

Doctrina Nacional

Responsabilidad civil por no informar riesgos quirúrgicos

por Rodolfo González Zavala¹

“No hay ciencia donde no vaya la vida de las personas, y sin que se les vaya la vida intentando resolver sus temas”

Matilde Zavala de González²

Sumario: 1.- No comunicar es incurrir en mala praxis. 2.- Es una responsabilidad objetiva. 3.- Incumplir e indemnizar. 4.- De qué casos estamos hablando. 5.- Las preguntas cruciales. 6.- La información protege al médico. 7.- El paciente tiene derecho a conocer a qué se expone. 8.- Tasas de riesgo. 9.- Un ejemplo: cirugía de hernia inguinal. 10.- Otro ejemplo: cirugía de vesícula. 11.- Los avances médicos no siempre son lineales. 12.- Situaciones con dos, con varias o sin ninguna opción. 13.- Qué son los “procedimientos alternativos” 14.- Respetar las decisiones acientíficas. 15.- Invasión corporal no aceptada. 16.- La desinformación como causa adecuada. 17.- Médico incompetente que no informa el riesgo porque lo ignora. 18.- Impericia más desinformación. 19.- ¿Riesgo no informado es igual a riesgo asumido? 20.- La disidencia de Highton y Petracchi en “Godoy Aguirre” 21.- Es una responsabilidad por omisión. 22.- “Si me hubieran dicho, no me habría operado” 23.- El consentimiento hipotético es contrafáctico. 24.- Consentimiento hipotético ¿del actor? 25.- ¿De un paciente razonable? 26.- Siempre hay un contexto. 27.- Comparar la situación actual con la hipotética. 28.- No informar los riesgos daña la dignidad. 29.- Otros aspectos perjudiciales. 30.- A modo de cierre. 31.- Bibliografía

**¹Abogado (UNC).
Profesor de Derecho
Procesal Civil (UNC).**

Palabras clave:

Complicaciones postquirúrgicas - consentimiento informado - derecho a decidir - responsabilidad médica.

Keywords:

Post-surgical complications - informed consent - patient autonomy - medical liability.

Resumen: Esta colaboración se centra en los casos donde, después de una intervención bien practicada, se presenta una complicación postquirúrgica que genera daños en la salud. ¿Hasta dónde se extiende la responsabilidad civil del médico si esa posible secuela no fue debidamente informada?

² *Pensamientos jurídicos selectos*, Juris, Rosario, 2005, p. 9.

Abstract: This paper examines cases in which post-surgical complications occur despite a well-executed surgery, resulting in subsequent health damages. How far does a doctor's liability extend if this potential sequel was not duly informed?

1.- No comunicar es incurrir en mala praxis

Cada vez más mediaciones y más demandas son por déficits en consentimientos para prácticas de salud. La ley de los pacientes y el código se han percatado del problema: impresiona lo minuciosa que es la reglamentación³. Y el régimen del consumidor incide en muchos supuestos⁴. Otros ordenamientos más específicos se ocupan también de esta figura: la ley de trasplantes de órganos, la de HIV, la de anticoncepción quirúrgica, la de interrupción voluntaria del embarazo, la de violencia obstétrica. O sea que, desde lo normativo, el *informed consent* está consolidado y difundido. Se trata, para algunos, de “uno de los máximos aportes que el derecho ha realizado a la medicina, por lo menos en los últimos siglos”⁵.

Con todo, resulta sumamente intrincado precisar hasta dónde llega la responsabilidad civil (no solo del médico, sino del establecimiento público o privado) cuando, luego de una intervención, aparecen complicaciones que no fueron advertidas al paciente.

2.- Es una responsabilidad objetiva

Informar, para el médico, es una obligación de hacer. Además, se trata de una obligación *de resultado*⁶. Por eso, si a una situación de “ninguna información” (incumplimiento absoluto) o de “información deficiente” (cumplimiento defectuoso) le sigue un daño, se desencadenan tres importantísimas consecuencias, ahora recogidas en el art. 1722:

no tiene sentido establecer si, al incumplir, el profesional incurrió o no en culpa⁷;
lo único que exime son las causas ajenas;

el estándar probatorio es agravado: la ley presume el nexo adecuado y, por ende, el sindicado como responsable debe demostrar que la correlación incumplimiento-daño no es técnicamente causalidad.

³ El código derogado no tenía ningún artículo tan largo y detallista como el actual art. 59. En España, por ejemplo, la ley 41/2002, en lugar de una lista con los datos que deben comunicarse, adopta esta fórmula indeterminada: “toda la información disponible”.

⁴ Explicar los riesgos es algo que también deben hacer las empresas médicas.

⁵ TALLONE, Federico C., *La importancia del consentimiento informado en la praxis médica*, RCyS, 2004, p. 576.

⁶ VALLESPINOS, Carlos Gustavo - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 241 y 330. En esta línea, se ha enfatizado que “la información constituye en sí misma un resultado que debe acreditar el profesional” (CASTAÑO RESTREPO, Patricia – WEINGARTEN, Celia – LOVECE, Graciela – GHERSI, Carlos, *Contrato médico y consentimiento informado*, Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 60). Es que los textos legales aseguran que el paciente *recibirá* la información (art. 59 del código y art. 5º de la ley de los pacientes). Y desde un punto de vista general “hay promesa de resultado, con o sin pacto entre las partes, y cualquiera sea su contenido, si la buena fe impone la obligación de asegurar un fin” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, t. I, Alveroni, Córdoba, 2015, p. 679).

⁷ Esto no significa que no pueda existir negligencia o incluso dolo (pensemos en un médico que minimiza los peligros para captar pacientes). Pero ello no incide cualitativamente sobre la imputación en sí misma.

3.- Incumplir e indemnizar

Como las exigencias comunicativas impuestas por la ley son muy severas, puede ser fácil llegar a la conclusión de que hubo alguna falla. En un sistema de salud masivo y deteriorado, resulta utópico explicar con claridad, uno por uno, todos los datos que enumera el citado art. 59⁸.

Además, las disparidades interpretativas hacen que “irónicamente, la doctrina legal del consentimiento informado falle, precisamente, en informar al médico sobre lo que realmente le es exigido”⁹.

Pero un defecto de conducta no alcanza por sí solo para que exista responsabilidad resarcitoria. Una cosa es desatender una obligación y otra es tener que cubrir un daño¹⁰.

En los conflictos donde un paciente dice haber sido mal informado, la verdadera batalla argumentativa y probatoria no suele estar en el incumplimiento. Tampoco, en el factor de atribución. Lo dirimente es identificar si hay daños con un nexo de causalidad adecuada respecto de la falta de información.

4.- De qué casos estamos hablando

No nos ocuparemos de las iatrogenias por malas técnicas quirúrgicas. Lo que nos interesan son las secuelas postoperatorias donde existe convicción sobre lo siguiente:

correspondía practicar esa cirugía¹¹;

la intervención fue bien realizada¹²;

luego de ello, el paciente presentó un deterioro en su salud que antes no existía¹³;

dicha dolencia es descripta por la literatura especializada como uno de los riesgos asociados a ese procedimiento en particular¹⁴;

⁸ La regulación pareciera exigir que el paciente sea instruido con un mini curso acelerado sobre la patología que lo aqueja.

⁹ FERRERES, Alberto R., *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 53. Esta reflexión es particularmente atinada en lo que hace a qué riesgos concretamente deben ser advertidos.

¹⁰ El deudor incumplidor debe indemnizar al acreedor “siempre que concurran los presupuestos de la responsabilidad civil” (XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, 2022). Es que “contrariamente a lo que sugiere el art. 955, el incumplimiento imputable al deudor no siempre genera daños resarcibles” (GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *El incumplimiento de la obligación*, ponencia presentada a ese encuentro científico).

¹¹ Es decir, el diagnóstico y la decisión sobre qué tipo de tratamiento emprender fueron correctos.

¹² Quedan así afuera los litigios donde el actor afirma que no hubo una buena técnica quirúrgica y –como imputación adicional o subsidiaria– también se queja de que no se le informaron los riesgos. Estas situaciones deben resolverse de una manera diferente: “cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto” (LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997, t. I, p. 212).

¹³ Dejamos de lado las hipótesis –más enredadas desde el punto de vista fáctico– donde la cirugía no logra detener el curso patológico que ya había comenzado: “el enfermo está sometido desde antes a un proceso, trae incorporada una causa cuya evolución natural puede generar una consecuencia. El médico comienza entonces a actuar sobre esa primera causa, para tratar de romper o revertir esa relación de causalidad, mediante la inserción de una conducta de la que ordinariamente se esperan ciertos resultados inversos” (CASTAÑO RESTREPO, Patricia – WEINGARTEN, Celia – LOVECE, Graciela – GHERSI, Carlos, *Contrato médico y consentimiento informado*, Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 34)

¹⁴ Son casos donde la etiología de la dolencia es la propia cirugía. En otros no se puede descartar, por ejemplo, que el origen haya sido que no se respetaron las indicaciones luego del alta hospitalaria.

es decir, el paciente tuvo la mala suerte de ser uno los casos estadísticamente infrecuentes¹⁵;
no era un caso de urgencia¹⁶;
era ineludible informar dicho riesgo¹⁷;
el paciente aceptó que se practicara esa cirugía¹⁸;
pero el profesional no anotició al paciente que ese evento podía ocurrir¹⁹.

5.- Las preguntas cruciales

En definitiva, la cuestión resarcitoria que abordaremos se suscita con aquellas complicaciones postquirúrgicas que exhiben tres características negativas:
no fueron informadas;
no las precedió ninguna culpa;
no fueron causadas por algún vicio de las cosas empleadas²⁰.

Pues bien, incluso estos casos “simplificados” generan marcados disensos al momento de despejar estas incógnitas: *¿existe alguna circunstancia que exonere al médico? Y si no la hay ¿qué daños deben ser resarcidos?*

6.- La información protege al médico

La figura que estamos analizando tiene su reverso: para el cirujano, el consentimiento informado presenta la enorme ventaja de que descarta cualquier reclamo por aquellos daños cuya ocurrencia fue alertada al paciente. Se trata de una eximente respecto de esas contingencias. En este sentido, el profesional que descuida el aspecto informativo está descuidando sus propios intereses²¹. Así, en un caso un hombre contrató cuatro cirugías estéticas simultáneas (ginecomastia, dermolipectomía, lifting y blefaroplastia) y luego reclamó por distintas cicatrices. No obstante, la pericia señaló que no podía afirmarse que las incisiones o las suturas hubieran sido mal realizadas (según el dictamen, lo que presentaba el actor no era otra cosa que “el paso imborrable del bisturí”). Y bien, la cámara juzgó que la demanda debía ser rechazada porque los documentos firmados mencionaban esas características de las cicatrices (alopécicas, hipertróficas, dehiscentes o queloides) como posibles complicaciones²².

¹⁵ En la bibliografía médica abundan los estudios empíricos que indican que 1 de tantas personas sometidas al tratamiento “x” sufre la complicación “y”.

¹⁶ Esto excluye esos casos apremiantes donde el médico ni siquiera tiene que pedir permiso.

¹⁷ A veces el facultativo argumenta que, como era un riesgo muy atípico o muy infrecuente, no hacía falta advertirlo. Hay jurisprudencia sobre esto: “Si el síndrome que presenta el paciente luego de ser intervenido quirúrgicamente (en el caso: de cataratas), sólo se presenta en un dos por ciento de los operados, no puede responsabilizarse al facultativo por no haberlo informado, en atención a las escasas e inciertas probabilidades que existían de que se presentara dicha complicación” (CNCiv., sala M, 30/8/01, “Garigliano c/ Paris”).

¹⁸ Es decir, existió lo que se denomina consentimiento “simple”.

¹⁹ Para aislar bien el problema, partiremos de casos donde está claro que ese riesgo puntual no fue mencionado.

²⁰ Recordemos que un cirujano responde por actos culposos (un diagnóstico desacertado, una técnica inadecuada, etcétera) y también por vicios en las cosas que utilice (art. 1768).

²¹ Pero no es bueno que los médicos tengan más incentivos para informar bien que para operar bien.

²² CNCiv., sala A, 5.6.14, “Castañares c. Ferriols”. Este fallo presenta dos posibles encuadres para fundar el juicio de irresponsabilidad: para Molteni y Li Rosi se había configurado “un hecho fortuito propio de la víctima (anormal proceso de cicatrización) que de ningún modo puede ser imputado al emplazado”; en cambio, para Picasso “el daño por la deficiente cicatrización se encuentra cubierto por una causa de justificación, consistente en el consentimiento de la víctima –debidamente informada sobre la posibilidad de su materialización pese a la diligencia del cirujano- lo que quita antijuridicidad a la conducta del galeno”.

7.- El paciente tiene derecho a conocer a qué se expone

Consentir es algo que sólo puede suceder después de un diálogo. Ese proceso comunicativo no se reduce a la firma del paciente en un instrumento pre-impreso (entregado el mismo día de la cirugía, por un empleado administrativo en la oficina de admisión del establecimiento)²³. Tampoco, a una atestación aislada del médico en la historia clínica. Lo aconsejable es dejar rastros que generen convicción de que se cumplieron los estándares que fija la ley (que, reiteramos, son muy altos).

No obstante, suponiendo un documento, debe consignar que el paciente, en lo que aquí interesa, “recibió” estos datos:

qué riesgos conlleva el procedimiento aconsejado;

qué riesgos implica no realizarlo;

en su caso: qué riesgos tiene el procedimiento alternativo existente;

qué riesgos tiene rechazar ese procedimiento alternativo.

Las normas vigentes buscan que el enfermo quede en condiciones de saber “cuál es el precio (en salud) que puede llegar a tener que pagar para obtener los ansiados (y muy respetables) beneficios”²⁴.

8.- Tasas de riesgo

La premisa que debe guiar el razonamiento jurídico es bastante obvia (al menos, en términos generales): *todo procedimiento quirúrgico, indistintamente de su complejidad, implica algunos riesgos para el paciente*. En otros términos: *los médicos no pueden evitar determinadas situaciones negativas*. Ello es así incluso aunque se cumplan de manera prolija y con destreza todos los protocolos²⁵.

Nuestro código acepta esta limitación científica cuando alude a los “efectos adversos previsibles” como una de las circunstancias que deben ser advertidas (art. 59 inc. d). Como es sabido, las cirugías programadas van precedidas de ciertos estudios (informes de laboratorio, cardiovasculares, valoración preanestésica) que clasifican el riesgo de cada paciente. Esas prácticas preparatorias también sirven para detectar comorbilidades no evidentes (diabetes, hipertensión) que, junto con las ostensibles (edad avanzada, obesidad), incrementan los peligros de ese paciente en particular (de allí la denominación “factores de riesgo”).

Además, en distintas especialidades existen los llamados “estudios multicéntricos”, en servicios quirúrgicos de grandes hospitales nacionales y extranjeros, que han medido las complicaciones más frecuentes (*failure rates*) de ciertas cirugías, realizadas por cirujanos expertos y en las mejores condiciones.

²³ Esos instrumentos sumamente estandarizados han sido declarados ineficaces: “un formulario tan genérico que pretenda abarcar todo tipo de intervención, en definitiva, no sirve adecuadamente para ninguna” (CNCiv., sala G, 28.10.22 en D., P. c. R., D. y Otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux., ED-MVCDLXII-493).

²⁴ CCom. de San Martín, sala II, 17.2.05, en “Muzzupapa c. Rodríguez”, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 625

²⁵ Esto es tan trascendente que moldea la obligación central del médico: “cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles o inevitables, pues, a pesar de que las reacciones del organismo suelen responder a un patrón de conducta, siempre pueden presentar un imponderable que torna inseguro todo resultado. Al estar presente dicho alea, no puede entonces exigirse al profesional que asegure un resultado” (CNCiv., sala J, 28.12.22, “B., L. A. c. N., H. D”, ED, MVID-202).

9.- Un ejemplo: cirugía de hernia inguinal

Así, se ha estudiado la tasa de recurrencia de la cirugía de hernia inguinal, que es un tratamiento prevalente, tanto en niños como en adultos. Esa tasa era de un 10%: esto quiere decir que luego de la cirugía de reparación de la hernia, en un 10% de los pacientes operados la hernia volvía a aparecer dentro de los 2 años. Los factores que predisponen a la recidiva son inherentes al propio paciente (fragilidad de tejidos, constipación, tos crónica, prostatismo, obesidad). Actualmente, con la colocación de mallas por videolaparoscopia, se ha logrado reducir dicha tasa al 5%²⁶.

10.- Otro ejemplo: cirugía de vesícula

En este otro procedimiento la complicación más frecuente es el “síndrome post-colecistectomía”, que hace referencia a los síntomas que pueden aparecer luego de extirpar la vesícula. El paciente persiste con síntomas semejantes a los que tenía antes de la intervención (dolor, distensión abdominal, náuseas), a los que se agregan cuadros de diarrea por aumento de pasaje de bilis al tracto digestivo. Esto ocurre en un 20% de los pacientes operados, de acuerdo a las estadísticas internacionales²⁷. Ello no obedece a una mala técnica quirúrgica, sino a las características propias de la intervención y a factores que presentan ciertos pacientes.

11.- Los avances médicos no siempre son lineales

Es más seguro operarse hoy que hace treinta años. Los médicos cada vez saben más sobre las enfermedades. Y los establecimientos de salud cuentan con herramientas tecnológicas cada vez más sofisticadas.

Sin embargo, las innovaciones a veces traen peligros que antes no existían. Ellos pueden permanecer ocultos hasta que otro avance científico los “descubre”. Por ejemplo, en Estados Unidos durante décadas se consideró un avance prescribir un tipo de estrógeno (*diethylstilbestrol*), para prevenir pérdidas de embarazos, pero luego se comprobó que ese medicamento había causado cáncer a muchas hijas y nietas de las embarazadas. Esto motivó el conocido caso “Sindell” de 1980, de la Corte de California²⁸.

12.- Situaciones con dos, con varias o sin ninguna opción

En la medicina el margen de autodeterminación no es constante ni inamovible:
una rinoplastia no es igual a la exéresis de un carcinoma agresivo;
hay muchas marcas, tamaños y formas de implantes mamarios;
un tratamiento convencional genera menos inquietud que la sugerencia de otro que está en fase experimental;
no es lo mismo donar un riñón que recibir uno;

²⁶ DEYSINE, M., Inguinal herniorrhaphy. Reduced morbidity by service standardization, en Arch. Surg, 1991: 126, p. 628; BENAVID, R., New techniques in hernia repair, en World J Surgery, 1989: 13, p. 522; HAAPANIEMI A. - NORDIN P., Present rate of failure rates (Clinical studies and epidemiologic database short and long term), en Berlin Springer, 2007, p. 3; HAAPANIEMI A. - GUNNARSSON U., Reoperation after recurrent groin hernia repair, en Ann Surgery, 2001:234, p. 122.

²⁷ BODVALL, B., *The postcholecystectomy syndromes*, en Cl. Gastroenterol., 2:103, 1987; Christiansen, J. – Schmith, A., The postcholecystectomy syndrome, en Acta Chir. Sean. 137:798, 1991; Domedoff, L. – Schersen, T., *Prognosis of early postcholecystectomy distress. Analysis of 593 patients cholecystectomized for gallstone disease*, en Ac. Chi.Scand., 134:291,1998.

²⁸ 26 Cal. 3d 588 (1980).

ciertas dolencias no generan ni siquiera molestias y nada indica que se agravarán en el corto plazo: no necesitan un abordaje inmediato; pero en otras ocasiones, aceptar o rechazar la cirugía aconsejada es una disyuntiva puramente teórica: pensemos, por ejemplo, en una fractura expuesta o en una rotura dentaria que afecta el nervio.

No siempre es correcto afirmar retrospectivamente –de manera tajante, sin analizar toda la situación– que la omisión del médico “privó al paciente de su derecho a elegir”. Muchas situaciones no contaban con ningún otro procedimiento diferente al que fue aconsejado. Es más, en algunos casos rechazar el tratamiento no era una verdadera posibilidad²⁹.

Es francamente inusual que un enfermo tenga un menú de terapias con la misma eficacia, el mismo nivel de peligrosidad y el mismo costo económico.

Por consiguiente, una premisa para juzgar este tipo de responsabilidad es que *el derecho del paciente a elegir no se ejerce en el vacío*. La legislación española está bien lograda en este punto, cuando señala que la información es para que el paciente pueda valorar “las opciones *propias del caso*”³⁰.

13.- Qué son los “procedimientos alternativos”

Esta expresión que usan el art. 59 del código y el art. 5º de la ley de los pacientes necesita una desambiguación.

“Medicinas alternativas” alude a prácticas sin suficiente respaldo epistemológico (por ejemplo, la naturopatía). Ellas pueden ser muy peligrosas, salvo que únicamente se las emplee como refuerzo complementario de los tratamientos convencionales.

Por ende, entendemos que no existe obligación de instruir al paciente sobre la posibilidad de iniciar alguna terapia no validada por la medicina basada en la evidencia.

La consecuencia es la siguiente: no es aceptable argüir que el desconocimiento sobre el riesgo que se concretó –derivado de una cirugía bien realizada– cercenó la posibilidad del enfermo de inclinarse por tratamientos que no son reconocidos por las sociedades académicas, que no se enseñan en las facultades de medicina y que no se practican en centros de salud habilitados.

14.- Respetar las decisiones acientíficas

Que el médico no esté obligado a informar, por ejemplo, sobre terapias ayurvédicas, no significa que no deba respetar la decisión del paciente de emprender ese camino. No todos compartimos los mismos valores ni el mismo proyecto de vida.

Es más, para algunas personas, curarse directamente no es lo más importante³¹. Una muestra paradigmática es la de los testigos de Jehová³². Otro ejemplo: en un caso se

²⁹ En este importante punto discrepamos con Highton y Wierzba, que sostienen que “la mayoría de las veces hay opciones” y que “además, siempre está la alternativa del no tratamiento” (*La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 513).

³⁰ Art. 8 de la ley 41/2002 (la cursiva es nuestra).

³¹ La autonomía tiene un valor ético en sí misma: no interesa el contenido de la decisión. El enfermo tiene derecho a que se respete su oposición a actos médicos aptos para mejorar significativamente la salud o incluso para evitar la muerte. Y ni siquiera hace falta que exprese el motivo de su negativa (art. 2º de la ley de los pacientes).

³² En “Bahamondez” de 1993 (Fallos: 316:479), la Corte por mayoría declaró que la negativa a recibir sangre se había tornado abstracta. Pero los ministros Barra y Fayt creyeron necesario agregar, entre otros conceptos, que la ley 17.132 –cuyas implicancias normativas hoy están mucho más desarrolladas por las leyes ya mencionadas en

desestimó el planteo de los hijos que impugnaban la negativa de su padre a que se le amputara una pierna con gangrena, pese al grave pronóstico que eso implicaba³³. El derecho al consentimiento justamente se basa en que *lo definitorio son las preferencias personales (informadas)*: “más de un paciente en pleno uso de su razón elegirá un curso de acción que no será el óptimo de acuerdo a los criterios científicos”³⁴. Si lo único que importara fueran los consensos entre los especialistas, no haría falta advertir sobre los riesgos implicados cuando se trate de una enfermedad para la cual solo existe un único tratamiento “oficial”³⁵.

15.- Invasión corporal no aceptada

Los precedentes judiciales más antiguos –ingleses y norteamericanos– fueron por hechos sumamente graves: médicos que no pidieron permiso al enfermo o que incluso actuaron contra su voluntad. No eran cirugías con consentimiento *deficiente* sino con consentimiento *inexistente*³⁶. De allí es que esas primeras sentencias partieron de la base de que una intervención no autorizada es un acto de violencia: un ataque contra la persona (*battery*)³⁷.

Es que el cirujano, sencillamente, “carece de todo derecho sobre el cuerpo del paciente”³⁸. Por eso, suponiendo semejante “sometimiento clínico”³⁹, no caben dudas de que esa irrupción es una ofensa con entidad jurídica propia. Efectivamente, *el profesional causó un daño moral específico, diferenciado o autónomo*⁴⁰. Este perjuicio es notorio (art. 1744 del código). Y si la intervención arbitraria no era urgente y sobreviene un período de convalecencia, se agregarán los daños económicos relacionados con la actividad del enfermo⁴¹.

Es más, la responsabilidad por estos daños subsiste, *aunque la intervención sea exitosa*. Aquí no estamos hablando de consecuencias espirituales negativas por un empeoramiento de la salud (que, insistimos, puede no ocurrir), sino provenientes de un ultraje a la integridad física: “las lesiones consiguientes derivadas del tratamiento, bueno o malo, son motivo de otro análisis”⁴².

el texto– “aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento”. Luego, en “Albarracini Nieves” de 2012 (Fallos: 335:799) la Corte ratificó que el art. 19 de la Constitución exige respetar estas decisiones religiosas dañinas para la salud “aunque a lo mejor resulten molestas para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo”.

³³ CNCiv., sala H, 21.2.91, “Jakobson s/ autorización”, expte. 86.598, JA, 1992-II-306 y en LL, 1991-B-363, con nota aprobatoria de Jorge Bustamante Alsina *La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo*.

³⁴ HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 513.

³⁵ STS de España, sentencia del 8 de septiembre de 2003.

³⁶ TARODO SORIA, Salvador, *La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano*, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, n.º. 1, 2006, p. 229. En “Slater” de 1767 un paciente solicitó que se le sacara un vendaje, pero los médicos refracturaron la pierna y colocaron un aparato para intentar enderezarla. En “Schloendorff” de 1878 una paciente se limitó a autorizar un estudio invasivo con fines de diagnóstico, pero pese a ello le fue extraído un tumor.

³⁷ Para un enfoque penal de estos actos: ZAFFARONI, E. Raúl, *Consentimiento y lesión quirúrgica*, en JA, 1973, Doctrina, p. 393.

³⁸ TALE, Camilo, *Examen de las actitudes y de los principios de la bioética contemporánea predominante*, en la obra colectiva *Principios de bioética*, Ed. Fundación Alberto J. Roemmers, Buenos Aires, 1998, p. 174.

³⁹ Tomamos esta expresión de PUCHETA, Leandro, *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, en ED-MMCLXXXI-198.

⁴⁰ En estos supuestos deviene imposible disociar el daño-evento del daño-consecuencia.

⁴¹ TOBÍAS, José W., *El consentimiento del paciente en el acto médico*, ED, 93-93.

⁴² LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997, t. I, p. 211.

Adviértase entonces lo siguiente: aunque la cirugía haya sido bien practicada, puede suceder que el médico deba indemnizar el daño derivado del atropello personal más los daños derivados de complicaciones postquirúrgicas (que, por hipótesis, no fueron informadas ni aceptadas: aquí ni siquiera existe el llamado consentimiento “simple”). Por supuesto, puede acontecer que la invasión corporal sea con inobservancia de la *lex artis*: por ejemplo, un médico extirpa un ovario quístico sin consentimiento previo y además lo hace innecesariamente, porque existía la posibilidad de extraer el quiste salvando el ovario⁴³.

Pero hoy la casuística que predomina es diferente: se trata generalmente de situaciones donde *el paciente sabía que se iba a realizar esa cirugía*, pero plantea que nadie le explicó que podía producirse la complicación que lo aqueja.

16.- La desinformación como causa adecuada

Hay situaciones –diferentes a las que constituyen el núcleo de este estudio– donde resulta comparativamente más sencillo establecer el nexo. Son casos donde la salud desmejoró porque el paciente ignoraba el riesgo que debió ser comunicado:

El ejemplo más perceptible es el de la persona operada que no adoptó los cuidados postquirúrgicos imprescindibles porque el cirujano nunca se los indicó⁴⁴.

En una demanda se planteó que una embarazada con un parto de riesgo murió porque, mientras estaba en la clínica donde había hecho un tratamiento de fertilidad, no fue informada por su médico de confianza de que lo mejor era trasladarse a un centro de mayor complejidad: “solamente se efectuó esa comunicación cuando el estado se había tornado de suma gravedad”⁴⁵.

Cabe incluir aquí las demandas por *wrongful conception*, es decir, anticoncepciones fallidas precedidas de déficits informativos⁴⁶. Entre nosotros, una madre de tres hijos solicitó ligarse las trompas de Falopio, pero quedó embarazada por cuarta vez y demandó al médico que no le aclaró que el procedimiento no garantizaba resultados absolutos, dado que puede presentarse una recanalización espontánea o una fístula⁴⁷.

En otras hipótesis el daño es generado porque el médico no fue contundente sobre los peligros de rechazar el procedimiento aconsejado (art. 59 inc. f del código). Así, en un caso una mujer se practicó una mamoplastia y en el postoperatorio sufrió infecciones y otras complicaciones porque desobedeció las indicaciones de reposo e higiene. La cirujana tratante le aconsejó retirar los implantes, pero la paciente se negó y eso agravó aún más el cuadro. Finalmente, la joven fue convencida por otro profesional, pero a esa altura varias secuelas ya eran irreversibles. En este peculiar contexto la cirujana fue condenada porque se le reprochó que “no ejerció todo su

⁴³ CNCiv., sala D, 9.3.04, “F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica”, RCyS, 2004, p. 387.

⁴⁴ Ver ejemplos en KRAUT, Alfredo Jorge, *Los derechos de los pacientes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 167 y en p. 153.

⁴⁵ CNCiv., sala B, 19.11.04, “Broda c. Neuspiller y otros”.

⁴⁶ LUCHINI-GUASTALLA, Emanuele, *El daño por procreación indeseada*, en AMEAL, Oscar J. (dir.), *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.p. 1611. En el mismo libro Alfredo J. Kraut comenta sentencias españolas (*Médicos y deber de información: responsabilidad civil en caso de incumplimiento*, p. 1595).

⁴⁷ CNCiv., sala G, dic. 2017 en “V. P., V. A. y otro c/ IN.M. de O. S.A.”, en Revista Derecho y Salud, Universidad Blas Pascal, año 2, nro. 2, p. 236, con nota de Agustina Dallegre, *Responsabilidad por incumplimiento al deber de información* y en RCyS, 2018-5, p.l 71, con nota de Ignacio González Magaña, *El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida*.

poder de persuasión para demostrarle a la paciente que estaba en un camino muy riesgoso”, es decir, “no puso la debida diligencia para explicar la seriedad de lo que ocurría”⁴⁸.

También en otra cirugía de mamas, se entendió que “aun cuando el tamaño de las prótesis haya sido elegido por la accionante, era el cirujano el que cargaba con la responsabilidad de indicarle a su paciente la mala elección efectuada”⁴⁹.

17.- Médico incompetente que no informa el riesgo porque lo ignora

Otra hipótesis que debe deslindarse es aquella donde el profesional omite advertir alguna contraindicación, pero porque no se da cuenta del factor de riesgo específico del paciente (esto puede obedecer a que no se completaron todos los estudios correspondientes, o a que no fueron bien interpretados).

También puede acontecer que el facultativo directamente no sepa que ciertos tratamientos son desaconsejados en general para todos los enfermos que tienen ciertas dolencias. Por ejemplo, en un caso de una mujer con problemas hepáticos previos se resolvió que no podía pretenderse que fuera ella quien se tomara el trabajo de leer el prospecto del medicamento que le indicó su médico⁵⁰.

18.- Impericia más desinformación

Que ambos planos pueden entremezclarse es algo constatable en este caso por una rinoplastia: la cirujana estética, después de una única consulta y pese a que la paciente refirió tener dificultades para respirar, redujo quirúrgicamente las alas nasales, lo cual agravó ese problema previo. La cámara reprochó dos cosas a la médica: no haber requerido estudios complementarios (para valorar adecuadamente qué consecuencias podía tener esa operación) y no haber dejado constancia de que la paciente aceptaba la posibilidad de un empeoramiento en su insuficiencia ventilatoria⁵¹. Sobre esto último, acotamos que eso no habría exonerado por los malos resultados de una cirugía que no era aconsejable para esa mujer.

En otro caso, motivado por una cirugía de cataratas, el máximo tribunal bonaerense juzgó que si bien el oftalmólogo había omitido aclarar que una complicación posible era que quedaran restos de cristalino, lo más importante es que había existido impericia porque esos restos no habían sido bien aspirados⁵².

Estos ejemplos sirven para remarcar dos aspectos:

si la cirugía fue realizada de manera incorrecta, no tiene sentido enfocarse en la falta de explicaciones previas: el médico directamente deberá pagar por los daños causados por su negligencia, impudencia o impericia;

el consentimiento informado no funciona como una patente de corso para las malas técnicas quirúrgica.

19.- ¿Riesgo no informado es igual a riesgo asumido?

Algunos tribunales encaran este tema como si se tratara de una responsabilidad civil automática: entienden que la obligación resarcitoria se dispara siempre que pueda constatarse el incumplimiento imputable de la obligación de informar.

⁴⁸ CNCiv., sala M, 25.7.08, “Arias c. Gutiérrez”.

⁴⁹ CNCiv., sala D, 5.6.17, “Catalán c. Maisonave”.

⁵⁰ CCCom. de San Martín, sala I, 5.9.00, “Torres c. Clínica Sarmiento y otro”, LLBA, 2001-841.

⁵¹ Cám. 5ª Civ. y Com. Cba., 29.9.16, “V., V. M. c/ T., S. I. - T., A. S. y otro - Expte. 1558981/36”, ED, 271-371.

⁵² SCJBA, Ac. 82.684, 31.3.04, “Abdelnur de Molina c. Meroni”.

Ciertamente, existen condenas que—de manera más o menos explícita— se basan en esta secuencia: (a) la secuela que presenta el demandante es compatible con una cirugía bien practicada; (b) pero él no sabía que podía ocurrir esa contingencia; (c) hubo una omisión informativa que le impidió aceptar ese riesgo inherente al acto; (d) de hecho, fue el médico quien decidió en lugar del paciente; (e) al proceder de esa manera, el profesional asumió el albur de que esa lesión se materializara; (f) por consiguiente, debe indemnizar las consecuencias de esa lesión.

Un caso difundido que tuvo esta lógica fue “Patrón”: un paciente sufrió lesiones neurológicas irreversibles con motivo de un estudio invasivo consistente en una arteriografía cerebral, que fue ordenada por el servicio de cardiología y practicada por el servicio de hemodinamia, ambos del Hospital Militar⁵³. El precedente enfatizó la necesidad de advertir los riesgos específicos (aceptar un cateterismo no es lo mismo que aceptar un cateterismo sabiendo los peligros que se corren), pero *no ahondó en el problema causal*. El mismo error se detecta en muchos fallos españoles que adoptan el razonamiento lineal (riesgo no informado = riesgo asumido) descripto en el párrafo anterior⁵⁴.

20.- La disidencia de Highton y Petracchi en “Godoy Aguirre”

Los repertorios registran un caso posterior casi idéntico —en sus hechos y en la forma de argumentar— al descripto en el punto anterior. En efecto, en “Godoy Aguirre” una mujer a la que se practicó una angiografía digital de cerebro por cateterismo salió del estudio con una incapacidad del 100%. La cámara condenó a los demandados a resarcir todas las repercusiones sufridas por la actora, con el único fundamento de que no había constancia de que a la paciente se le hubieran explicado los riesgos implicados⁵⁵.

La sentencia fue recurrida a la Corte Suprema. La mayoría aplicó el art. 280, cód. procesal (Fallos: 331:1804). Pero lo interesante es la disidencia conjunta de Highton y Petracchi, ya que tiene muchísima sustancia para nuestro tema:

Es que este voto fija el marco dogmático bajo el cual deben juzgarse estos casos. Con sentido docente, señala que la responsabilidad por falta de consentimiento informado “se asienta en la afirmación de que, de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a la práctica médica”. Deben, por consiguiente, valorarse “los elementos objetivos que indican el estado clínico” y “los medios técnicos alternativos existentes para su diagnóstico y tratamiento”, a los fines de fijar “el marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional” (consid. 7).

A partir de allí, estos ministros entendieron que la cámara “obvió ponderar el estado de salud de la paciente antes de que se efectuara la práctica, el grado de necesidad de emplear esa técnica diagnóstica en función de la cirugía que debía llevarse a cabo, la inexistencia en esa época de otros medios alternativos de menor riesgo y la utilidad del estudio para la concreción exitosa de la extirpación del tumor”. Tales datos debieron haber sido conjugados “con la razonabilidad de una declaración —a

⁵³ CNCiv. y Com. Federal, sala I, 28.12.93, “Patrón c. Estado Nacional”, LL, 1994-D-20.

⁵⁴ Ver referencias en KVITKO, Luis A., *El consentimiento informado*, Dosyuna, Buenos Aires, 2009, p. 338 y en NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 156.

⁵⁵ CNCom., sala D, 2.6.04, “Godoy Aguirre c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica”, RCyS, 2004, p. 574.

cuya existencia tampoco se hizo mención– de que en ese complejo de circunstancias, desde parámetros objetivos o inclusive meramente subjetivos, el paciente no se habría sometido a la práctica indicada por el profesional” (consid. 13)⁵⁶.

21.- Es una responsabilidad por omisión

Como puede apreciarse, estos casos de información incompleta deben ser solucionados mediante los postulados que indican cuándo hay responsabilidad *por no haber impedido un daño*. La responsabilidad médica por no informar riesgos, en definitiva, no es otra cosa que una especie de responsabilidad por omisión. Ciertamente:

la cirugía fue bien practicada;

la etiología de la complicación puede haber sido alguna circunstancia inherente al paciente o algo que el estado actual de los conocimientos no puede identificar;

el médico inobservó un imperativo legal de actuar: las normas vigentes, entre otros datos, exigen informar los “efectos adversos previsibles”⁵⁷.

Por ende –al igual que en cualquier hipótesis de responsabilidad por omisión– el *quid* es determinar si la información no brindada habría evitado el desenlace negativo por el cual reclama el paciente⁵⁸. Eso únicamente puede hacerse *mediante un juicio retrospectivo de inclusión hipotética*, considerando todos los hechos circundantes conocidos. Primero hay que retroceder, después añadir mentalmente la conducta omitida (la información no suministrada) para finalmente determinar qué habría sucedido si se hubiera cumplido la conducta exigida por la ley.

Esta reconstrucción es ineludible. Desde el punto de vista de los resultados no interesa qué posición se tenga en el debate –también planteado entre los penalistas– sobre si en la responsabilidad por omisiones puras hay o no causalidad adecuada⁵⁹.

Cuando algunos fallos españoles condenatorios dicen “el efecto adverso no fue causado por la falta de información”, hay que entender que quieren decir que en las abstenciones la imputación funciona de otra manera⁶⁰. De lo contrario, o se llega a un punto muerto o sino se abre el terreno para imputaciones distorsionadas. Esto tiene implicancias para el debate procesal: es muy común que el médico manifieste que él “no causó” la secuela que presenta el demandante. Pero esta simple frase, sin

⁵⁶ Lógicamente, estos lineamientos habían sido expuestos en la notable obra de Highton y Wierzba: *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 520.

⁵⁷ En la terminología del art. 1074 del código derogado, existe una “disposición de la ley” que obliga a cumplir lo omitido.

⁵⁸ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, en *Responsabilidad médica*, Colección de Derecho Privado VI, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 136.

⁵⁹ Ambas posiciones están bien explicadas en PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 377 y ss. Nos hemos ocupado brevemente del punto en GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Las omisiones del Estado. Un análisis desde el Derecho de daños*, Foro de Córdoba, n° 47, p. 39.

⁶⁰ Ver referencias jurisprudenciales con este tipo de frases en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, Revista de Derecho de Daños, 2003-2, p. 179. Es más, este trabajo prueba en sí mismo lo que queremos demostrar: si bien discrepamos con algunas expresiones y rótulos que utiliza el autor, coincidimos con las conclusiones a las que llega, sobre todo con la más importante: no hay responsabilidad “si las circunstancias llevasen al tribunal a la convicción de que aún habiendo sido perfectamente informado de riesgos y de alternativas, el paciente habría optado –de manera inequívoca– por la acción curativa que sobre él se practicó”.

refutaciones con contenido y sin contrapruebas como las que veremos a continuación, carece de eficacia defensiva.

22.- “Si me hubieran dicho, no me habría operado”

Habría entonces responsabilidad resarcitoria si el razonamiento contrafáctico mencionado en el acápite anterior permite llegar a esta conclusión: si el paciente hubiera sabido a qué se exponía, habría desistido de la intervención. En pocas palabras: *si había información, no había cirugía*.

Dicho estándar es conocido en Estados Unidos: “Causal connection exists between doctor's nondisclosure to patient and patient's damage when, but only when, disclosure of significant risks incidental to treatment would have resulted in decision against it”⁶¹. Es una especie del llamado “but-for test”.

Se trata, en definitiva, de determinar el *consentimiento hipotético*, vale decir, qué habría decidido el paciente de haber sido correctamente informado. Para eso es imprescindible ponderar “todas las particularidades del caso (gravedad de la enfermedad, urgencia del tratamiento, etc.)”⁶².

El corolario es que la imputación hacia el médico puede terminar siendo más o menos gravosa:

la responsabilidad será *total* si puede afirmarse que con información completa el paciente habría rechazado el acto médico (porque había otro tratamiento, o porque el damnificado habría preferido permanecer en el estado previo a la operación: esto último es particularmente importante en la medicina no curativa);

la responsabilidad será *igual a cero* si el juicio sobre este consentimiento hipotético arroja que el paciente igual se habría sometido a la intervención aún si hubiera recibido la advertencia omitida; entre estos dos extremos, se abre todo un arco de soluciones *intermedias*, si no hay seguridad sobre qué habría ocurrido de haberse informado el riesgo.

En el derecho judicial pueden encontrarse de estos tres tipos de razonamientos:

En un caso, se juzgó que si la paciente hubiera sido anoticiada de la posible necrosis de aureola y pezón, habría desistido de reducir sus mamas para aliviar dolores en su zona dorsal: “a una mujer de 36 años no le puede ser indiferente cómo quedan sus pechos tras una intervención conveniente para aliviar su dolor de espalda, pero en modo alguno necesaria para salvar su vida o evitar un mal mayor en la propia zona intervenida”⁶³.

En una demanda por secuelas derivadas de una cirugía por un tumor en la columna, la condena de 1ª instancia fue revocada por la cámara porque, si bien las complicaciones no fueron advertidas, “no sólo no está probado que, por carecer de información, la actora haya resultado privada de optar por otro tratamiento, sino que esa hipótesis debe ser descartada por la conclusión del Comité Consultivo del Poder Judicial que dijo que no había otra alternativa quirúrgica y que la actora presentaba una mal evolución clínica y se encontraba en tratamiento con especialista del dolor”⁶⁴.

⁶¹ “Canterbury vs. Spence”, de 1972, Corte de Columbia (464 F.2d 772).

⁶² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica*, ED, 197-709.

⁶³ STS España, 22-6-2004 (RJ 2004, 3958).

⁶⁴ Cám. 3ª Civ. y Com. Cba., sent. 104 del 5.7.16, “Savino c. Turrado - expte. 508092/36”.

En otro caso por una mamoplastia donde el implante se rompió, se hizo lugar a la demanda, pero sólo por un 20% de los daños derivados de la lesión: la cámara entendió que no podía pretenderse que la paciente demostrara, de manera negativa, que no se habría operado de haber sido advertida del riesgo de rotura. Si el cirujano pretendía una liberación total, eso exigía alguna colaboración probatoria. Pero “lo que sí resulta diáfano es que la actora no tuvo la posibilidad de analizar, con toda la información pertinente, si estaba dispuesta o no a la cirugía”. Por ende, se juzgó que esa posibilidad perdida determinaba un nexo causal en el porcentaje referido⁶⁵.

Es un cálculo parecido al que se utiliza para las chances. Pero aquí se trata de algo diferente de la generación de una chance negativa o de la privación de una chance positiva (de ganancias, de curación o de sobrevivida). Es otro tipo de probabilidad. Por consiguiente, al menos desde lo terminológico no parece adecuado afirmar que la responsabilidad por falta de consentimiento informado puede generar una responsabilidad por chances⁶⁶.

23.- El consentimiento hipotético es contrafáctico

Lo dicho hasta aquí no implica desconocer cuán difícil es encadenar hipótesis con eslabones que no sucedieron (el médico no informó, el paciente no eligió). También es sumamente dificultoso medir en qué porcentaje debe responderse a raíz de esta información jurídicamente impuesta y fácticamente no suministrada.

Sin embargo:

en el derecho de daños son comunes las reconstrucciones ficticias de realidades alternativas, que podrían haber existido pero que en realidad no existen: el axioma de esta disciplina, es decir la reparación plena, supone indagar cómo serían las cosas si el evento dañoso no hubiera tenido lugar;

estas dificultades sobre causalidades hipotéticas en casos de omisiones *no son novedosas ni exclusivas de la falta de información sobre riesgos médicos*: la posibilidad de hacer pagar todo, nada o un porcentaje del daño al sujeto que podía y debía evitarlo es una *vexata quaestio* de la responsabilidad civil⁶⁷.

En suma: al igual que tantas otras herramientas jurídicas, el consentimiento hipotético no permite obtener conclusiones exactas sino tan solo plausibles. Pero es preferible algún mecanismo conceptual aproximativo que exija una fundamentación transparente, donde estén expuestas las bases que se utilizaron para decidir, que la pura e incontrolable discrecionalidad.

24.- Consentimiento hipotético ¿del actor?

Si el bien protegido es la autodeterminación, entonces la atención debiera centrarse en *si ese paciente* habría rechazado el tratamiento⁶⁸. Pero también pareciera que la

⁶⁵ Cám. 7ª Civ. y Com. Cba., sent. 155 del 21.12.17, “Marengo c. Moretti - expte. N° 5730117”.

⁶⁶ En el sentido cuestionado: CALVO COSTA, Carlos Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones hominis en materia probatoria*, RCyS, 2004, p. 397.

⁶⁷ ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Buenos Aires, 1970, p. 112; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad civil por actos ilícitos de omisión*, JA, 1980-III-796; TALE, Camilo, *Los deberes positivos generales*, Foro de Córdoba, 26, p. 104, entre muchísimos otros.

⁶⁸ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, en *Responsabilidad médica*, Colección de Derecho Privado VI, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 138, y sus citas.

existencia misma y la cuantía de la responsabilidad del médico no pueden depender de la manifestación unilateral del propio reclamante:

las decisiones sobre la salud son personalísimas y no tienen por qué ser razonables; la materialización de la secuela y la misma existencia del conflicto producen sesgos y condicionamientos: el paciente está peor que antes de la cirugía y además inició un reclamo contra el médico⁶⁹;

qué habría hecho el demandante si se le hubiese permitido una elección que, en realidad, no se le permitió, es algo que ni él mismo puede responder con buena fe⁷⁰.

Únicamente sobre acontecimientos regidos por leyes naturales pueden hacerse reconstrucciones plausibles sobre cómo habrían sido las cosas si las circunstancias hubiesen sido distintas: “si nos tomamos en serio la tesis según la cual el hombre es libre de sus decisiones y no un autómatas predecible, la pregunta sobre cómo se habría comportado o qué habría decidido si se hubiera encontrado ante una situación o una elección que realmente no se ha producido no puede responderse, pero no a causa de especiales razones de prueba, sino por principio”⁷¹.

De hecho, el Tribunal Supremo de España ha abandonado este parámetro subjetivo por entender que se basa “en absurdas especulaciones”, porque “carece de una respuesta cierta” y porque “ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo”⁷².

25.- ¿De un paciente razonable?

Por contraposición, la otra alternativa es preguntarse qué habría decidido un paciente razonable en la misma situación. O sea, un paciente “medio”. O sea, la mayoría de los pacientes.

Pero este esquema tampoco está exento de críticas: “lo que habría hecho una persona razonable tenderá a coincidir con el consejo o la indicación del médico”⁷³. Recordemos que la cirugía fue bien practicada (y tampoco se cuestiona la decisión profesional de practicar esa cirugía).

Pareciera entonces que este criterio es incompatible con el derecho a la autonomía que, insistimos, exige respetar las decisiones que salen de la media. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con el consentimiento *real*, aquí la demanda supone formular un juicio sobre un consentimiento *hipotético*. Entre otras cosas, esto implica que lo que diga el demandante debe ser creíble. Lo cual nos conduce a lo que exponemos a continuación.

⁶⁹ NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 155.

⁷⁰ En “Chester v. Afshar” del 2004, la *House of Lords* confirmó una condena contra un neurólogo que no informó que la cirugía entrañaba el riesgo de quedar en silla de ruedas: la particularidad de ese caso, en lo que aquí interesa, es que la actora se había limitado a manifestar que, de haber sido informada, habría dilatado su decisión para buscar una segunda opinión y pensarlo más detenidamente (www.publications.parliament.uk, consultado el 7.7.23).

⁷¹ PUPPE, Ingeborg, *La justificación de la intervención médica curativa* (trad. de David Felip i Saborit), *Indret*, 404, enero de 2007, p. 7.

⁷² NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 160.

⁷³ RIBOT IGUALADA, Jordi, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, Revista de Derecho Privado, 2007, nº 11-12, p. 45.

26.- Siempre hay un contexto

La responsabilidad por riesgos no informados nunca depende de manera exclusiva de lo que diga el paciente. Incluso si se utiliza el criterio subjetivo, existirán necesariamente otros elementos a considerar. Además de los aspectos médicos mencionados en el punto 12, puede ser gravitante la información sobre estas circunstancias:

la personalidad y el carácter del paciente;
el entusiasmo o las dudas que tenía antes de la operación;
si el paciente era médico;
el hecho de que no fuera la primera vez que se hacía una cirugía o ese tipo de cirugía;
si se trata de una cirugía muy común o que un allegado ya se había realizado;
si los riesgos típicos están bastante difundidos e incluso son cognoscibles por una simple consulta en internet;
las características de la relación-médico paciente (cantidad de consultas previas, por ejemplo).

27.- Comparar la situación actual con la hipotética

Se ha señalado que, para que haya condena, el perjuicio actual en la salud del reclamante “debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento”⁷⁴. Por ejemplo, una paciente que perdió un diente accionó contra su odontólogo invocando, entre otros argumentos, falta de consentimiento porque la intervención que supuestamente iba a ser conservadora, terminó con la extracción de un molar inferior. El tribunal rechazó la demanda porque, aun aceptando que no hubo información, si no se intentaba el procedimiento que fracasó el resultado no habría sido otro que la pérdida de esa pieza⁷⁵.

Y aunque no se traduzca en el rechazo de la demanda, esta comparación igual incide en la extensión resarcitoria. Ello es así porque, salvo en las cirugías no curativas, se trata por hipótesis de una persona que tenía un problema de salud: “en el momento de producirse el evento dañoso la víctima presentaba unas determinadas circunstancias, entre ellas las determinadas por el diagnóstico de su dolencia”, por ende, dado que sólo habrá responsabilidad si la cirugía no se habría realizado, deberá computarse “la probabilidad de un empeoramiento de su situación a la vista del pronóstico de la enfermedad que padecía”⁷⁶.

28.- No informar los riesgos daña la dignidad

En algunos de los fallos que hemos citado, los camaristas juzgaron que una comunicación incompleta, que sólo logra un consentimiento simple o básico, es susceptible de causar un daño moral diferenciado:

En el caso del quiste ovárico, el Dr. Bueres consideró que “la falta de información ha causado un perjuicio moral autónomo, pues es razonable presumir que la paciente hubiese acudido a otro profesional para que le conservase el ovario, por ejemplo. Y la opción quedó excluida por ausencia de información”. Los números muestran que

⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997, t. I, p. 212.

⁷⁵ CNCiv., sala I, 18.7.02, “Quihillalt c/ Mires”.

⁷⁶ RIBOT IGUALADA, Jordi, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, Revista de Derecho Privado, 2007, n° 11-12, p. 58.

este perjuicio, para el tribunal, era de entidad: el daño moral por la pérdida de ovario fue fijado en \$ 23.000 y el correspondiente a la falta de información en \$ 7.000⁷⁷.

En el caso de Córdoba por la cirugía por un tumor en la columna, el tribunal adoptó la misma tesis sustancial: “el solo hecho de haber intervenido sin consentimiento informado es un obrar antijurídico con idoneidad suficiente para menoscabar la dignidad, privando a la paciente de ejercer su derecho a la autodeterminación”. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, en esta sentencia se entendió que indemnizar este otro tipo de daño moral infringía la congruencia ya que la paciente sólo había reclamado daño moral por las dolencias físicas⁷⁸.

Este criterio, en definitiva, se traduce en una responsabilidad *in re ipsa*: habría un piso mínimo al que el paciente siempre tendría derecho, incluso cuando no sea posible afirmar que, con información completa sobre el riesgo, la operación habría sido desistida.

29.- Otros aspectos perjudiciales

Los reclamos de pacientes que igualmente se habrían sometido a la cirugía pueden ser de otro tipo o con otros ingredientes. Por ejemplo, no parece rebuscado argumentar que la desinformación y el consiguiente desconocimiento del riesgo impidió prepararse mentalmente para enfrentar esa posible adversidad, y que por ende el impacto de la secuela es mucho mayor y que ello ha determinado una afectación espiritual agravada o diferenciada⁷⁹.

También puede suceder que el planteo sea que el médico no avisó al paciente que podía llegar a tener que estar tanto tiempo en reposo. O que todo iba a ser tan doloroso. Con esto queremos decir que no necesariamente deben tratarse de secuelas incapacitantes.

En fin, la base de cualquier razonamiento es el carácter fundamental que tiene la información en materia de salud⁸⁰. El paciente le confía al médico su vida y su integridad. Cobra especial trascendencia el concepto de dignidad del paciente, entendida como “el valor intrínseco y absoluto que posee por el solo hecho de ser persona”⁸¹.

30.- A modo de cierre

“Lo que llamamos azar es nuestra ignorancia de la compleja maquinaria de la causalidad”. Esta frase de Borges, a propósito de la Divina Comedia⁸², permite reflexionar que el azar de los quirófanos –cada vez más arrinconado, pero todavía inevitable– no debería ingresar en los tribunales. Los pacientes y los médicos necesitan parámetros jurídicos predecibles. La dificultad del tema analizado justamente nos acicatea para consensuar los estándares en los que se deben basar los planteos, las defensas y las decisiones.

⁷⁷ CNCiv., sala D, 9.3.04, “F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica”, RCyS, 2004, p. 387.

⁷⁸ Cám. 3ª Civ. y Com. Cba., sent. 104 del 5.7.16, “Savino c. Turrado - expte. 508092/36”.

⁷⁹ La información en sí puede ser terapéutica, para que el paciente esté listo para enfrentar las secuelas.

⁸⁰ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales*, en RCyS, 2003, p. 30.

⁸¹ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de derecho a la salud*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, t. I, p. 68

⁸² BORGES, Jorge Luis, *Siete noches*, Sudamericana, Buenos Aires, 2018.

31.- Bibliografía

BORGES, Jorge Luis, *Siete noches*, Sudamericana, Buenos Aires, 2018.

CALVO COSTA, Carlos Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones hominis en materia probatoria*, RCyS, 2004.

CASTAÑO RESTREPO, Patricia - WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela - GHERSI, Carlos, *Contrato médico y consentimiento informado*, Universidad, Buenos Aires, 2001.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, Revista de Derecho de Daños, 2003-2.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad, en Responsabilidad médica*, Colección de Derecho Privado VI, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.

FERRERES, Alberto R., *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales*, en RCyS, 2003.

GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Las omisiones del Estado. Un análisis desde el Derecho de daños*, Foro de Córdoba, n° 47.

HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

KRAUT, Alfredo Jorge, *Los derechos de los pacientes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

KVITKO, Luis A., *El consentimiento informado*, Dosyuna, Buenos Aires, 2009.

LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997.

LUCHINI-GUASTALLA, Emanuele, *El daño por procreación indeseada*, en AMEAL, Oscar J. (dir.), *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3.

ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Buenos Aires, 1970.

PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

PUCHETA, Leandro, *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, en ED-MMCCCLXXXI-198.

PUPPE, Ingeborg, *La justificación de la intervención médica curativa* (trad. de David Felip i Saborit), *Indret*, 404, enero de 2007.

RIBOT IGUALADA, Jordi, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, *Revista de Derecho Privado*, 2007, nº 11-12.

TALE, Camilo, *Examen de las actitudes y de los principios de la bioética contemporánea predominante*, en la obra colectiva *Principios de bioética*, Ed. Fundación Alberto J. Roemmers, Buenos Aires, 1998.

TALE, Camilo, *Los deberes positivos generales*, Foro de Córdoba, nº 26.

TALLONE, Federico C., *La importancia del consentimiento informado en la praxis médica*, RCyS, 2004.

TARODO SORIA, Salvador, *La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano*, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, nº. 1, 2006.

TOBÍAS, José W., *El consentimiento del paciente en el acto médico*, ED, 93-93.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de derecho a la salud*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica*, ED, 197-709.

ZAFFARONI, E. Raúl, *Consentimiento y lesión quirúrgica*, en JA, 1973.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, t. I, Alveroni, Córdoba, 2015.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad civil por actos ilícitos de omisión*, JA, 1980-III-796