjuicios.

Finalmente, DE LA MAZA, refiriéndose precisamente al consentimiento hipotético informado, señala tres conclusiones centrales para entender esta figura “(l) *la primera es que el vínculo de causalidad no se construye entre la forma en que se ejecutó la obligación principal y el daño, sino en el hecho de que se haya ejecutado la intervención y el daño que se siguió de ella*”; – cuestión a la que hicimos alusión – luego, la segunda conclusión refiere a que “*para estar en el ámbito del consentimiento hipotético informado ese daño equivale al riesgo que no se informó*”; y, la tercera conclusión dice relación con que “*el médico puede exonerarse de la responsabilidad si logra probar que el paciente se habría sometido igualmente a la intervención aun si hubiera conocido el riesgo cuya información omitió el profesional sanitario*”³⁴.

I.4 Consentimiento Hipotético Informado: una propuesta de Definición.

Diremos que el consentimiento hipotético informado es una teoría sostenida principalmente en el procedimiento de indemnización de perjuicios, la cual permite articular una defensa en favor del profesional médico que ha incumplido su deber de informar – esto es un incumplimiento que puede ser absoluto o un cumplimiento imperfecto –, sin que necesariamente exista una falta a la *lex artis* médica; ocasionando un daño que es atribuible a la omisión de informar los riesgos previsibles de su intervención o procedimiento médico. Se trata aquí de una hipótesis en que, a partir de las

³⁴ DE LA MAZA, Iñigo, “*Consentimiento informado y relación de causalidad*”, op. cit., p. 115.

características del paciente y las circunstancias de su enfermedad, se presume su consentimiento sosteniendo que, de haber sido informado del riesgo acaecido, el paciente se habría sometido igualmente a la intervención.

CAPÍTULO II: EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO INFORMADO EN TANTO TEORÍA: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

El consentimiento hipotético informado en tanto teoría encontrará argumentos que la sustentan y otorgan coherencia a sus postulados como, asimismo, habrá detractores que, razonando en contrario, mostrarán que no tiene cabida en el ordenamiento jurídico civil chileno. En este capítulo, revisaremos ambas posturas para luego contrastarlas.

II.1 Argumentos a favor: La teoría de la imputación objetiva y el criterio del incremento del riesgo.

En el supuesto que consideramos con mayor claridad que permite configurar el consentimiento hipotético informado – esto es, el incumplimiento del deber de informar; cumplimiento de la lex artis médica; materialización de uno de los riesgos previsible que el médico debía informar – la teoría de la imputación objetiva viene a cuestionar el hecho de que se atribuya responsabilidad médica al acto omisivo de otorgar la información acerca de los riesgos previsible; se trata de establecer una relación de causalidad que vincule directamente el hecho generador del daño con la responsabilidad del agente, vale decir, en términos de RENZO MUNITA MARAMBIO *“que la dimensión de las consecuencias nocivas que se le pretenden atribuir al agente a título de daño directo sean vinculables con su participación en el desenlace, esto comprende que “el presupuesto mínimo para que una persona responda por un daño es que este le sea imputable a su conducta y que se pueda establecer una conexión, ante todo comprensible, entre la acción u omisión en reproche y el detrimento de un interés jurídico protegido”*³⁵

³⁵ MUNITA, Renzo (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, N° 38, Edición de julio de 2022. pp. 225-262. p. 227.

Ahora bien, la causalidad que vincula la intervención o procedimiento médico con el daño ocasionado, en el caso del consentimiento hipotético resulta no ser una participación o conducta directa que genera el desenlace, sino que se trata más bien de una omisión al deber de informar, cuestión que complejiza la causalidad en el supuesto que nos interesa examinar. En este sentido, MUNITA MARAMBIO discurre que en *“el caso de las omisiones incrementa la dificultad en el razonamiento que conduce a vincularlas causalmente con el daño, debido a que la omisión no reporta una manifestación de energía que configura un acto voluntario al que puede imputarse un efecto dañoso, de manera que tal ausencia de este elemento no permite hablar en realidad de una relación de causalidad material”*³⁶, de allí que adquiera relevancia el criterio del incremento del riesgo en el supuesto planteado en principio, pues nos permite explorar si es que, de no haber mediado la omisión del deber de información, el resultado no varía en su desenlace, es decir, si el comportamiento descuidado del médico en no cumplir con su deber de informar no ha incrementado el riesgo.

La operación consiste en una supresión mental de la conducta omisiva que se vincula causalmente al daño – esto es, si el médico hubiese informado el riesgo acaecido – luego, se debe examinar si bajo este presupuesto el deber de informar comprende la causa del daño o no, vale decir, si con claridad el cumplimiento del deber de informar cambia la decisión del paciente respecto a someterse a la intervención médica, entonces la conducta omisiva si incrementó el riesgo y, por lo tanto, es atribuible causalmente al daño. En opinión de BARROS BOURIE el supuesto analizado, constituye un importante grupo de casos en la materia que *“se refiere al incumplimiento del deber que tiene el médico de obtener autorización del paciente para realizar una operación o un tratamiento delicado, en circunstancias que puede darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias”*³⁷; como puede verse, el autor constata que en materia de omisión del deber de información la conducta omisiva del médico no incrementa el riesgo del daño acaecido y, por ende, debe eximirse al médico de responsabilidad cuando así se establezca. En este sentido, según este criterio, siguiendo a HUGO VILLARREAL CÁRDENAS, *“no cabe imputar una determinada conducta un concreto evento dañoso, si dicha conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento en cuestión, esto ocurre cuando suprimida mentalmente dicha conducta, o introducida mentalmente la acción debida en los casos de omisión, el*

³⁶ *Ibíd.*, p. 231.

³⁷ BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 407.

*evento dañoso en su consideración totalmente concreta, se habría producido con seguridad o con probabilidad rayana en la certeza*³⁸.

II.1.1 Características personales del paciente y circunstancias de la enfermedad como medios de prueba.

Dado que la cuestión del consentimiento informado entraña la compleja tarea de develar la voluntad del paciente en ciertas circunstancias, asunto que comprende fundamentalmente al fuero interno de la persona, cobra vital importancia las características personales del paciente y las circunstancias en las que se desenvuelve su enfermedad. La jurisprudencia nacional así lo recoge y resuelve atendiendo a las características personales que sean aportadas en juicio, como se desprende del peritaje médico tenido a la vista en sentencia caratulada Fernández Medel Nayade con Clínica Las Condes y otros³⁹, dónde se señala que conforme a *“los criterios ginecológicos corrientes, las expectativas reproductivas naturales de una paciente de 41 años de edad, sin considerar otras patologías, son bajas – se alude a la edad de la paciente en a la pretensión deducida en la demanda acerca de la pérdida de oportunidad de volver a ser madre – en el caso de que se hubiere conservado el útero con adenomiosis, con cicatrices de miomectomías múltiples y una cesárea anterior, no hubiera sido aconsejable permitir o alentar un embarazo por el elevado riesgo posible en tales condiciones – aludiendo a las circunstancias médicas que llevaron a la paciente a solicitar su atención en salud – (...) las consideraciones de edad, paridad y posibilidades de embarazo futuro suelen estar presentes en las decisiones de histerectomía*⁴⁰ – aludiendo finalmente en que no existe un incremento del riesgo por cuánto se tuvo presente las características y circunstancias médicas de la paciente.

Finalmente el tribunal recoge en su sentencia que *“dado los antecedentes médicos de la demandante, es razonable concluir que de haberse obtenido el consentimiento informado de la paciente, respecto de los riesgos de histerectomía, atendido el diagnóstico, la paciente igualmente se habría sometido a dicha intervención quirúrgica*⁴¹; el sentenciador, a partir de los antecedentes presentados en juicio, da cuenta de la operación mental de introducir la conducta omisiva para examinar el cambio de circunstancias en el desenlace clínico,

³⁸ VILLARREAL, Hugo (2005). *Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del Derecho de Daños*. En Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el Sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile. p. 554.

³⁹ SENTENCIA ROL C-5.192 – 2009, op. cit.

⁴⁰ *Ibíd.*, Considerando Trigésimo.

⁴¹ *Ibíd.*, Considerando Quincuagésimo primero.

convenciéndose de que el razonamiento del consentimiento hipotético en este caso, no se incrementó el riesgo por cuanto el paciente de todos modos habría consentido de haberse cumplido el deber de informar y, por lo tanto, libera de responsabilidad al médico.

II.1.2 Las ventajas de la carga probatoria radicada en el médico.

Dado que el consentimiento hipotético importa una operación mental para examinar la relación de causalidad entre la conducta dañosa y el daño que se reclama, la cuestión referente a la prueba rendida en juicio resulta fundamental desde el punto de vista de la resolución a la que debe arribar el tribunal; la decisión del asunto podría verse afectada en caso de insuficiencia probatoria o la falta de claridad de los medios de prueba. Esto nos conecta directamente al problema relativo al reparto de la carga de la prueba, cuya norma básica reconocemos en el artículo 1698 inciso 1° del Código Civil que señala: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”. Atendiendo al tenor literal de la norma en concordancia con el artículo 14 de la Ley 20.584⁴², corresponderá al paciente desvirtuar la presunción legal de que se trata, en los casos en que el médico hubiere presentado como medio de prueba un documento firmado por el paciente manifestando su consentimiento informado; por su parte, corresponderá al médico probar: 1.- El cumplimiento de la obligación de informar – en el evento de que lo haya hecho y su cumplimiento fue imperfecto; y, 2.- La configuración del consentimiento hipotético informado en su caso.

Ahora bien, respecto al reparto de la carga de la prueba, en opinión de BARROS BOURIE “*(l)a posición del médico y del hospital es de evidente ventaja probatoria, porque controlan la información relevante respecto al estado inicial del paciente, a los exámenes que le fueron realizados, al diagnóstico que llevó a tomar decisiones pretendidamente negligentes, a los detalles del tratamiento intentado o de la operación practicada, razón por la cual, (...) en resguardo del principio de igualdad de los medios probatorios, se han desarrollado correctivos que asignan a los especialistas la carga de proporcionar la información que permita determinar su responsabilidad; luego, a reglón seguido, advierte que no se trata de la aplicación del artículo 1698 inciso 1°, vale decir, la inversión de la carga probatoria (...) sino de la imposición de deberes de colaboración, cuya inobservancia puede conducir a la*

⁴² Nos referimos a la presunción legal establecida en el inciso 4 del artículo 14 de la Ley 20.584 que señala: “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”.

*construcción de una presunción judicial (...) o bien a que el médico u hospital le sea rechazada la prueba de los hechos extintivos invocados*⁴³. Efectivamente el médico se encuentra en preeminencia desde el punto de vista de la información que dispone y el manejo que pueda darle a ella, administra y tiene libre acceso a la ficha clínica de sus pacientes, en las cuales se consignan datos personales – nombre, RUT, sexo, edad, fecha de nacimiento, entre otros –; el registro cronológico y fechado de todas las atenciones en salud – consultas, evolución clínica, procedimientos e intervenciones médicas, exámenes y resultados, interconsultas, entre otros –; y, las decisiones que el paciente ha adoptado respecto de dichas atenciones en salud⁴⁴; además, su cualificación profesional le permite interpretar a ciencia cierta toda la información recopilada en la ficha clínica, sea gestionada o registrada por sí mismo como la de otros profesionales de la salud. En consecuencia, es el más idóneo para situarse en la relación causal entre la conducta dañosa y el daño ocasionado, es el más capacitado para realizar la operación mental de introducir la acción omitida – informar los riesgos previsibles – y examinar si el paciente, habiendo sido informado de cualquier forma, habría consentido en realizar la intervención médica; y, en este sentido, habiendo hecho esta operación a partir del conocimiento que posee respecto de las características del paciente y las circunstancias de su enfermedad, debe transmitir al sentenciador todos los antecedentes que le permitan formarse convicción de que se configura el consentimiento hipotético informado.

Siguiendo el mismo razonamiento, VIDAL OLIVARES sostiene que, *“por aplicación del principio de igualdad de los medios probatorios entre médico y paciente y la asimetría de información entre ambos, la jurisprudencia ha construido verdaderos deberes de colaboración que pesan sobre los médicos y se traducen en que el médico debe suministrar la información relacionada con aspectos de la ciencia médica, que el paciente requiera para acreditar sus dichos en lo que concierne a la ejecución de los servicios médicos y, por lo tanto, (l)a inobservancia por parte del médico demandado de estos deberes puede acarrear como consecuencia una verdadera presunción judicial de negligencia en contra suya, siempre que se alleguen a la causa los elementos de prueba que permitan al juez configurarla y asignarle valor de prueba plena*⁴⁵ – coincidiendo en ello con BARROS BOURIE -. Cabe señalar que, si bien estos deberes de colaboración recaen exclusivamente en el médico, ello no implica que el paciente deba y pueda presentar prueba en juicio – en esto debemos atender a lo señalado anteriormente –, debiendo el

⁴³ BARROS, Enrique, op. cit., p. 677.

⁴⁴ ARTÍCULO 6 DEL DECRETO 41 DEL MINISTERIO DE SALUD a través de la Secretaría de Redes Asistenciales, que Aprueba Reglamento sobre Fichas Clínicas. En: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1046753> Consultado por última vez el 21 de diciembre de 2022.

⁴⁵ VIDAL, Álvaro (2018), op. cit., p. 26.

paciente, en su calidad de demandante, probar la fuente de las obligaciones – esto es, el deber de informar; la ejecución de la intervención y/o procedimiento; y, el daño sufrido en el contexto de la atención en salud –; y, desvirtuar la presunción legal del inciso 4° del artículo 14 de la Ley 20.584 según sea el caso, mediante la prueba que disponga para ello.

La jurisprudencia es conteste de lo anteriormente señalado; en sentencia del 15° Juzgado Civil de Santiago, el sentenciador señala que *“teniendo presente que el profesional, es el más capacitado para acreditar la entrega de la información, así como su pertinencia y suficiencia, se tiende a invertir el peso de la prueba en su contra, pudiendo echar mano de cualquier medio de prueba, esto es, no le resultan aplicables las restricciones probatorias de los artículos 1708 y 1709 del Código Civil; ello por cuanto, generalmente la información será proporcionada verbalmente”*⁴⁶. Por su parte, las Cortes de Apelaciones⁴⁷ son contestes respecto a la existencia de una asimetría de información entre el médico y el paciente, de la cual se derivan deberes de colaboración que pesan sobre el médico; incorporando en sus sentencias lo sostenido por BARROS BOURIE en la página 677 de su “Tratado de Responsabilidad Extracontractual” citado anteriormente.

II.2 Argumentos que desvirtúan el Consentimiento Hipotético Informado.

Corresponde en este apartado analizar los principales argumentos en contra de la teoría del consentimiento hipotético informado, sostenidos tanto en la doctrina civil chilena como en la jurisprudencia nacional.

II.2.1 El Consentimiento Informado como dispositivo de protección de la Autodeterminación del Paciente.

La Ley 20.584 tiene como elemento central el principio de autodeterminación de las personas en el marco de las atenciones en salud; a partir de la reglamentación exhaustiva del consentimiento informado, el legislador buscó proteger este principio dando una mayor cualificación al consentimiento que se prestará en los contratos de prestaciones médicas. DE LA MAZA refiriéndose a la autodeterminación del paciente en concordancia con el deber de informar de los médicos, sugiere tres

⁴⁶ SENTENCIA ROL 5.291 -2009. Considerando vigésimo octavo, op. cit.

⁴⁷ Ver sentencias: CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, ROL 1.517 – 2019, de fecha 5 de agosto de 2020; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, ROL 2.030 – 2009, de fecha 8 de septiembre de 2010; CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, ROL 1.426 – 2012, de fecha 9 de julio de 2013.

ideas que ponen de relieve el consentimiento informado: “a) la autodeterminación es el interés que se busca proteger; b) que el dispositivo que se emplea para protegerlo es el consentimiento informado, y c) que la técnica que se utiliza para resguardar el consentimiento informado es la imposición de deberes de información a los profesionales de salud”⁴⁸. De esta manera, la Ley, al establecer en los artículos 8 y 10 que la información debida prestada por el médico debe cumplir los requisitos de suficiencia, oportunidad, veracidad y comprensibilidad, no hace otra cosa que resguardar el principio de autodeterminación de las posibles omisiones en las que se pudiere incurrir.

La Historia de la Ley 20.584 también recoge esta idea señalando que “(s)e resguarda un principio fundamental, particularmente reconocido en la sociedad occidental, cual es el de la autonomía de las personas en lo relacionado a su atención en salud, y en virtud de ello destaca la necesidad de respetar la libertad y el control sobre el propio cuerpo y las decisiones que conciernen a la integridad y al ejercicio de sus derechos”⁴⁹; luego, a renglón seguido señala que comprende fundamentalmente un respeto a la dignidad de las personas en su derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a procedimientos médicos⁵⁰.

Por otra parte, desde el punto de vista de los requisitos de la información debida, el examen comprende que dicha información que le será suministrada al paciente goce de ciertos estándares que la cualifiquen para que el consentimiento informado sea pleno, vale decir, que el paciente haya tenido a la vista en su decisión información suficiente, oportuna, veraz y comprensible. El mayor o menor cumplimiento de estos requisitos no es una cuestión baladí, precisamente el paciente carece de dicha información que le resulta relevante para el curso de su vida y se trata, generalmente, de una persona que no cuenta con las aptitudes para comprender la ciencia médica y las consecuencias que la enfermedad que padece puede tener sobre su propia integridad. Sobre este punto VIDAL OLIVARES sostiene que el consentimiento que las personas deben prestar en el contexto de la atención en salud, en tanto “elemento esencial de todo contrato, difiere de aquel consentimiento del derecho común (artículo 1445 del Código Civil), y difiere, porque es un consentimiento cualificado, cuya cualificación consiste en que debe tratarse de un consentimiento informado; luego, respecto del paciente señala que (...) por regla general, carece del conocimiento sobre el o los distintos tratamientos y, sobre todo, de los riesgos asociados a cada uno, razón por la cual, será la figura médica quien deberá proporcionarle la información suficiente y clara acerca de tales procedimientos o tratamientos y riesgos,

⁴⁸ DE LA MAZA, Iñigo, “Consentimiento informado, una visión panorámica”, op. cit., p. 95.

⁴⁹ HISTORIA DE LA LEY 20.584. Boletín N°4398-11, Sesión 58ª, de fecha 8 de agosto de 2006. p. 85.

⁵⁰ Ídem.

en la medida que el médico cumpla con este deber (...) *el paciente estará en situación de tomar una decisión sobre si se somete a tal o cual procedimiento (...) es por esta razón que la ley impone, en términos estrictos, al profesional médico un deber de información, cuyo contenido*⁵¹ se encuentra en tal medida regulado.

La teoría del consentimiento hipotético informado, a partir de la operación mental de supresión de la conducta omisiva, retrotrae mediante un supuesto el deber de informar hasta antes de la vulneración del consentimiento informado por parte del médico que se defiende; esto no es otra cosa que hacer desaparecer artificialmente el consentimiento informado, con toda la regulación analizada en la Ley y los requisitos que contempla, cuya finalidad es dar protección a la autodeterminación del paciente. Se trata además de convencer al tribunal, mediante un subterfugio que viene a contrariar, una vez más, la autodeterminación de la persona que resolvió accionar por indemnización del perjuicio causado, sobre la base de dar testimonio acerca de la no concurrencia de su propio consentimiento en ocasión del procedimiento o tratamiento médico que le ocasionó el daño; vale decir, haciendo uso de las características del paciente y las circunstancias de su propia enfermedad – desigualdad en materia probatoria – la defensa del médico controvierte la propia palabra del paciente que alega la pérdida de la chance para negarse a la intervención, si hubiese sido informado de manera suficiente, oportuna, veraz y comprensible del riesgo del daño acaecido. De igual manera, la teoría del consentimiento hipotético embiste contra el principio fundamental protegido por el consentimiento informado en tanto desvía la atención del examen de las características y requisitos que le asisten como derecho, para trasladar la mirada a la formulación de un supuesto que no tuvo lugar y que debe ser imaginado por el tribunal para excusar de responsabilidad al médico.

La jurisprudencia nacional recoge estos argumentos de manera consistente en sus sentencias, sosteniendo que los *“deberes de información están encaminados a satisfacer el principio de autodeterminación del paciente o de su familia en su caso, por lo cual, (e)ste deber del médico se afinca en la necesidad de compensar el desequilibrio o desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente, que no es ningún experto*⁵²”; de esta manera, al dar cabida al consentimiento hipotético en el ordenamiento jurídico civil chileno, no solo se atenta contra el principio de autodeterminación, sino que, además, se acentúa el desequilibrio entre el conocimiento científico del médico que no informa y la ignorancia del paciente que se somete

⁵¹ VIDAL, Álvaro (2020), op.cit., p. 35.

⁵² SENTENCIA ROL 5.291 -2009. Considerando vigésimo séptimo, op. cit.

a una intervención ignorando información relevante acerca de los riesgos que corre en su integridad psíquica y física.

Por su parte, la Corte Suprema señala que *“el consentimiento informado del paciente impone al facultativo un deber humanista, relacionado con la dignidad del paciente (...) en el evento de otorgar el paciente su consentimiento, (...) que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrá de variar circunstancias externas ajenas a su control o internas a su organismo enfermo”*⁵³; de modo tal que derecho y deber de informar son las dos caras de una misma moneda, no obstante, desde el punto de vista del derecho a ser informado, comprende además el principio de autodeterminación y dignidad del paciente, por lo cual, el deber humanista del médico se transforma en garantía de estos principios.

Por último, conviene revisar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que indica que *“No está demás (sic) recordar que la información al paciente es el antecedente necesario e imprescindible que permite discurrir sobre la base del denominado “consentimiento informado”, siendo el objeto esencial de éste la protección de la autodeterminación o autonomía del paciente y, por ende, constituye per se un requisito del acto médico”*⁵⁴; cuya relevancia radica en que reconoce el consentimiento informado como un requisito del acto médico y, por lo tanto, no podría ser presumido; y, en segundo término, este requisito es esencial para la protección de la autodeterminación y autonomía del paciente, razón por la cual, no es posible, en virtud de la Ley 29.584, dar cabida al consentimiento hipotético.

II.2.2 Asimetría de la información y desigualdad de medios para probar: Estándar más alto de la carga probatoria en juicio.

Como señalamos, sobre el médico pesan deberes de colaboración visto que existe una asimetría respecto del paciente en la disposición y manejo de la información contenida en la ficha clínica, siendo el médico el más idóneo para proporcionar los antecedentes que requiere el tribunal para formarse convicción en juicio. Sin embargo, no podemos pasar por alto que el médico es una parte en el juicio

⁵³ CORTE SUPREMA, ROL N°5.849 – 2009, de fecha 28 de enero de 2011. Considerando 15°.

⁵⁴ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, ROL 1.517 – 2019, de fecha 5 de agosto de 2019. Considerando 12°.

y, por consiguiente, por más alta que sea su cualificación respecto de la información que dispone y maneja en torno al caso, no cabe menos que coincidir en que la información que rinda como prueba tiene un enfoque, una intención, vale decir, la pretensión de eximirse de la responsabilidad que se le imputa; en atención a lo cual, el estándar de prueba para el tribunal debe ser más alto en concordancia con los deberes propios de colaboración que le achaca al médico.

A este respecto, la pregunta vuelve sobre el problema acerca de qué es lo que se debe informar, por cuanto la operación de suprimir la conducta omisiva para configurar la teoría del consentimiento hipotético solo trata del ejercicio de hilvanar las principales características del paciente con las circunstancias de su enfermedad. En sentencia sobre el caso de la histerectomía que ya hemos analizado, el tribunal resuelve en base a este ejercicio, sobre el cual, conviene poner énfasis en lo señalado:

“En la especie, dado los antecedentes médicos de la demandante, es razonable concluir que, de haberse obtenido el consentimiento informado de la paciente, respecto de los riesgos de una histerectomía, atendido el diagnóstico, la paciente igualmente se habría sometido a dicha intervención quirúrgica”.⁵⁵

Sobre este punto, consideramos que el solo ejercicio de conectar los datos contenidos en la ficha clínica no basta para cumplir con los deberes de colaboración del médico y el estándar probatorio que se desprende de la finalidad y regulación de la Ley 20.584. El tribunal, en principio, debe examinar los requisitos de la información establecidos en la ley para el consentimiento informado – suficiencia, oportunidad, veracidad y comprensibilidad –, lo que a su vez requerirá un análisis profundo acerca del contenido de dicha información, es decir, si el riesgo no informado que provocó el daño corresponde o no a un riesgo atípico que permita eximir de responsabilidad al médico. La discusión acerca de la importancia de los riesgos que corresponde informar no es baladí; se trata no solo de establecer los riesgos más frecuentes, sino que, además, estimar si su gravedad tiene tal significancia para la vida del paciente que su ocurrencia se vuelve necesario informarla. Sobre este punto PIZARRO WILSON señala que *“se trata de una cuestión de hecho, la que debe ser objeto de prueba en la instancia, logrando determinar conforme a los avances de la medicina cuáles riesgos están vinculados con tal o cual intervención quirúrgica, razón por la cual, no*

⁵⁵ SENTENCIA ROL 5.291 -2009. Considerando quincuagésimo primero, op. cit.

*se trata de eventos adversos ni centinela, sino que riesgos previstos y de ocurrencia frecuente o no, pero que la medicina ya ha logrado establecer estadísticas de ocurrencia e intensidad y podemos calificarlos de graves o no*⁵⁶; en consecuencia, no se trata de una cuestión de cantidad o frecuencia, ni de gravedad o magnitud, sino más bien, de establecer los riesgos previstos, asunto que compete a la ciencia médica y, por lo tanto, sujeto a constante actualización conforme a los avances de la medicina.

Una vez que el tribunal haya realizado este examen, unido a los requisitos de la información, estaremos frente a tres supuestos:

- 1) El riesgo previsible fue informado por el médico al paciente, por lo cual, el médico queda liberado de responsabilidad.
- 2) El riesgo no era previsible, por lo tanto, el médico se exime de la responsabilidad de informar.
- 3) El riesgo previsible no fue informado por el médico, se configura una vulneración al consentimiento informado.

De lo anterior, solo en el tercer supuesto se puede configurar el consentimiento hipotético informado, trasladando el problema probatorio a esta figura teórica. El asunto es que no existe argumento de texto legal que nos permita desprender la prueba que puede rendirse para el consentimiento hipotético, de allí que se base solo en el ejercicio de hilvanar los antecedentes personales y las circunstancias de la enfermedad del paciente para configurar el supuesto. No obstante, no informar un riesgo previsible importa una vulneración al deber de informar y atenta contra la autodeterminación y la seguridad del paciente, componentes que son fundamentales para la atención en salud.

Acerca de la seguridad en la atención en salud, la Ley 20.584 ha sido promotora de una profusa normativa administrativa, el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, dictó el Protocolo N°0001 que establece las normas sobre la seguridad del paciente y calidad de atención, señalando acerca de los riesgos preVISIBLES que, la seguridad del paciente se trata de *“(u)n proceso que se centra en el conocimiento de los riesgos de eventos adversos tanto del prestador institucional, prestador individual y del usuario, la eliminación de los innecesarios y la prevención de aquellos que son evitables a través de*

⁵⁶ PIZARRO, Carlos (2015), op. cit., p. 106.

*intervenciones basadas en evidencia científica con demostrada efectividad*⁵⁷. Cabe destacar que, tanto en la legislación como en los reglamentos ya analizados a lo largo de este trabajo, se apunta hacia la protección de la autodeterminación y seguridad del paciente en la atención en salud, poniendo énfasis en que el deber de informar del médico resulta una pieza fundamental para garantizar tales componentes, por lo cual, trasladar dicho análisis en atención del supuesto que nos propone la teoría del consentimiento informado, no solo vulnera el consentimiento informado intensamente desarrollado mediante la regulación, sino que, además, supone bajar el estándar probatorio para el médico en el juicio – bastaría solo operar sobre la base de los antecedentes del paciente y las circunstancias de la enfermedad contenidos en la ficha clínica – junto con trivializar los deberes de colaboración del médico que deben apuntar a llenar de contenido el consentimiento informado.

Ahora bien, en torno a la rendición de la prueba, la jurisprudencia es conteste en pasar examen acerca de los requisitos de la información, advirtiendo que no basta la sola entrega de antecedentes personales y médicos del paciente en el juicio. En sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se señala que *“(l)a obligación de información no se satisface con la entrega de cualquier documento, sino que se exige al médico que la información sea específica, detallada, comprensible y suficiente para que el paciente pueda sopesar los riesgos y eventuales beneficios y así adoptar una decisión razonada; señala luego, en relación a la materia probatoria del consentimiento hipotético el agravio que supone la sentencia para el demandante es extremo, ya que tiene lugar porque se le ha privado del daño moral derivado de la falta absoluta y evidente de un debido consentimiento informado, asilándose en un consentimiento hipotético no alegado y derivado del historial médico y padecimiento congénito, como si ello fuera suficiente para tener por demostrada la debida información que debió recibir antes de la intervención y peor aún, como si ello fuera suficiente para librar a los demandados de acreditar su debido cumplimiento*⁵⁸; el razonamiento de la corte resulta pertinente, por cuanto pone de relieve el deber de informar y los requisitos para su cumplimiento. Luego, el sentenciador apunta a que el consentimiento hipotético *“adquiere relevancia sólo en el caso de encontrarse acreditado el resultado dañoso consecuencia del incumplimiento del deber de información y la relación de causalidad entre dicho incumplimiento y el perjuicio que al actor correspondió demostrar como resultado directo de la referida conducta; sin embargo, esto no escapa a los requisitos generales de la responsabilidad contractual,*

⁵⁷ PROTOCOLO 001 DEL MINISTERIO DE SALUD a través Subsecretaría de Redes Asistenciales, que Establece protocolos y normas sobre seguridad del paciente y calidad de la atención para ser aplicados por los prestadores individuales e institucionales de salud. En: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/01/Norma-0001-Establece-Protocolos-y-Normas-sobre-Seguridad-del-Paciente-y-....pdf> Consultado por última vez el 21 de diciembre de 2002.

⁵⁸ SENTENCIA ROL 5.396 – 2014. Considerando primero, op. cit.

*partiendo de la base que la obligación de poner en conocimiento del paciente los eventuales riesgos y secuelas, forma parte de los deberes que asume el profesional médico al celebrar un contrato de prestación de servicios de esa índole*⁵⁹, vale decir, en principio deberá acreditarse el cumplimiento o incumplimiento del deber de informar que importa al consentimiento informado; luego, deberá el médico probar⁶⁰ que existe una relación de causalidad entre el daño ocasionado producto de la intervención y que dicho efecto dañoso corresponde al riesgo previsto no informado al paciente; y, por último, el médico podrá oponer en su defensa la teoría del consentimiento hipotético mediante una operación mental que no puede ser probada – surge de la sola incardinación de las características personales y las circunstancias específicas de la enfermedad del paciente –, por cuanto se trata de simular una conducta que no se materializó en realidad, y solo será alegada apelando al convencimiento que pueda obtenerse de su razonamiento.

II.2.3. La teoría del incremento de los riesgos: el problema de las presunciones en el consentimiento hipotético informado.

Fue Pantaleón quien, como se mencionó con anterioridad, propuso esta integración de los criterios de imputación objetiva penal al área civil, siguiendo tanto a la jurisprudencia como a la doctrina penalista alemana. De esta forma, se integró el criterio del "incremento del riesgo" o en lenguaje de causalidad, también denominado “*criterio de la conducta alternativa lícita o correcta*” a la dogmática civil, teniendo especial relevancia en el contexto médico-sanitario y por supuesto en el tema que nos convoca, el consentimiento hipotético informado.

En alusión a este criterio el autor, RENZO MUNITA, señala: “*Se considera que el referido concepto resulta útil en contextos en los que la omisión culpable no puede ser tenida como la generadora del daño, por cuanto de no haberse omitido el comportamiento bajo cuestionamiento, de todas formas, el agravio hubiera tenido lugar*”⁶¹.

⁵⁹ *Ibíd.*, considerando segundo.

⁶⁰ En este punto existe discusión en la doctrina respecto a si es el médico quien debe probar la causalidad. Consideramos que es el médico quien deberá probar esta relación de causalidad entre el daño causado y el riesgo previsto no informado mediante la prueba del empleo de la debida diligencia, debido a que compartimos la postura asociada a que en las obligaciones de medios, culpa e incumplimiento no son distinguibles entre sí. Si consideramos la regla del artículo 1698 del Código Civil, que prescribe que: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*” y el inciso tercero del artículo 1547 que señala que: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*” Como lo señala parte de la doctrina y jurisprudencia, habría plena armonía entre estos artículos, por lo tanto, al paciente sólo le tocaría probar la existencia de la obligación y al médico el uso de la debida diligencia. Consideramos además que esta carga probatoria es más precisa para estos casos en concreto, por el nivel de asimetría informativa que se presenta en la relación médico paciente.

⁶¹ MUNITA, Renzo, *op. cit.*, p. 225.

Haciendo una relación directa entre el criterio del incremento del riesgo y el consentimiento hipotético informado, señala sobre el particular PIZARRO WILSON, *“La teoría del consentimiento hipotético arranca de uno de los criterios propios a la imputabilidad objetiva: el incremento del riesgo.”*⁶² Menciona, además, que *“A propósito del criterio denominado “incremento del riesgo” se construye la tesis del consentimiento hipotético. Se parte de la base de que la vida en sociedad significa un umbral de tolerancia de riesgos que estamos dispuestos a soportar. De ahí que sólo cuando un sujeto sobrepase dicho umbral existe una razón para imputarle la causación del daño”*⁶³.

Es aquí donde confluye la relación de causalidad dentro de la responsabilidad civil médica y si extrapolamos este tipo de relación causal a este tipo de responsabilidad, nos encontramos con lo siguiente, CARLOS PIZARRO WILSON en su ya mencionada obra Responsabilidad Civil Médica, señala que esta responsabilidad es la que *“permite a las víctimas obtener una indemnización de perjuicios por los daños causados en la ejecución de un acto médico. Queda circunscrita, por ende, a las actuaciones ejecutadas por médicos o profesionales de la salud y hoy, en forma más amplia, a las negligencias que ocurran en centros hospitalarios o clínicas privadas de salud, las que responden tanto en forma directa como por el hecho de sus dependientes.”*⁶⁴

Pero como lo señaló PANTALEÓN PRIETO *“No toda conducta que crea el riesgo de lesión de los bienes de los demás puede ser calificada de negligente. Por razones fáciles de comprender, todo ordenamiento jurídico considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas, en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas y el mayor o menor coste social de las medidas de reducción del riesgo. Una conducta sólo es negligente cuando sobrepasa los límites del riesgo que, a la luz de aquellos datos, el ordenamiento estima aceptable o tolerable; cuando sobrepasa, por emplear la terminología al uso, los límites del riesgo permitido”*⁶⁵. Añade, además: *“[...] un evento dañoso no es objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en estas circunstancias no habría sobrepasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión”*⁶⁶.

De esta manera, como lo señala MUNITA: *“la creación de riesgos no permitidos pueda ser tenido como una presunción de causalidad susceptible de razonamientos contradictorios defendibles”*⁶⁷. Y es en este punto en que la teoría del incremento del riesgo se relaciona directamente con el concepto de presunción y el

⁶² PIZARRO, Carlos (2017). *La Responsabilidad Civil Médica*. Editorial Thomson Reuters. Santiago de Chile, p. 34.

⁶³ *Ibíd.*, p. 35.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 7.

⁶⁵ PANTALEÓN, Fernando (1990). *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva*, en Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1986.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 1579.

⁶⁷ MUNITA, Renzo, *op. cit.*, p. 226.

consentimiento hipotético informado como lo señala SCHLACK de acuerdo a jurisprudencia extraída del Bundesgerichtshof, - Tribunal Federal de Justicia de Alemania - en el que se ha señalado que solamente será posible punir la conducta del médico por lesiones, pero sólo en los casos en que el paciente ha sido debidamente informado y este no haya consentido con anterioridad la intervención que se llevó a cabo⁶⁸. Y en este punto es que se genera la relación directa de que hablábamos a comienzos de este párrafo entre el incremento del riesgo y la presunción de que la víctima de igual forma hubiese consentido en la intervención como lo señala también SCHLACK: *“Cuando no pueda excluirse que el paciente hubiera prestado su consentimiento en caso de haber sido informado suficientemente, se debe en conformidad al principio in dubio pro reo afirmar en favor del médico la presunción de que la víctima hubiera consentido en la intervención”*⁶⁹. Surge de esta forma la denominada “voluntad hipotética del paciente”, la cual permitiría exonerar de culpa al médico bajo la presunción de que la víctima de igual forma hubiese consentido. En relación con esto BARROS BOURIE señala que: *“Acreditado que el médico no dio la información debida (sea por omisión o por falsedad), 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”*⁷⁰.

Esto, posteriormente también se enlazará con el Deber de Informar que tiene el médico; pero siguiendo con las presunciones, para poder conceptualizarla, nos ayudaremos de una definición que nos entrega AGUILÓ: *“es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera. La garantía expresa un enunciado de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad; en lo que los juristas suelen llamar «máximas de experiencia».*⁷¹

En materia de responsabilidad civil, dentro del ordenamiento jurídico alemán, existe una regulación dentro del contrato de tratamiento que se denomina Behandlungsvertrag⁷², siendo este un contrato regulado por ley desde 2013 en Alemania; MUNITA, en relación a este contrato, nos señala que: *“construye un sistema de presunciones de causalidad frente a casos específicos, que han sido considerados por el legislador como acciones u omisiones que producen un desvalor de la conducta que la hace inaceptable; en otros términos, supuestos de creación de riesgo no permitido.”*⁷³

⁶⁸ Cfr. SCHLACK, Andrés. p. 276.

⁶⁹ SCHLACK M., Andrés. (2012). El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(2), 275-298. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200009>, p. 276.

⁷⁰ BARROS, Enrique, op. cit., p. 686.

⁷¹ AGUILÓ, Josep. (2017). Las presunciones hominis y las inferencias probatorias. Universidad de Alicante, pp. 102-103.

⁷² Cfr., MUNITA, Renzo. p. 250.

⁷³ MUNITA, Renzo, op. cit., p. 250.

De lo señalado por MUNITA, lo más relevante con relación al consentimiento hipotético informado es que, verificado que la conducta alternativa lícita desplegada por el profesional médico no incrementó el riesgo, se admite legalmente la prueba del consentimiento hipotético informado en el que será la parte tratante, es decir, el profesional médico, quien deberá probar que obtuvo ese consentimiento informado de acuerdo con las diferentes normativas presentes en el ordenamiento jurídico alemán y que, además, ese consentimiento se obtuvo de la forma expresada explícitamente por otra normativa de acuerdo a los requisitos establecidos en ella, en que es fundamental otorgar la información en la forma prescrita por estas normas; este punto es fundamental porque: *“Ante esta inversión de la carga de la prueba y presunción de causalidad frente a la falta de información, el legislador concede a la parte tratante la posibilidad de probar que el paciente también habría dado su consentimiento si se hubiera proporcionado la información adecuada, figura que se ha llamado consentimiento informado hipotético.”*⁷⁴

A mayor abundamiento, IÑIGO DE LA MAZA citando a ENRIQUE BARROS BOURIE, señala que: *“un área en la que el comportamiento lícito alternativo tiene especial importancia es en el caso de que no se obtenga el consentimiento informado del paciente, en circunstancias que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias”*⁷⁵. BARROS BOURIE, específicamente con relación a la responsabilidad civil médica, señala respecto de la relación médico-paciente que: *“Un grupo de casos importantes en la materia se refiere al incumplimiento del deber que tiene el médico de obtener autorización del paciente para realizar una operación o un tratamiento delicado, en circunstancias que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias”*⁷⁶.

Es justamente en estos casos, como dice BARROS BOURIE, en que puede darse por extremadamente probable una circunstancia, y es aquí donde la presunción alcanza un punto clave con relación al consentimiento hipotético informado; esto porque en esta figura, como lo señala de forma magistral PIZARRO WILSON: *“se ha querido ver una aplicación pura y simple de la causalidad, trayendo a colación la imputabilidad objetiva bajo el criterio del incremento del riesgo. No podríamos sancionar al médico en razón de que, si hubiere informado en forma oportuna, nada habría cambiado. En términos sencillos, daba lo mismo que se le informara, pues al presumir que no habría cambiado de opinión ningún daño se le habría ocasionado”*⁷⁷.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ DE LA MAZA, Iñigo, *“Consentimiento informado y relación de causalidad”*, op. cit., p. 137.

⁷⁶ BARROS, Enrique, op. cit., p. 407.

⁷⁷ PIZARRO, Carlos (2017), op. cit., p. 36.

El problema radica, cómo lo señala PIZARRO WILSON en que, a través de esta figura del consentimiento informado: *“no hay un hecho base, pues lo verídico es que el paciente no fue informado, habiendo una ausencia del hecho base, necesario en la presunción, y, por lo tanto, no se puede realizar la injerencia y aceptar el hecho presumido”*.⁷⁸

Independiente de la problemática y las diferentes miradas de los distintos autores, lo esencial entre la relación consentimiento hipotético informado y presunciones es que, mediante la aplicación de estas a esa figura, se podrá, eventualmente, exonerar al médico de su responsabilidad en base a presunciones hechas a partir de la supuesta voluntad del paciente, es decir, una voluntad presunta, independiente de si el profesional médico cumplió o no con su deber de informar.

II.2.4. El consentimiento hipotético informado no tiene argumento de texto en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no ha sido desarrollado por la doctrina nacional.

La teoría del consentimiento hipotético informado fue desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania, para aquellos casos en que se incumple los deberes de información en el ámbito de la atención en salud⁷⁹. Sobre esto se refiere ANDRÉS SCHLACK al señalar que *“(d)e acuerdo con la postura del BGH – siglas con las que se abrevia el Tribunal Supremo Federal de Alemania –, solamente puede afirmarse en este supuesto la punibilidad de la conducta del médico por lesiones en aquellos casos en que el paciente, debidamente informado, no hubiera consentido en la intervención realizada, de manera que, en aquellas hipótesis en que no pueda excluirse que el paciente hubiera prestado su consentimiento en caso de haber sido informado suficientemente, se debe en conformidad al principio in dubio pro reo afirmar en favor del médico la presunción de que la víctima hubiera consentido en la intervención”*⁸⁰; de manera tal que, en este ámbito, el consentimiento hipotético corresponde a un criterio que el sentenciador tiene a la vista a fin de observar el principio in dubio pro reo, el cual consiste en que la decisión del tribunal deberá favorecer al acusado en ocasión de una insuficiencia probatoria en juicio, dado que el non liquet – prueba oscura o cuya falta de claridad afecte un hecho de relevancia para la decisión de la litis – no exime al juez de su deber de fallar.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 37.

⁷⁹ Cfr. SCHLACK, Andrés. p. 276.

⁸⁰ SCHLACK, Andrés. (2012), *op. cit.*, p. 276.

La aplicación al ámbito civil viene de la mano de la doctrina española, desarrollada principalmente por FERNANDO PANTALEÓN, cuyo análisis histórico jurídico rebasa las pretensiones del presente trabajo⁸¹. Nos remitiremos a señalar que el principio *in dubio pro reo* no tiene aplicación en el derecho civil por cuanto, siguiendo a PIZARRO WILSON “(n) *o se trata de daño – entiéndase referido al derecho de daños o responsabilidad civil –, sino que de una causal de justificación o entender que no se satisface el tipo penal respectivo; en consecuencia, (...) sabemos que en caso penal la sanción puede ser más radical afectando la libertad de la persona, lo que contrasta con la responsabilidad civil que sólo puede terminar en una indemnización por el daño ocasionado*”⁸², razón por la cual, el criterio es más estricto en el ámbito penal, aplicando un estándar probatorio que sea más allá de toda duda razonable como para aplicar la sanción penal.

En consecuencia, dado que el consentimiento hipotético informado comprende en sede civil, un mecanismo que permite articular una defensa para los médicos frente a acciones de responsabilidad por haber infringido el deber de informar, resulta forzado su razonamiento en atención a la profusa y estricta regulación que nuestro legislador le ha dado al consentimiento informado, de tal modo que, darle cabida en el derecho civil chileno resulta atentatorio contra nuestro ordenamiento jurídico.

⁸¹ Sobre el tema se refiere Pizarro Wilson (2010) y De La Maza (2016).

⁸² PIZARRO, Carlos (2010), op. cit., p. 114.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que el consentimiento hipotético informado puede ser definido como, una teoría recogida desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania, que aplicada al derecho civil importa principalmente, en el procedimiento de indemnización de perjuicios, el cual permite articular una defensa en favor del profesional médico que ha incumplido su deber de informar – esto es un incumplimiento que puede ser absoluto o un cumplimiento imperfecto –, sin que necesariamente exista una falta a la *lex artis* médica; ocasionando un daño que es atribuible a la omisión de informar los riesgos previsibles de su intervención o procedimiento médico. Se trata aquí de una hipótesis en que, a partir de las características del paciente y las circunstancias de su enfermedad, se presume su consentimiento sosteniendo que, de haber sido informado del riesgo acaecido, el paciente se habría sometido igualmente a la intervención.

De conformidad con las reglas del ordenamiento jurídico civil chileno, no tiene cabida el consentimiento hipotético informado en atención a los siguientes argumentos:

1. El consentimiento hipotético informado comprende una operación mental que hace desaparecer el consentimiento informado, transgrediendo el principio de autodeterminación del paciente, reconocido tanto en la Ley 20.584 como el derecho de toda persona a otorgar o denegar su voluntad para someterse a un procedimiento o intervención; como en la jurisprudencia que es conteste en señalar que se trata de un componente fundamental de la atención en salud.
2. En materia de la carga probatoria, la ley establece un examen a los requisitos de la información debida que el tribunal debe observar, pesando sobre el médico deberes de colaboración, visto a que existe una asimetría respecto del paciente en la disposición y manejo de la información contenida en la ficha clínica. Dado que la prueba presentada por el médico es al mismo tiempo: 1) una herramienta para probar sus pretensiones, y; 2) se trata de información aportada desde la ciencia médica referente a un paciente y enfermedad en particular; el estándar probatorio se vuelve más alto para instancias del

juzgador. La teoría del consentimiento hipotético informado controvierte el estándar probatorio y transgrede los deberes de colaboración del médico.

3. La teoría consentimiento hipotético informado – que supone una operación mental de suprimir la conducta omisiva para examinar el incremento del riesgo – está imposibilitada de contar con elementos probatorios para aportar en juicio, dado que requiere la sola incardinación de las características personales y las circunstancias específicas de la enfermedad del paciente para representar el supuesto – que el paciente habría de todos modos consentido en la intervención médica –. En consecuencia, podemos señalar que la simulación de una conducta que no se materializó en la realidad importa tan solo un subterfugio para eximir de responsabilidad al médico en su descuido.
4. La teoría del consentimiento hipotético informado no sigue la regla de las presunciones, dado que el hecho presunto – esto es, el consentimiento del paciente – no tiene un hecho base con el cual podamos hacer la conexión. Para su establecimiento, la operación trata de hacer una simulación sobre la presunción, es decir, se simula que no existió la conducta omisiva y, a partir de la ficción de que la conducta debida se llevó a cabo, realiza la presunción – el paciente habría consentido de todos modos –, cuestión que desde el punto de vista jurídico debiese calificarse como un razonamiento forzado.
5. Por último, la teoría del consentimiento hipotético informado no fue desarrollada por la doctrina civil chilena o extranjera, tampoco cuenta con argumentos legales que permitan sustentarla, proviene de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania en sede penal, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, no aplicable en materia de daños o responsabilidad médica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge (2008). *La relación de causalidad, análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal: La cuestión causal en la responsabilidad extracontractual*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Santiago de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BELLO PIZARRO, Juan Carlos y otros (2021). *Derecho Médico*. Editorial Rubicón Editores. Derecho Médico FALMED, primera edición. Santiago de Chile.
- BLÜMEL ARAYA, Florencia (2022). *La pérdida de la chance en la responsabilidad médica. Doctrina y jurisprudencia*. Rubicón editores, primera edición. Santiago de Chile.
- CÁCERES PALACIOS, Rubén (2020). *Lecciones preliminares de la responsabilidad médica, Teoría y práctica*. Editorial Hammurabi. Santiago de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán F. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- PIERART ZAMBRANO, Carmen Gloria (2021). *Consentimiento informado*. Editorial Rubicón Editores. Derecho Médico FALMED, primera edición. Santiago de Chile.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2017). *La Responsabilidad Civil Médica*. Editorial Thomson Reuters. Santiago de Chile.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*. Der Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago de Chile.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2020). *Responsabilidad civil por negligencia médica*. Academia Judicial de Chile, Material docente N° 5 ISBN N° 2021-A-2263 Santiago, Chile.

ARTÍCULOS:

- BRANTT, María Graciela (2008). *Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento*. En “Colección de Estudios de Derecho Civil en Homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho”, Ediciones Universidad de Valparaíso, pp. 505 y ss.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010). *Consentimiento informado y relación de causalidad*. En “Responsabilidad Médica”. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI, Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, pp. 138 y ss.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010). *Consentimiento informado, una visión panorámica*. En “Revista Ius et Praxis”, Año 16, N°2, pp. 89 y ss.
- DE LA MAZA, Iñigo (2017). *Consentimiento informado, un poco de realismo*. En “Revista de Derecho (Valdivia)”, Vol. 30, N°2, pp. 111 y ss.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2021). *La carga de la prueba con relación al cumplimiento-incumplimiento civil como Thema Probandum en la Responsabilidad Médica y la Exceptio Non Adimpleti Contractus*. Revista Chilena de Derecho, vol. 48 N° 3, pp. 155 – 179.
- LEIGHTON, Guillermo (2018). “Derecho de información al paciente. Alcances prácticos” Derecho Público Iberoamericano. N°12 (abril de 2018): 175-203.
- LIRA ETCHEPARE, Francisca (2014). *El deber de informar al paciente por parte del equipo de salud en la Ley N°20.584*. En “Derechos y Deberes de los Pacientes: Estudios y textos legales y reglamentarios”, CEJ 25, Paulina Milos Hurtado y Hernán Corral Talciani Editores. Universidad de Los Andes, Santiago, pp. 23 y ss.
- MUNTA MARAMBIO, Renzo (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, N° 38, Edición de julio 2022. pp. 225-262.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2018). *Actualidad del deber de informar en Chile*. En “Revista Médica de Chile”, Vol. 146, N°8, Santiago, pp. 909 y ss.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2015). *En oposición al Consentimiento Hipotético Informado*. En “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” (online), N°44, pág. 114 y 155.

- SCHLACK, Andrés (2012). *El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho Penal Alemán*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 19 - N°2, 2012 pp. 275-298.

JURISPRUDENCIA:

- CORTE SUPREMA, ROL 5090 - 2004, de fecha 18 de diciembre de 2006.
- CORTE SUPREMA, ROL 5849 – 2009, de fecha 28 de enero de 2011.
- CORTE SUPREMA, ROL 8352 – 2009, de fecha 26 de enero de 2012.
- CORTE SUPREMA, ROL 9140 – 2009, de fecha 31 de julio de 2012.
- CORTE SUPREMA, ROL 4325 – 2013, de fecha 2 de octubre de 2013.
- CORTE SUPREMA, ROL 27.772 – 2019, de fecha 4 de enero de 2021.
- CORTE SUPREMA, ROL 103.514 - 2020, de fecha 29 de julio de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, ROL 2030 – 2009, de fecha 9 de julio de 2013.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, ROL 1517 – 2019, de fecha 5 de agosto de 2019.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, ROL 1426 – 2012, de fecha 9 de julio de 2013.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL 7995 – 2011, de fecha 27 de mayo de 2013.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL 5396 – 2014, de fecha 18 de junio de 2015.
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, ROL 36.393 – 2019, de fecha 19 de julio de 2021.
- 15° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, ROL 5291 – 2009, de fecha 8 de septiembre de 2011.