



Causalidad e imputación en la responsabilidad civil médica por infracción al deber de información en intervenciones médicas riesgosas^(*)(**)

Causation and attribution in medical liability for breach of the duty to inform in risky medical interventions

Daniel Ugarte Mostajo^(***)

Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú)

Resumen: El presente trabajo aborda el problema de la determinación de la relación de causalidad entre la omisión de los deberes de información del médico y las lesiones sufridas por el paciente como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados. Se critica la aplicación de la “causalidad hipotética” como figura explicativa del nexo causal, y del “consentimiento informado hipotético” como mecanismo para lograr la exoneración de la responsabilidad del médico que incurrió en la omisión de información. Finalmente, se sostiene que el verdadero problema en este tipo de casos no es estrictamente causal sino más bien de índole normativa y prudencial, razón por la cual la solución no pasa por un supuesto consentimiento hipotético, sino por la correcta aplicación de criterios de imputación objetiva y subjetiva.

Palabras clave: Responsabilidad Civil Médica - Consentimiento informado - Consentimiento informado hipotético - Causalidad - Imputación - Derecho Civil - Perú

Abstract: This paper addresses the problem of determining causation between a doctor's breach of his duty to inform and injuries suffered by the patient as a consequence of the occurrence of uninformed risks. The paper criticizes the application of “hypothetical causality” as an explanatory figure for the causal link and also criticizes the idea of ‘hypothetical informed consent’ as a mechanism to exempt the liability of the defaulting doctor. Finally, the paper argues that the real problem in such case scenarios is not strictly a causation one, yet it has a normative and prudential nature. Accordingly, the solution does not require to establish a patient's supposed a consent, but to correctly apply objective and subjective attribution criteria.

Keywords: Medical liability - Informed consent - Hypothetical informed consent - Causation - Attribution - Civil law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 31 de enero de 2024 y su publicación fue aprobada el 30 de mayo de 2024.
(**) Este trabajo se enmarca en el proyecto interno de investigación N° P-19-CPI-2021, financiado por la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, del que el autor es investigador responsable.
(***) Profesor ordinario de Derecho Civil en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4571-4061>. Correo electrónico: dugarte@ucsp.edu.pe.



1. Introducción: Planteamiento del problema

Dentro del amplio campo de la responsabilidad civil médica, las problemáticas referidas al cumplimiento de los deberes de información por parte del facultativo y el correlativo consentimiento informado del paciente han cobrado especial relevancia a partir de lo que se ha considerado un auténtico cambio de paradigma en la relación médico-paciente.

Este cambio de paradigma, sustentado en la constatación de una relación por antonomasia asimétrica (Parra, 2013, p. 1578), estaría marcado por el tránsito de un modelo «paternalista» en el que el médico, sobre la base de sus conocimientos especiales, decide siempre qué es lo que más le conviene al paciente, hacia uno de corte «participativo-informativo» (Cárdenas, 2023, p. 71), en el que el paciente, adecuadamente informado, toma parte activa y fundamental de las decisiones que tienen que ver con su salud, generando de este modo una auténtica revolución a nivel de principios rectores de la ética y práctica médicas, donde el principio de «beneficencia» –otora indiscutible y primigenio–, parece ceder su lugar al principio de «autonomía» o «autodeterminación» del paciente (Pellegrino, 1990, p. 379).

En el Perú, este último modelo ha sido acogido por la Ley 29414 de 2009 que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud⁽¹⁾ y ha dado lugar a un buen número de pronunciamientos jurisprudenciales en los que el cumplimiento de los deberes de información y la existencia de un verdadero consentimiento informado han sido materia de discusión⁽²⁾; sin embargo, no se ha abordado específicamente la cuestión relativa a la determinación de la relación de causalidad en aquellos supuestos de intervenciones médicas riesgosas llevadas a cabo conforme a la *lex artis*, pero en las cuales el facultativo omitió informar al paciente de probables riesgos asociados a la intervención que finalmente se verificaron en la realidad⁽³⁾.

En efecto, cuando se trata de intervenciones médicas de distinta naturaleza (quirúrgicas o no) que no terminaron bien porque fallaron en su objetivo primario o porque implicaron el surgimiento de lesiones,

- (1) Esta ley modificó diversos artículos de la Ley General de Salud (Ley 26842), estableciendo, entre otros, el derecho de toda persona a recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren (artículo 15.2, literal f). Asimismo, establece que toda persona tiene derecho a otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, especialmente –entre otros supuestos– en la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento así como su interrupción, o cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, casos estos en los que el consentimiento informado debe constar necesariamente por escrito en un documento que visibilice el proceso de información y decisión; quedando exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública (artículo 15.4, literales a.1 y a.2).
- (2) Así, cabe destacar la reciente sentencia expedida el 30 de enero de 2024 por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente No. 004988-2023-0-1801-JR-DC-11. Disponible en: Actualidad Civil, Número 118, abril 2024, pp. 255-310), en la que se reconoce el derecho de un paciente a solicitar el retiro de los tratamientos médicos que lo mantienen artificialmente con vida, en la cual se derivaría de la posibilidad legal de revocar el consentimiento informado en cualquier etapa del tratamiento, sin que ello signifique un pedido de eutanasia pasiva. Por otro lado, en sede administrativa son innumerables las resoluciones expedidas por el Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud–SUSALUD que abordan la figura del “consentimiento informado”. Dentro de las más recientes se puede mencionar la Resolución 057-2021-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 049-2021/TRI; Expediente PAS No. 833-2020), referida a la situación de emergencia como excepción autorizada para prescindir del consentimiento informado del paciente; la Resolución No. 095-2022-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 059-2022/TRI; Expediente PAS No. 566-2017), por la que se exonera de responsabilidad al establecimiento de salud que omitió brindar información completa a la paciente, atendiendo a que la falta de información no generó un daño real y que el propio establecimiento subsanó voluntariamente la deficiencia antes del inicio del procedimiento administrativo; la Resolución 002-2023-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 234-2022/TRI; Expediente PAS No. 1297-2019) en el sentido de que no constituye infracción la falta de consentimiento informado respecto de la posibilidad de conversión, en sala, de una cirugía laparoscópica por una cirugía abierta, más aún si los estudios previos indicaban la viabilidad de una cirugía laparoscópica; y la Resolución No. 320-2023-SUSALUD/TRI-SSE (Expediente No. 260-2023/TRI; Expediente PAS No. 734-2019), en la que se establece que la profesión del paciente (médico odontólogo) no exonera de responsabilidad al establecimiento de salud por no haber obtenido un consentimiento informado por escrito y haberse limitado a informar verbalmente de las características y riesgos de la intervención.
- (3) En el caso resuelto mediante Casación No. 4056-2010-AREQUIPA (Expediente de origen 6697-2005, 4° Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa. Disponible en: <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>), se demandó indemnización de daños y perjuicios por el cumplimiento defectuoso de la obligación, alegando la demandante que



enfermedades colaterales o alguna otra consecuencia dañosa para el paciente atribuible a una actuación médica negligente, el análisis de causalidad no suele presentar mayor complejidad. En estos casos, si como consecuencia, por ejemplo, de una operación de hernia se corta –negligentemente– el conducto deferente y con ello se ocasiona la esterilidad del paciente (Alpa, 2016, p. 1113), no es muy complicado realizar el análisis, primero, a nivel de causalidad material, y luego, a nivel de la llamada causalidad jurídica (*rectius*: imputación objetiva) para determinar quién debe responder. De hecho, al suprimir mentalmente la actuación negligente del médico se eliminará también el resultado dañoso. Por otro lado, esa actuación negligente constituye una conducta adecuada –según el curso ordinario de las cosas– para producir ese resultado.

El problema se presenta cuando las supuestas conductas generadoras del daño no consisten en una acción sino en una omisión, y esta última no tiene que ver con una actuación negligente en la ejecución del acto médico, sino más bien con la inobservancia del deber de información sobre el conjunto de tratamientos disponibles –se omite informar de algunas alternativas de tratamiento para el caso concreto, incluidos los cuidados paliativos– o sobre todas o algunas de las características y consecuencias riesgosas de los mismos. En estos casos, el problema radica en que, entre la omisión de información y el resultado dañoso, se interpone o aparece la decisión del paciente, quien en mérito al principio de autodeterminación o autonomía –legalmente reconocido como se ha visto– podría haber aceptado o rechazado el tratamiento, independientemente de su complejidad, riesgos y probabilidades de éxito.

Piénsese en el caso del médico cirujano que omitió informar a una paciente de las posibles reacciones cutáneas (que al final se presentaron) de un procedimiento de implante para rellenarle los surcos nasogenianos. En casos como este, el análisis causal (causalidad material) presenta dificultades. En efecto, cabe preguntarse ¿si se agrega mentalmente la acción omitida (información), desaparece con ello y de manera necesaria el resultado dañoso (reacción cutánea adversa)? Ciertamente no se puede afirmar categóricamente ello, pues la única forma de que desaparezca ese resultado es eliminando la intervención quirúrgica. Sin embargo, no se puede afirmar con certeza

que la paciente, de haber sido informada correctamente de las posibles reacciones cutáneas, hubiera rechazado el tratamiento, ya que es perfectamente posible que hubiera decidido asumir los riesgos de este basándose en las probabilidades de éxito. En otras palabras, la falta de información sería causa material del daño, si y solo si la paciente, de haber sido correctamente informada, hubiera decidido rechazar la intervención, pero esto no es algo que se pueda llegar a determinar con absoluta certeza mediante un análisis *ex post* como el que se suele realizar en sede de causalidad material.

Es suficientemente conocido que este no es un problema exclusivo de la responsabilidad civil, pues ya antes ha sido abordado por el Derecho Penal a propósito de los denominados delitos de omisión impropia. Al respecto, se ha señalado que no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística (*conditio sine qua non*), sino que, para imputar el resultado (daño), basta que el sujeto hubiera podido evitarlo con una probabilidad rayana en la seguridad, e incluso, aplicando un estándar menos exigente, bastaría que la acción omitida hubiera incrementado las posibilidades de evitación del resultado; en otras palabras, que hubiera contribuido, con seguridad, a disminuir el riesgo del resultado (Mir Puig, 2016, pp. 339-340).

Sin embargo, como podrá advertirse, parecería que, mediante esta aproximación al problema de la causalidad en la omisión del deber de información, el análisis deja de tener como presupuesto ineludible a la causalidad material o fáctica como normalmente es entendida, admitiendo una especie de «cuasi-causalidad», por llamarla de alguna manera. Y más bien se centraría

volvió a quedar embarazada después de haber sido sometida a un procedimiento de ligadura de trompas; asimismo, alegó que no había sido suficientemente informada de los riesgos de dicha intervención y que no se encontraba en condiciones de brindar el consentimiento informado respecto de la operación a la que se le sometió. Si bien en la audiencia de saneamiento se estableció como punto controvertido “determinar la relación causal existente a fin de establecer si procede el pago reclamado en la demanda por concepto de daños y perjuicios”, la Corte Suprema resolvió declarar infundado el recurso de casación interpuesto por la demandante, señalado que “[e]n el presente caso (...) no se ha acreditado el alegado cumplimiento defectuoso de la obligación, en la medida que al practicarse la intervención quirúrgica a la accionante, la misma prestó su autorización y fue debidamente informada de la existencia de un riesgo mínimo de falla del método, lo cual le fue explicado cuatro días antes de practicarse dicha intervención según lo han constatado las instancias de mérito (...)”. Es decir, en los hechos, no hubo una infracción al deber de información del médico y, por ende, no hubo necesidad de evaluar la relación de causalidad entre la supuesta omisión de información y el riesgo verificado (fallo en el procedimiento de ligadura de trompas).



–el análisis causal– en la denominada «causalidad jurídica» o imputación objetiva del daño, donde el criterio de imputación del «riesgo creado» (o no disminuido con la información debida) cobraría protagonismo. Pero eso no es todo, sino que esa relación de cuasi-causalidad ya no habría que establecerla entre la omisión del médico (infracción del deber de información) y el resultado dañoso (lesión a la integridad física por la verificación de los riesgos no informados), sino más bien entre dicha omisión y la disminución de las posibilidades del paciente de decidir y, finalmente, reducir el riesgo propio de la intervención quirúrgica.

Esto último, sin embargo, tiene consecuencias en la determinación de los daños resarcibles en este tipo de casos, pues una cosa es hablar de indemnización del daño no patrimonial (daño moral) constituido por la «pérdida» de la oportunidad o posibilidad de decidir sobre si asumía o no el riesgo de la intervención (cuestión ésta que, dicho sea de paso, excede los alcances de este trabajo), y otra muy distinta plantear, sobre la base de la falta de información, que se indemnicen los daños por las lesiones sufridas en la integridad física como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados, lesiones que, vale la pena recordar, nada tienen que ver con una actuación negligente del médico en el acto mismo de la intervención (acción curativa), pues se parte de que aquel actuó en cumplimiento de la *lex artis* en el más estricto sentido del término⁽⁴⁾, limitándose la infracción a la omisión de sus deberes de información⁽⁵⁾.

En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad aportar con algunos criterios de solución a la problemática recién expuesta, para lo cual en un primer momento se hará una aproximación a las nociones de causalidad e imputación procurando mostrar un modelo de análisis adecuado a los fines que se pretende (2). En segundo lugar, se abordará críticamente la idea de «causalidad hipotética» propuesta por un sector de la doctrina para intentar explicar el nexo causal entre la omisión de información y los daños constituidos por los riesgos no informados, así como la figura del «consentimiento informado hipotético» como mecanismo propuesto para lograr la exoneración de la responsabilidad del médico que incurrió en la omisión de información (3). Seguidamente, se sostendrá que el verdadero problema en este tipo de casos no es estrictamente causal (la relación de causalidad material es clara) sino más bien de índole normativa y prudencial, razón por la cual la solución no pasa por un supuesto consentimiento

informado hipotético, sino por una correcta identificación y aplicación de criterios normativos de imputación (4); para finalizar con algunas conclusiones (5).

2. Causalidad e imputación: El problema de la causalidad en la omisión y la autodeterminación del paciente

Cuando en materia de responsabilidad civil se aborda el presupuesto de la causalidad, se suele distinguir entre causalidad material (fáctica o de hecho) por un lado, y causalidad jurídica por otro (Espinoza, 2016, p. 241). A tal efecto, se afirma que la cuestión relativa a la selección de las consecuencias dañosas resarcibles en un caso concreto (causalidad jurídica), presupone comprobada la cuestión sobre la existencia del nexo causal natural entre el hecho fuente de la responsabilidad y el daño o perjuicio derivado del primero (causalidad material). En otras palabras, que “los perjuicios respecto a los cuales se presenta el problema de fijar un límite para el resarcimiento, deben ser calificados [previamente] como «consecuencias» del incumplimiento o del hecho ilícito”. De lo cual se sigue que “la averiguación del nexo de «causalidad natural» entre el daño resarcible y el hecho que es fuente de la responsabilidad, es preliminar respecto a la delimitación de las consecuencias dañosas resarcibles, la así llamada «causalidad jurídica»” (Visintini, 2015, p. 322).

Contrariamente a la nomenclatura expuesta, una autorizada doctrina española (Pantaleón, 1990, pp. 1561-1591) ha sostenido que la única y auténtica causalidad es de índole material o fáctica, prefiriendo sustituir la idea de «causalidad jurídica» por la de «criterios de imputación objetiva», que no deben ser confundidos ni con la idea de «responsabilidad objetiva»

(4) En este sentido, De Angel (2002) distingue entre «acción curativa», de un lado, para referirse a la actuación del médico en el aspecto rigurosamente terapéutico (intervención quirúrgica, por ejemplo), y «no información» de otro, limitando la *lex artis*, en sentido estricto, solo a la primera.

(5) Aunque hay quienes sostienen que el nuevo paradigma de la relación médico-paciente, sustentado en la autonomía de este último, exige considerar dentro de la *lex artis* también a los deberes de información del médico, produciéndose así un ensanchamiento del término (Cárdenas, 2023, p. 73).



ni con los denominados factores de atribución de responsabilidad⁽⁶⁾.

Se trata de un planteamiento que toma como referencia los desarrollos que sobre este mismo tema se produjeron en la doctrina alemana del siglo pasado. Así, Larenz (1958, p. 199), al abordar la cuestión de la extensión del daño indemnizable, sostuvo hace un buen tiempo que “el concepto general de la causalidad no basta [...] para deslindar las consecuencias jurídicamente relevantes y, por tanto, imputables, de aquellas otras que no han de ser tenidas en cuenta para la determinación de los daños”, para más adelante precisar que, para lograr ese deslinde, “es equivocado el intento de crear un concepto «jurídico» especial de causa”.

En efecto, frente a quienes plantean una bifurcación de la cuestión del nexo causal en «causalidad material» por un lado, y «causalidad jurídica» de otro⁽⁷⁾, Pantaleón (1990, pp. 1561-1562) propone reservar el término de «causalidad» (a secas) para la cuestión de facto o natural que consiste en establecer la existencia o no de un nexo etiológico (causa-efecto) entre el incumplimiento (o el hecho ilícito) y el daño, toda vez que, en palabras del autor, “los operadores jurídicos no son «productores», sino «consumidores» de las leyes causales” (1990, p. 1563); y, en cambio, propone hablar de «criterios de imputación objetiva» para referirse a la cuestión jurídica o normativa que comprende los criterios para determinar, en el caso concreto, qué daños serán efectivamente puestos a cargo del causante y cuáles tendrán que ser asumidos por la propia víctima (cuestión relativa a la extensión o alcances del daño indemnizable).

Esta distinción es importante para evitar algunas imprecisiones, como ocurre, por ejemplo, cuando al abordar lo que se suele calificar como las distintas «teorías causales» (Espinoza, 2016, pp. 249-258), se meten en un mismo saco a la teoría causal de la equivalencia de condiciones (con la fórmula de la *conditio sine qua non*), junto con las denominadas teorías de la «causa eficiente», «causa preponderante», «causa próxima» o «causa adecuada», para seguidamente afirmar que estas últimas son teorías superadoras de la primera. En este sentido, una importante doctrina nacional, asumiendo que “cualquier análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley” —enfoque que explicaría el hecho de meter en un mismo saco todas las denominadas «teorías causales» antes señaladas—, afirmará, en primer lugar, que, “aun en los casos en que el derecho reconoce como causa de algo a aquello que constituye su causa «natural», esto no es causa porque sea natural sino porque *en ese caso particular* el derecho ha conferido a la causa natural el carácter de causa jurídica”; para más adelante precisar,

que “[e]l problema estriba en determinar las causas que producen una situación dañina, y su alcance” porque “[s]i utilizamos un sentido lato de la palabra «causa», todo es causa de todo y cada causa tiene efectos infinitos” de modo que es necesario poder “individualizar la causa jurídica del daño y limitarla en sus alcances hasta un determinado nivel de consecuencias” (De Trazegnies, 1999, pp. 188-192).

Lo cierto, sin embargo, es que mientras que la teoría de la equivalencia de condiciones opera en un plano estrictamente material o fáctico, las otras teorías lo hacen en un plano eminentemente normativo y no siempre con la misma finalidad: algunos de esos criterios normativos (y otros más) operan para «individualizar» la causa jurídicamente relevante (Fernández, 2019, p. 56), mientras que otros lo hacen para delimitar la extensión de los daños resarcibles; es decir, algunos operan realmente sobre la «causa» y otros sobre los efectos o consecuencias. Por ello, para sortear los riesgos de imprecisión recién señalados y asegurar una aproximación lo más clara posible al problema planteado en torno a la responsabilidad civil médica por infracción al deber de información, conviene abordar el tema en dos niveles de análisis (test de dos pasos), que supone distinguir entre la causalidad propiamente dicha (causalidad material, fáctica o de hecho) por un lado, y la cuestión del alcance o extensión del daño indemnizable de otro, llamada —de modo impreciso— «causalidad jurídica», pero que en realidad correspondería a los «criterios de imputación objetiva» del daño, o a lo que un sector del *common law* denomina hoy, de manera más exacta en mi opinión, *scope of liability* (Stapleton, 2003, pp. 388-425). De lo que se trata, en definitiva, es de manejar un método de análisis que permita complementar —pero a la vez sin confundir— la causalidad material con un juicio normativo que permita, según el caso, delimitar a los responsables o determinar el tipo y extensión de los daños indemnizables (Aedo, 2020, p. 121).

(6) Los criterios de “imputación objetiva” de los daños en modo alguno deben ser confundidos con los denominados “factores de atribución” o criterios de “imputación subjetiva” de responsabilidad, los cuales pueden ser objetivos (p. ej. riesgo) o subjetivos (por ejemplo, culpa). Unos y otros actúan en planos distintos del análisis de la responsabilidad civil.



El «test» de dos pasos que se deriva de esta distinción, consiste, resumiendo el esquema propuesto por Baena (2021, p. 12), en lo siguiente: (i) En primer lugar, se deberá verificar si existe causalidad material o fáctica entre el incumplimiento o el hecho ilícito y el daño, lo cual se logra mediante la aplicación del test de la *conditio sine qua non* (propio de la teoría de la equivalencia de condiciones), llamado en el sistema del *common law* como *but for test*. Este test opera a través del método de la eliminación mental: si eliminado mentalmente el hecho (incumplimiento o hecho ilícito), subsiste el daño, el hecho no es causa del daño; si eliminado mentalmente el hecho, el daño desaparece, el hecho (incumplimiento o hecho ilícito) sí es causa del daño; mejor dicho, es *condición necesaria* del daño en iguales condiciones que todos los demás hechos que cumplan con el test en la forma indicada. (ii) Luego de este primer paso, corresponde establecer si alguna de las *condiciones sine qua non* de un daño debe considerarse una verdadera causa relevante para el Derecho (léase, para atribuir los daños la causante), para lo cual se hace un test de la extensión de los daños indemnizables o del alcance de la responsabilidad (*scope of liability*); análisis que, como se ha dicho, es puramente normativo y no causal, aunque lo presupone.

Sin perjuicio de ello cabe precisar, desde ya, que la búsqueda de condiciones *necesarias* del resultado, como elemento característico del test de eliminación mental (*conditio sine qua non* o *but for test*), puede no ser del todo satisfactorio en determinados casos de causas sustitutas o, en general, de cursos causales complejos, en los que el resultado podría haber tenido su origen en dos o más causas homogéneas o heterogéneas. En estos casos, la eliminación mental de cualquiera de estas causas no elimina el resultado (este igual se producirá precisamente por la existencia de la otra causa), pero ello no siempre da lugar a excluir la relación de causalidad y la consiguiente imputación. Por esta razón, una atenta doctrina alemana ha señalado que, en realidad, el test de eliminación mental no exige que la causa sea entendida como una condición necesaria del resultado, sino más bien como “todo componente necesario de una condición suficiente del resultado según leyes de la naturaleza” (Puppe, 1992, p. 691). De esta forma, para comprobar si un hecho constituye componente necesario de una condición suficiente, lo que se debe hacer es eliminar mentalmente ese hecho del ámbito de la condición, lo que permitirá comprobar si el resto de la condición sigue siendo suficiente para la producción del resultado. En otras palabras:

Si el resultado sigue pudiendo derivarse de los hechos restantes, este componente se habrá revelado como no necesario y, por tanto, como no causal. Será una causa solo cuando la explicación se venga abajo, esto es, cuando el resultado ya no pueda ser derivado una vez que se haya borrado el referido hecho (Puppe, 1992, p. 694).

La citada autora pone un ejemplo que vale la pena traer a colación por tratarse de un caso de responsabilidad médica, aunque no por omisión de deberes de información. Es el caso de un paciente que, a los pocos días de haber sido intervenido para ponerle un *bypass*, muere de un fallo cardíaco. El médico forense, antes de realizar la autopsia, sobre la base de su experiencia profesional adelanta una posible explicación de la muerte: supone que el *bypass* no fue saturado correctamente y como consecuencia de ello se rompió, pues cuando esto sucede el pericardio se llena de sangre y ejerce presión sobre el corazón impidiéndole latir. Esta es una posible explicación causal que, evidentemente, resulta acorde con las leyes de la naturaleza, pero que requiere comprobación; es decir, el médico forense debe verificar si realmente el *bypass* estuvo mal suturado y se rompió. En esta tarea, el médico llega a la conclusión de que estaba equivocado, pero no porque el *bypass* hubiera estado bien suturado –de hecho, estaba mal suturado, pero todavía no se había roto– sino porque otro vaso coronario había estallado y había llenado de sangre el pericardio. Esta fue la verdadera causa de la muerte del paciente, a tal punto que en el informe de autopsia el médico forense se cuidará de eliminar cualquier referencia al *bypass* mal suturado, dado que en el caso concreto este hecho, aunque real, no es necesario para la explicación de la muerte del paciente. En otras palabras, es un componente no necesario que, como tal, puede ser eliminado (no tiene sentido preguntarse por las posibles consecuencias a futuro de la mala sutura del *bypass*), pues los hechos restantes verificados (estallido del vaso coronario, en el que el fallo técnico no tuvo ninguna incidencia) son suficientes para explicar el resultado muerte (Puppe, 1992, pp. 688-691). En definitiva, se puede afirmar que, para una correcta aplicación del test de eliminación mental, “no debemos incluir en la explicación [causal] más hechos que los que necesitamos para la derivación del resultado a partir de leyes causales” (Puppe, 2008, p.34).

Dicho esto, la aplicación del método de la «eliminación mental» a la infracción del deber de información del médico, para



determinar si es causa material del daño sufrido por el paciente en su integridad física como consecuencia de la verificación en la realidad de un riesgo no informado, exige partir de una constatación trascendental a efectos del análisis causal, y es que dicha infracción constituye claramente una «omisión». Esto resulta especialmente relevante si se asume que, desde el punto de vista estrictamente científico o naturalístico, una omisión no es causa física o material de ningún daño, pues como se ha señalado, la omisión no es causa «natural» de nada (Moore, 2011, p. 191).

Esto ha dado lugar a que los casos de omisión sean considerados como un supuesto de «casos difíciles» de la causalidad fáctica o material, pues el hecho de eliminar mentalmente una omisión no arroja ningún resultado concluyente sobre la ocurrencia o no del daño. No obstante, se trataría en realidad de un problema solo aparente, pues si se entiende la causa como todo “hecho que, según leyes causales, es parte integrante de una condición mínima verdadera del resultado”, es evidente que “[b]ajo esta definición, caen sin más también hechos «negativos»” (Puppe, 2008, p. 32). Además, para aplicar correctamente el test *sine qua non* a las omisiones, bastaría con identificar previamente la existencia de un deber de actuar cuyo incumplimiento se ha materializado con la omisión, debiendo preguntarse: “¿qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido con su deber? Si el daño subsiste, la omisión no es causa. Si el daño desaparece, la omisión es causa” (Baena, 2021, p. 16).

Este deber de actuar, cuyo incumplimiento permitiría realizar el análisis causal en el caso de las omisiones, es lo que en Derecho penal se corresponde con la categoría de «deber de garante» o «posición de garante», y que autorizada doctrina alemana (Jakobs, 1996, pp. 835-874) explica desde las llamadas competencias organizativas e institucionales. Estas, por su parte, permitirían fundamentar ese deber o posición de garante y, junto con ello, la responsabilidad del sujeto obligado a actuar. Para esta doctrina, la responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de diversas competencias o roles de la persona, que radican en un fundamento único o común: “el mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social” (Jakobs, 1996, pp. 861-862). Como explica García (2019, p. 574), “[e]

n el fondo, no interesa el dato naturalístico de si dichas competencias [organizativas o institucionales]⁽⁸⁾ se originan en una acción o en una omisión, sino si se ha producido una infracción penalmente relevante de los roles jurídicamente atribuidos”. En otras palabras, se exige que “al omitente le alcance el deber [jurídico] de impedir la realización del delito” (2019, p. 577).

En este sentido, y sin negar la existencia de autorizados e interesantes planteamientos presentes en doctrina que no dudan en afirmar, tajantemente además, que la responsabilidad por omisiones no puede ser una responsabilidad fundada en la causalidad (Moore, 2011, pp. 556-564), parece que acudir a la idea de «deber jurídico» incumplido con la omisión, es una forma bastante plausible de dar cabida al método de la eliminación mental para responder al problema de los daños causados por inacción o falta de actividad y, en ese sentido, resulta pertinente su aplicación para el análisis de la infracción por el médico de su deber de información.

Para tal efecto, la aplicación del test de la *conditio sine qua non* al supuesto que nos ocupa, tendría la siguiente formulación: ¿qué habría ocurrido si el médico hubiera cumplido con su deber de informar al paciente de todos los riesgos asociados a la intervención? Sin embargo, el problema ahora parece ser otro, y es que desde el punto de vista estrictamente causal (causalidad material o fáctica), la respuesta para estos casos sería, sencillamente: «no se sabe», pues lo cierto es que desde una perspectiva causal-material no hay modo de saber cuál habría sido la forma de proceder del paciente en caso hubiera sido debidamente informado de los riesgos que finalmente se verificaron en la realidad. Incógnita que tiene como presupuesto, conceptual al menos, que el principio de

- (7) En Bárcena (2014, pp.183-214) es posible encontrar una crítica al modelo de la bifurcación causal también desde una perspectiva filosófica.
- (8) En la competencia organizativa el autor actúa en el rol general de ciudadano al que se le reconoce libertad organizativa (puede, en consecuencia, asumir voluntariamente la posición de garante) y se le impone el deber general de no lesionar a los demás. En la competencia institucional, en cambio, existen roles especiales establecidos por instituciones sociales y jurídicas específicas. En estos casos, la imputación se basa en la infracción de un deber positivo institucionalmente configurado, como por ejemplo el deber especial del padre de cuidar al hijo derivado de la institución de la filiación o relación paterno-filial (García, 2019, p. 574; 583). En el tema que nos interesa, el deber del médico de informar al paciente correspondería a una competencia institucional cuya fuente es la ley.



autodeterminación, lejos de imponer al paciente un deber de someterse a intervenciones médicas riesgosas, lo faculta—mas no lo obliga— a rechazarlas.

Efectivamente, el paciente podría, con la información recibida y en ejercicio de su autonomía o libertad de autodeterminación, decidir someterse o no a la intervención y, en ese sentido, no podría afirmarse, con total certeza o con una probabilidad rayana en la certeza, y sobre la base del test *sine qua non*, que la omisión del médico es la causa material o fáctica del daño. Dicha omisión sería la causa del daño solo si es que se pudiera afirmar, sin lugar a duda, que con la información recibida el paciente habría rechazado la intervención. A la inversa, siguiendo este esquema de análisis causal, el médico se liberaría de responsabilidad solo si es que pudiera afirmarse que el paciente, de haber sido correctamente informado, igual hubiera decidido someterse a la intervención riesgosa. El problema, como se dijo, es que, si se asume el principio de autonomía o autodeterminación del paciente, en realidad no existe manera de afirmar, con cierto nivel de certeza, ninguno de los dos cursos de acción. Luego, si no es posible establecer una auténtica relación de causalidad material o fáctica entre la omisión de información del médico y las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados, tampoco podría pasarse al segundo nivel de análisis constituido por el test normativo del alcance de la responsabilidad (imputación objetiva o *scope of liability*), problema este que, como resulta evidente, exige una solución.

3. La causalidad hipotética y el problema del denominado «consentimiento informado hipotético»

3.1. Breve referencia a la causalidad hipotética en sede penal

En el ámbito penal, donde los problemas vinculados al nexo causal han recibido especial tratamiento, se reconoce que la propia naturaleza del comportamiento omisivo impide sostener una causalidad en términos naturalísticos: ¿cómo de nada puede devenir algo? (Bacigalupo, 2005, p. 93). Por esta razón, se plantea acudir a la llamada causalidad hipotética, algo así como una «cuasi-causalidad», para intentar establecer una conexión entre la conducta omitida y la evitación del resultado.

De este modo, la causalidad hipotética consistiría en «suponer» que la realización de la acción esperada habría impedido el resultado (García, 2019, p. 586); suposición que, por otra parte, se sustenta en que “la distinción naturalística entre acto y omisión” no tendría en realidad “relevancia moral ni normativa para el establecimiento de responsabilidad penal” pues cuando se alude a los delitos de

omisión “el problema no se refiere [...] a los movimientos corporales, sino a la cuestión normativa acerca de sí y cuándo se puede esperar que alguien actúe, de modo que su omisión [...] equivalga a la comisión de un delito” (Ambos, 2019, p. 107).

Sin embargo, una cuestión fundamental en la causalidad hipotética, y que es altamente discutida en doctrina, tiene que ver precisamente con el grado de certeza exigible respecto de la evitación del resultado con la realización de la acción omitida, oscilando las posturas entre exigir una certeza prácticamente absoluta de evitación del resultado—o al menos una probabilidad rayana en la certeza—, y considerar como suficiente que la acción omitida «posiblemente» lo hubiera evitado. En esta línea, se sostiene que mientras más alto sea el grado de certeza exigible, menor será el nivel de protección al bien jurídico lesionado o pasible de lesión (García, 2015, pp. 21-22), pues mientras más elevado sea el estándar de evitabilidad, más difícil será establecer una relación de causalidad hipotética entre la omisión y el resultado; pero a la vez se sostiene que la asunción de criterios menos exigentes que el de la «evitabilidad», “supondría renunciar al nexo de causalidad entre la conducta omisiva y el resultado”. En este sentido, para quienes sostienen esta tesis, “la exigencia de la evitabilidad representaría un presupuesto irrenunciable desde la óptica del sujeto a quien incumbe el deber de garante” (Perin, 2020, pp. 219-220).

3.2. De la causalidad hipotética al consentimiento hipotético en sede de responsabilidad civil médica

Esta forma de entender la causalidad ha sido recogida en sede civil para abordar el tema de la responsabilidad médica por infracción del deber de información. Así, un sector de la doctrina extranjera ha intentado acudir a la idea de causalidad hipotética como procedimiento adecuado para el análisis de las omisiones del médico, y, como consecuencia de esta aproximación basada en presunciones, ha planteado la posibilidad de sostener la figura del «consentimiento informado hipotético» del paciente como mecanismo para lograr exonerar al médico de su responsabilidad por la infracción a



los deberes de información⁽⁹⁾. En resumen, lo que se plantea es establecer una relación de causalidad (hipotética) entre la omisión del deber de información y el daño sufrido por el paciente, a partir de asumir una presunción sobre lo que este habría decidido en caso se le hubiera informado adecuadamente de los riesgos vinculados a la intervención y que se verificaron en la realidad.

En efecto, se ha dicho que “el juicio de causalidad hipotética [...] precisa tener por acreditado, de alguna manera, que si el médico hubiese cumplido con su deber de información, el daño no se hubiera producido” (De la Maza, 2010, p. 136); sin embargo, esta doctrina reconoce que al preguntarse sobre qué es lo que hubiera sucedido de haberse cumplido con el deber de información, hay dos resultados posibles: el primero, que el paciente igual decida someterse a la intervención y, el segundo, que la rechace; de allí que la única forma de cumplir con el requisito de causalidad entre la omisión de información del médico y los daños sufridos por el paciente, pase por establecer –«ficticiamente» cabe agregar– una voluntad que, en realidad, el paciente no tuvo oportunidad de manifestar; en otras palabras, por establecer el consentimiento «hipotético» del paciente (De la Maza, 2010, p. 136). Al punto que otro autor, en la misma línea, ha sostenido que una vez que se encuentra “acreditado que el médico no dio la información debida [...], 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” (Barros, 2006, p. 686).

La figura del consentimiento informado hipotético, que también ha sido sostenida y discutida en sede penal (Schlack, 2012, pp. 275-298), ha sido objeto de fuertes críticas, pues supone pedirle al juzgador que asuma una voluntad en el paciente que en realidad nunca expresó, de allí que se haya dicho que “[m]irar 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” (Pizarro, 2015, pp. 114-115).

Por otro lado, cabe precisar que si el principio que sustenta el actual paradigma de la relación médico-paciente es el de autonomía o autodeterminación de este último, tal análisis no debería hacerse en abstracto considerando lo que un paciente

ordinario y razonable hubiera hecho en una situación similar, sino atendiendo a lo que el paciente concreto –y no cualquier otro– hubiera decidido –pudiendo hacerlo⁽¹⁰⁾– en caso de haber sido adecuada y correctamente informado de los riesgos asociados a la intervención (De la Maza, 2010, p. 138).

Esto último, sin duda, dificulta la aplicación de la figura en el caso concreto, pues con el consentimiento informado hipotético se estaría pretendiendo afirmar que el paciente habría aceptado de todos modos la intervención riesgosa, ello a pesar de que en los hechos es ese mismo paciente –y no otro– el que está demandando una indemnización por los daños sufridos. En este sentido, la figura del consentimiento informado hipotético lleva implícito un razonamiento no solo «contraintuitivo» sino también, y en especial, «contrafáctico», al proponer que en un juicio el médico afirme –y el juzgador asuma– una voluntad hipotética del paciente que es distinta de aquella expresamente manifestada en ese mismo juicio por el propio paciente.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes naturales, “las decisiones humanas libres no se dejan determinar causalmente por semejantes leyes, y, por consiguiente, no puede responderse la pregunta de cómo alguien se hubiera comportado si las circunstancias hubieran sido distintas a la realidad” (Schlack, 2012, p. 285). Y es que a diferencia de lo que ocurre con otros casos de omisión de deberes de cuidado en los que es posible afirmar, con una probabilidad rayana en la certeza, que de haberse cumplido con el deber omitido el daño no se hubiera producido, en el caso que nos ocupa la autonomía o autodeterminación del paciente es un factor que se interpone entre el cumplimiento del deber (por el médico) y

(9) La figura del «consentimiento informado hipotético» encuentra su origen en la jurisprudencia civil alemana. Específicamente ha sido desarrollada en procesos civiles de responsabilidad médica por la Sala 6ª de lo civil del BGH (Puppe, 2007, p. 7).

(10) Esta precisión es importante porque permite distinguir el «consentimiento informado hipotético» de aquellas situaciones en las que el facultativo se ve, de alguna manera, obligado a presumir una voluntad del paciente, pero porque este último no se encuentra en condiciones de expresarla. Piénsese en el caso de las intervenciones de emergencia cuando el paciente está inconsciente, o cuando en la mitad de una intervención quirúrgica surge una complicación y, junto con ella, la necesidad de realizar una actuación médica más grave y riesgosa que la autorizada previamente. En estos casos se habla de «consentimiento presunto», el cual constituye un supuesto especial de estado de necesidad que se diferencia de los casos comunes porque en el primero el titular del bien jurídico sacrificado y salvado son la misma persona (el paciente), razón por la cual no se exige que el interés salvado (vida o integridad física) prime o prepondere de manera sustancial sobre el interés sacrificado (autodeterminación) (Puppe, 2007, p. 4).



el resultado dañoso, generando una “laguna de conocimiento” (Puppe, 2008, p. 35) que hace imposible responder con certeza –o con una probabilidad rayana en la certeza– a la pregunta que el consentimiento hipotético plantea.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del salvavidas que omite sus deberes de cuidado y con dicha omisión se produce el ahogamiento de una persona. Si se asume hipotéticamente el cumplimiento por el salvavidas de su deber, es posible afirmar, con una probabilidad rayana en la certeza, que la persona se habría salvado. En este tipo de casos lo que se afirma es el cumplimiento del deber infringido y a partir de allí se establece el resultado. En el caso del consentimiento informado hipotético, en cambio, lo que se afirma –o pretende afirmar– no es solo el cumplimiento del deber por el médico, sino, y sobre todo, la decisión que libremente –en ejercicio de su autonomía o derecho de autodeterminación médica– habría tomado el paciente en caso hubiera sido informado oportunamente de los riesgos verificados. La diferencia entre uno y otro caso salta a la vista, y en esta misma línea se ha señalado que:

A diferencia de otros casos de apelaciones a razonamientos hipotéticos en los que solamente deben ser predichos ciertos cursos causales pero la acción humana está definida de modo relativamente claro, como el comportamiento alternativo conforme a derecho (en el que se presupone la acción mandada por el derecho), en el consentimiento hipotético del paciente directamente se asume la posibilidad de predecir un ejercicio pleno de la voluntad humana libre, y esta presunción solo es inteligible para quienes afirmen un determinismo causal en materia de libre albedrío (Días, 2022, p. 746).

Y es que en definitiva el consentimiento informado hipotético parte de una aproximación determinista que termina por negar el libre albedrío de la persona y, junto con ello, su propia responsabilidad (la libertad es presupuesto de la responsabilidad), pues por más que se pueda afirmar que debido a las exigencias inherentes a la naturaleza humana –y en condiciones de sanidad mental– el ser humano tiende naturalmente a su propia conservación y junto con ello a la preservación de su vida, salud e integridad física (Hervada, 2000, p. 525), es el propio paciente quien finalmente toma la decisión de someterse o no a la intervención; o al menos así deberían funcionar las cosas en el paradigma vigente de la relación médico-paciente desde que el modelo «paternalista» empezó a dejarse de lado en la medicina. Como ha señalado Puppe:

Si nos tomamos en serio la tesis según la cual el hombre es libre en sus decisiones y no un autómatas predecible, la pregunta sobre cómo se habría comportado o qué habría decidido si se hubiese encontrado ante una situación o una elección que realmente

no se ha producido no puede responderse, pero no a causa de especiales dificultades de prueba, sino por razones de principio. Sólo sobre acontecimientos que están determinados por leyes generales estrictas, las llamadas leyes naturales, pueden hacerse afirmaciones con sentido acerca de cómo se habrían desarrollado los hechos si las condiciones de partida hubiesen sido distintas. Esto no es una mera sutileza epistemológica, sino un problema absolutamente práctico [...] (2007, p. 7).

De esta forma, incluso si los daños sufridos son resultado de la realización de un riesgo asociado a una intervención médica llevada a cabo conforme a la *lex artis*, para el paciente es sumamente relevante haber asumido esos riesgos con pleno conocimiento de estos y de otras alternativas de tratamiento (con sus propios riesgos seguramente), y no “haber sido obligado por el médico a aceptarlos mediante la ocultación de tales posibilidades” (Puppe, 2007, p. 4). Evidentemente, el libre albedrío supone alternativas de actuación; en otras palabras, “deben existir varios caminos abiertos para el agente” (Rodríguez & Schleider, 2014, p. 256); pero es preciso recordar que aun cuando no existan tratamientos médicos alternativos, siempre existirá para el paciente la posibilidad de rehusar ese «único» tratamiento disponible y optar por los cuidados paliativos, e incluso tendrá la posibilidad de rechazar estos últimos⁽¹¹⁾.

4. Del enfoque causal a una perspectiva normativa y prudencial

4.1. Intentos de superación del enfoque causal a través de la imputación objetiva

Ante las deficiencias del planteamiento de la causalidad hipotética y la evidente ausencia (*rectius*: imposibilidad) de prueba de la evitabilidad, se ha sostenido que en los casos de conductas omisivas el análisis debe ser sustraído del plano de la causalidad y ser considerado como una cuestión de imputación normativa del resultado. Esta

(11) Sobre el rechazo de los tratamientos médicos y de los cuidados paliativos remito a la sentencia expedida el 30 de enero de 2024 por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente No. 004988-2023-0-1801-JR-DC-11. Disponible en: *Actualidad Civil*, Número 118, Abril 2024, pp. 255-310).



imputación normativa, tratándose de conductas omisivas como se ha dicho, se cumpliría, en un primer momento, averiguando si el resultado dañoso pertenece, o no, al ámbito de control o protección de la posición de garante. De esta forma, la imputación de los resultados a las omisiones sería “normativamente equivalente al nexo de causalidad material” en los casos de conductas comisivas; en otras palabras, el requisito que en las acciones se cumple estableciendo una relación de causalidad entre la acción y el resultado, en las omisiones se alcanzaría, desde una perspectiva normativa, verificando la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la posición de garante (Perin, 2020, p. 222).

Aplicado este criterio normativo al caso que nos ocupa, para la imputación al médico de los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la realización de los riesgos no informados, bastaría con verificar que el deber de información y la correspondiente posición de garante del médico tienen como finalidad –o al menos dentro de su ámbito de actuación– no solo la protección del derecho de autodeterminación del paciente sino también la salvaguarda de su integridad psicofísica (Fernández, 2015, p. 156). Constatado esto, y, por supuesto, que el daño proviene de un riesgo que debió informarse, se entendería cumplido el nexo –no causal, empero sí normativo– entre la omisión del deber de información y el resultado dañoso.

Bien visto, este planteamiento coincide con el criterio de la «creación del riesgo no permitido» de la teoría de la imputación objetiva de Roxin (1997, pp. 363-364), también llamado «incremento del riesgo», o más propiamente, para el caso de conductas omisivas, criterio de la «pérdida o disminución de las oportunidades» de preservación del bien jurídico (Perin, 2020, p. 228).

Si se recoge esta última formulación del criterio normativo en mención, se podría afirmar que, como consecuencia de la infracción de los deberes de información, el paciente vio disminuidas las posibilidades de elegir lo más conveniente a sus intereses de integridad o conservación. Nótese, sin embargo, que, bajo esta formulación, si lo que se perdió fue la «oportunidad de elegir», no parece del todo claro que, además de indemnizar el daño moral por la lesión al derecho a la autodeterminación⁽¹²⁾, se deba indemnizar también (todo) el daño sufrido por el paciente en su integridad física, que es lo que ahora nos interesa. Y si así fuera, esta indemnización a la integridad física se buscaría, paradójicamente, a costa de prescindir de la autodeterminación del paciente, pues en el fondo parte de asumir como algo totalmente irrelevante lo que aquel podría haber decidido en el caso concreto si es que hubiera sido correctamente informado.

Nuevamente –aunque ya no con criterios causales sino

normativos– en el fondo parece existir una especie de presunción acerca de lo que el paciente pudo haber decidido si es que el deber de información no se hubiera incumplido, lo cual lleva a pensar que los criterios normativos que, en general, resultan adecuados para resolver los problemas de causalidad y de imputación objetiva (incluso para el caso de omisiones), no son, en cambio, del todo satisfactorios para imputar a la omisión del deber de información del médico las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la realización de un riesgo no informado, pues, como se ha dicho, dejan totalmente fuera de la ecuación la variable constituida por la autodeterminación del paciente.

Esto no significa, sin embargo, que el criterio de la «creación de un riesgo no permitido», o de la «pérdida o disminución de oportunidades» de preservación del bien jurídico, carezcan totalmente de relevancia para resolver el caso que nos ocupa. Todo lo contrario, como se verá más adelante, considero que dichos criterios cumplen un papel fundamental en el juicio de responsabilidad civil del médico en los casos de omisión del deber de información, pero no lo hacen a nivel de causalidad e imputación objetiva, sino a nivel de imputación subjetiva. No obstante, para llegar a ese punto es preciso, como paso previo, dejar correctamente establecida la causalidad material o fáctica en este tipo de casos; es decir, establecer claramente la causa material de los daños sufridos por el paciente en su integridad como consecuencia de la realización de los riesgos asociados a la intervención y que no le fueron debidamente informados.

4.2. La causa (material) del daño no está en la omisión del deber de información

Ya que la causalidad hipotética y el consentimiento informado hipotético no parecen ser adecuados para responder a la cuestión sobre la relación de causalidad material entre la infracción de los deberes de información del médico y las lesiones

(12) Sobre el tema, que excede las pretensiones de este trabajo, véase, entre otros: Oyarzún (2021) y Navarro (2018).



sufridas por el paciente como consecuencia de los riesgos no informados, conviene dejar sentado que entre la omisión del médico y el resultado sobrevenido al paciente no existe, en realidad, relación de causalidad fáctica o material, lo cual no significa que el médico no deba responder frente al paciente por las lesiones a su integridad, ni mucho menos que en estos casos deba sostenerse el argumento de una responsabilidad sin causalidad.

Existe relación de causalidad material o fáctica, pero esta no debe buscarse entre la omisión de información y el resultado dañoso, sino entre la intervención médica en sí misma (por ejemplo, la intervención quirúrgica riesgosa, llevada a cabo conforme a la *lex artis*) y las lesiones derivadas de los riesgos no informados al paciente, pero verificados en la realidad. Sólo así es realmente posible aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* a este tipo de casos sin tener que recurrir a presunciones o, peor aún, ficciones, que pasan totalmente por alto la autodeterminación del paciente. En efecto, solo así el método de la eliminación mental permitirá sostener que, si el médico no hubiera realizado la intervención médica riesgosa, el riesgo no se habría verificado y, en consecuencia, el paciente no habría sufrido daño alguno.

Es incuestionable que toda intervención médica riesgosa supone una intromisión en la esfera personal del paciente y, como tal, constituye una actividad dañosa. Una intervención quirúrgica, incluso aquella realizada conforme a la *lex artis*, es una invasión a la persona y, como tal, una afectación a su integridad física. En este escenario, lo que hace lícita la intervención médica es el consentimiento informado del paciente: si no hay consentimiento informado, la intervención quirúrgica es una conducta lesiva y antijurídica (Puppe, 2007, p. 4). De allí que se haya afirmado que el consentimiento informado cumple una doble función⁽¹³⁾, pues no se limita a empoderar (*empowerment*) al paciente para una adecuada toma de decisiones, sino que es el mecanismo que, finalmente, da legitimación a la intervención del médico (Ariano, 2013, p. 132)⁽¹⁴⁾.

En este escenario, y dejando fuera los casos excepcionales –legalmente previstos además– en los que el consentimiento no es exigible, el incumplimiento por el médico de sus deberes de información hace que las lesiones sufridas por el paciente –como consecuencia de la realización de los riesgos no informados– le

sean objetivamente imputables. Es decir, ya no es solo que los daños fueron –en el plano fáctico o material– causados por el médico al realizar la intervención, sino que, además, le son objetivamente imputables porque al no cumplir con su deber de información «asumió los riesgos» de dicha intervención. Por el contrario, cuando el médico cumple con informar adecuadamente al paciente, con esa actividad informativa traslada los riesgos de la intervención quirúrgica a este último, quien, al brindar su consentimiento informado, asume los riesgos de la intervención. Desde ese momento, los daños que puedan derivarse de los riesgos informados y consentidos, aun habiendo sido materialmente causados por el médico, ya no pueden serle objetivamente imputados.

De este modo, se puede afirmar que el cumplimiento, o no, de los deberes de información por parte del médico, incide en la relación de causalidad, pero no estableciéndola –como se ha visto, el nexo de causalidad material está claramente establecido sin necesidad de acudir a razonamientos hipotéticos o presunciones de evitabilidad– sino más bien determinando si los daños deben o no ser imputados objetivamente al causante material de los mismos.

En otras palabras, el médico que no informa de los riesgos que debía informar, asume, debido a la falta de legitimidad de su actuación, las consecuencias de la realización de dichos riesgos en el resultado, lo cual, como se ha visto, no pasa por un problema de causalidad (el nexo causal fáctico o material está claro: la causa material está en la intervención médica riesgosa), sino por uno de imputación objetiva de los daños materialmente causados. Es en este sentido que se puede afirmar, junto con De Ángel, que

(13) En el mismo sentido, mediante Acuerdo de Sala Plena No. 006-2018 del 23 de noviembre de 2018, los vocales del Tribunal de SUSALUD, establecieron que: “[E]l consentimiento informado (...) posee un doble propósito; primero, reconocer la autonomía individual del ser humano (...); y, segundo, permite exonerar al profesional de la medicina cuando ocasiona en el paciente un menoscabo en su salud obrando con su asentimiento”. (Disponible en: portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/Criterio-sobre-el-Consentimiento-Informado-.pdf).

(14) El principio por el cual la lesión a un derecho no es antijurídica si existe el consentimiento de su titular se encuentra recogido en el artículo 20 del Código Penal peruano que establece que “Está exento de responsabilidad penal: (...) 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.



“cualquier forma de razonar que se aparte de la imputación objetiva [...] parece acercarse más a la «imaginación» del juzgador que a parámetros de razonable objetividad” (2002), imaginación que equivale a especular sobre lo que hubiera decidido el paciente si es que hubiera sido –que no lo fue– cabalmente informado.

Nótese que existe una clara diferencia entre este planteamiento y el de la causalidad hipotética. Para esta última, la causa de las lesiones sufridas por el paciente hay que encontrarla en la omisión del deber de información, pero esto solo es posible a partir de un razonamiento hipotético basado en presunciones de difícil o imposible comprobación, y que, al prescindir de la autodeterminación del paciente, termina alejándose de la realidad. Lo que aquí se propone, en cambio, es establecer una auténtica relación de causalidad fáctica o material, que sirva de base cierta para luego realizar el juicio eminentemente normativo de imputación objetiva de los daños al causante material de los mismos.

Un caso de indemnización de daños y perjuicios resuelto por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú en la Casación No. 000202-2022-LAMBAYEQUE (Expediente de origen No. 1770-2010, 4° Juzgado Especializado en lo Civil) puede ayudar a entender mejor este planteamiento. Al respecto, en los meses de julio y agosto de 2009, la demandante llevó a su hija menor de edad a un establecimiento de salud (ESSALUD) donde le aplicaron dos dosis de la vacuna *Fluarix* contra la influenza. Desde la aplicación de la primera dosis la menor experimentó una serie de malestares físicos que se agravaron después de la aplicación de la segunda dosis: fobia, movimientos horizontales de los ojos, incapacidad para gatear por pérdida de fuerza en el brazo y la pierna izquierda (en los que se le puso la vacuna). Por este motivo llevó a su menor hija al médico neuropediatra, quien prescribió una tomografía cerebral para la menor. El resultado de la tomografía fue normal, pero el neuropediatra diagnosticó que su hija padecía de *Síndrome de Kinsbourne*, el cual, según la literatura médica, puede aparecer por efectos post vacunación y por la inoculación de inmunizaciones.

Durante el proceso, la demandante alegó que no había sido informada de los riesgos potenciales ni contraindicaciones de la vacuna (hipersensibilidad conocida a las sustancias activas o a cualquiera de los excipientes, al huevo, a las proteínas de pollo, formaldehído, sulfato de gentamicina o deoxicolato de sodio); de modo que podríamos catalogar el caso como uno de

omisión del deber de información en el que se habría verificado un riesgo no informado (riesgo post vacunación).

Pues bien, si en el caso concreto se hubiera intentado establecer una relación de causalidad hipotética entre la omisión del deber de información y los daños sufridos por la menor como consecuencia de la verificación del riesgo no informado, es muy probable que, sobre la base de los actuados y pruebas aportadas al proceso, los juzgadores hubieran tenido que declarar infundada la demanda, pues lo cierto es que al momento de la aplicación de la vacuna –así quedó plenamente acreditado en el proceso– la demandante desconocía totalmente que su hija presentaba alergias a la clara y yema de huevo (condición respecto de la cual tomó conocimiento recién en abril de 2013), por lo que bajo esa lógica se podría afirmar –con una probabilidad rayana en la certeza y aplicando la figura del «consentimiento informado hipotético»– que aún si la madre hubiera sido adecuadamente informada de los riesgos y contraindicaciones de la vacuna, igual hubiera dado su consentimiento para la aplicación, con lo cual el establecimiento de salud hubiera sido totalmente exonerado de responsabilidad.

Sin embargo, lejos de este razonamiento hipotético, la segunda instancia estableció –correctamente en mi opinión– la relación de causalidad material o fáctica no entre la omisión de información y el daño, sino entre la aplicación de la vacuna (acto médico) y el desencadenamiento del *Síndrome de Kinsbourne*. En efecto, en la Sentencia de Vista se estableció que la acción que provocó el resultado dañoso en la salud de la menor fue la aplicación directa de la vacuna *Fluarix* contra la influenza sin haber previsto los procedimientos necesarios para prevenir e informar a los pacientes que estaba contraindicada para ciertas personas⁽¹⁵⁾.

(15) En la Sentencia de Vista se estableció, entre otras cosas, que: “Si el diagnóstico recibido desde el inicio por los médicos que han tratado a la menor ha sido Síndrome de Kinsbourne y según se observa en la historia clínica, se han descartado las otras etiologías de la enfermedad, neuroblastomas o focos infecciosos, a través de los análisis a los que se han hecho referencia; en consecuencia, la única causa de enfermedad que queda es la de la reacción post-vacuna que había recibido la menor, a la cual la literatura médica que se ha acudido, sí concluye que una de las causas de la aparición de este síndrome proviene de la inmunización por vacunas de influenza. Esta es la única explicación posible que una menor que llega sin enfermedades a un policlínico y es inoculada con el virus contra la influenza, inmediatamente después presenta los síntomas característicos de esta enfermedad. La conclusión no



De ello se puede concluir que el *Síndrome de Kinsbourne* constituye un riesgo derivado de la inoculación de la vacuna contra la influenza que solo podía ser traslado a la esfera de la paciente con un adecuado y cabal consentimiento informado. En otras palabras, una vez establecida la relación de causalidad fáctica o material entre el acto médico (aplicación de la vacuna) y los daños, es posible, recién, acudir a la falta de consentimiento informado para imputar normativamente los daños al personal médico y al establecimiento de salud. Dicho esto, no huelga en absoluto dejar muy bien sentado que, para efectos de lo que vengo sosteniendo, es irrelevante que se considere a los deberes de información como parte de la *lex artis* médica o que la información sea un elemento inescindible de la intervención médica (o quirúrgica) riesgosa, pues para un correcto análisis causal habrá necesariamente que escindir dichos componentes (deberes de información por un lado e intervención quirúrgica o actuación médica curativa por el otro). Esto si es que no se quiere caer en el absurdo de pretender justificar un inexistente nexo causal –fáctico o material– entre la omisión del deber de información y los daños resultantes de la realización de los riesgos no informados, y hacerlo a partir de figuras tan poco plausibles –al menos para el tema que nos ocupa– como la causalidad hipotética y, su derivado, el consentimiento informado hipotético.

4.3. La creación de un riesgo no permitido (o la disminución de oportunidades de salvaguarda) como criterio de imputación subjetiva: La culpa leve

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite precedente, me parece que no puede pasarse por alto que quienes postulan la figura del consentimiento informado hipotético lo hacen en busca de algún criterio de exoneración o moderación del *quantum* indemnizatorio ante situaciones en las que parece injusto que el médico, quien llevó a cabo una intervención conforme a la *lex artis*, tenga que cargar con todo el peso del daño generado en la integridad del paciente por los riesgos no informados. Se habla, por ejemplo, de casos donde “la actuación curativa del médico se manifiesta como tan evidentemente imprescindible que la falta de información se muestra irrelevante a la luz de una racional interpretación de las cosas”, llegando a afirmar que, en estos casos, “no puede decirse que se haya privado al paciente de la posibilidad «real» de decidir, esto es, de ejercitar el derecho a la autodeterminación” (De Ángel, 2002).

En mi opinión, si bien este argumento puede ser reconducido a la idea –considerada errada en este trabajo– de que en estos casos existe una “razonable probabilidad de que el paciente hubiese asentido al acto médico” (De Ángel, 2002), me parece que lo que en el fondo se plantea es que la autodeterminación del paciente no es ilimitada o no siempre se ve lesionada, o, desde otra perspectiva, que existen situaciones en las

cuales ciertas actuaciones o decisiones del médico –aunque cuestionables en el plano teórico o especulativo– no parecen del todo reprochables si se atiende al contexto, o, en otros términos, a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Dentro de estas circunstancias habría que considerar, como propone De la Maza (2017, pp. 118-124), que en determinados contextos sanitarios –muy característicos de países en vías de desarrollo y, sobre todo, en establecimientos públicos de salud– podría ocurrir no solo que las estructuras burocráticas de los servicios de salud impongan serios obstáculos para que el diálogo entre médico y paciente conduzca a la generación de una auténtica relación de confianza y a un adecuado proceso de consentimiento informado, o que el médico no esté realmente en condiciones de transmitir al paciente toda la información necesaria en términos suficientemente comprensibles para este último (por razones atribuibles al médico o al paciente), sino que podría ocurrir también que el propio paciente tenga una valoración de la autonomía o autodeterminación en el ámbito médico distinta de la presupuesta por el legislador, al punto de que en no pocos casos el paciente considere que existen decisiones, respecto de determinados tratamientos o intervenciones riesgosos, que corresponden ser tomadas por el propio médico, todo ello sobre la base de una relación de confianza fundada en el principio de beneficencia. En un sentido similar, se ha señalado que el diálogo y la comunicación devienen el elemento indispensable para generar lo que se ha denominado el *beneficence in trust*, modelo basado en la confianza en el que “el paciente puede pedir al médico hacer por su bien y de informarle solo cuando sean intervenciones relevantes y riesgosas” (Ariano, 2013, p. 141).

Esto por cierto no implica en modo alguno negar la importancia de promover el modelo participativo-informativo en la relación médico-paciente; sin embargo, al menos como yo lo veo, plantea una cuestión que parece desatendida cuando el jurista se queda en el plano teórico o especulativo

viene a ser otra que la relación causal es evidente; es decir, que esa enfermedad ha sido provocada por el virus contra la influenza que se había inoculado”.



del conocimiento y olvida que el Derecho es, ante todo, un saber práctico que exige de la virtud de la prudencia aplicada al derecho (prudencia jurídica) para arribar, de los principios y reglas jurídicas (por definición generales y abstractas) a la determinación de lo que es justo –o equitativo– «aquí y ahora»: lo justo concreto. Por lo demás, este es un proceso que exige del jurista una especial racionalidad (razón práctica) que es la que le va a permitir la máxima determinación del derecho en el caso concreto, lo cual no puede hacerse a espaldas de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Como ha precisado Massini:

[E]sta racionalidad propia de todos los niveles de la actividad y del conocimiento jurídico [...], no consiste en una mera remisión a formas de racionalidad idénticas o similares a las propias de los saberes teóricos o especulativos: matemáticas, de las ciencias empíricas (*sic*), históricas o sociológicas, sino que se trata de una racionalidad de carácter práctico, *i.e.*, directivo-valorativa y a la vez constitutiva de sus objetos. [...]. Y es casualmente este tipo de racionalidad, la racionalidad práctica [...], la que tiene a su cargo la tarea de la determinación del derecho, *i. e.* de configurar racionalmente el paso de principios universales y normas generales jurídicos a la máxima determinación del derecho concreto (2010, p. 90).

Esta determinación de lo justo concreto en los casos de responsabilidad civil médica por la omisión de los deberes de información, ha sido, equivocadamente en mi opinión, buscada en sede de casualidad a través del «consentimiento informado hipotético», figura que, como se ha visto, equivale a un razonamiento imaginativo o ficticio sobre lo que el paciente hubiera hecho en caso de haber sido informado adecuadamente de los riesgos asociados a la intervención, razonamiento que pasa totalmente por alto la autodeterminación del paciente. Sin embargo, como resulta evidente, esto nada tiene que ver con la razón práctica y la prudencia jurídica⁽¹⁶⁾ que se caracterizan por operar no sobre la base de juicios hipotéticos y mucho menos ficticios, sino sobre las distintas alternativas de solución realmente existentes y las circunstancias del caso concreto.

De hecho, cuando en Alemania se dio aplicación, en sede civil, a la figura del consentimiento informado hipotético, los tribunales tuvieron que reformular la cuestión, supuestamente «causal», en los términos siguientes: “¿se habría encontrado el paciente, en caso de información completa, ante un serio dilema?” Con esta reformulación –que, bien vista, se aleja de una lógica eminentemente causal– la cuestión decisiva radicaba en saber si, en el caso concreto, el paciente se habría encontrado en un verdadero “dilema de haber sido informado plenamente”, pues si el paciente contó con una información básica (aunque no completa) y “no se habría enfrentado a un dilema ni siquiera de haber dispuesto de información completa”, el médico no tendría que responder. Para determinar ello,

ante la alegación por parte del médico de un consentimiento hipotético del paciente, a este último le bastaría con hacer plausible que, “de haber sido completamente informado sobre los riesgos del tratamiento, así como de sus alternativas, se habría visto abocado a un serio dilema”; de este modo, solo si el paciente no lograba, al menos, hacer plausible tal dilema porque el contexto o las circunstancias eran claramente favorables a la intervención, el médico podría exonerarse de responsabilidad (Puppe, 2007, pp. 8-9).

En el ordenamiento jurídico peruano las circunstancias del caso concreto, como elemento indispensable para la determinación prudencial de lo «justo concreto» en los juicios de responsabilidad civil, han sido contempladas por el legislador al regular la culpa leve como criterio subjetivo de atribución de responsabilidad, al prescribir que “*actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*” (art. 1320 del Código Civil). En otras palabras, la relevancia y pertinencia de las circunstancias del caso concreto tiene nuevamente que ver no con la causalidad material o fáctica, sino con criterios de imputación, pero esta vez con criterios de «imputación subjetiva» (específicamente con la culpa leve), también llamados factores de atribución de responsabilidad.

Estos criterios de imputación subjetiva son entendidos como aquellas «buenas razones» o «razones poderosas» que justifican el traslado del peso económico del daño de la esfera de la víctima a la del causante (De Trazegnies, 1999, pp. 13-14), o también como aquellos elementos axiológicos y valorativos en cuya virtud se le adjudican a determinada persona ciertas consecuencias dañosas y que permiten contestar la pregunta de por qué aquella persona debe responder (Ubiría, 2015, p. 161).

En el caso específico de la «culpa», el elemento axiológico se manifiesta en que aquella suele ser entendida como el reproche

(16) Entendida como el “hábito intelectual y moral que habilita para determinar qué es derecho en una situación concreta” (Massini, 2010, p. 99).



que se realiza al sujeto “por no cumplir con el estándar exigido para el desarrollo de determinada actividad”; en otras palabras, el reproche por el “desajuste [de la conducta con las] expectativas sociales, traducidas en un estándar de comportamiento relativo a otros” (Aedo, 2020, pp. 129-130). De este modo, la culpa funciona como un mecanismo para establecer un límite entre las conductas aprobadas y desaprobadas socialmente, aspecto en el cual coincide plenamente con el criterio de la «creación de riesgos no permitidos», pues “fuera de los riesgos permitidos se ingresa [al ámbito de] los riesgos [socialmente] desaprobados” (Aedo, 2020, p. 128).

En efecto, cuando un sujeto con su conducta –comisiva u omisiva– crea o incrementa un riesgo no permitido –o disminuye las oportunidades de la potencial víctima de evitar la realización del riesgo– actúa en inobservancia de las normas de cuidado previamente establecidas; de allí que, muy agudamente, se haya afirmado que “la creación de riesgos no permitidos, antes que resolver una cuestión técnica de [causalidad material o de] imputación [objetiva], determina una órbita de conductas desaprobadas o desvaloradas”. Así entendido, “la creación de un riesgo no permitido coincide con el juicio de culpa” y, por ende, podría ser ubicado en el plano de la imputación subjetiva. Si ello es así, se puede afirmar que la creación de riesgos no permitidos interviene –al igual que la culpa– como criterio que permite desvalorar conductas, que permite distinguir entre conductas justas e injustas (Aedo, 2020, pp. 127-128); cuestión ésta de indudable índole normativa y prudencial, además de sustancial en el juicio de responsabilidad civil. Una mirada atenta a estos conceptos permite sostener que, tanto los criterios de imputación subjetiva (p. ej. culpa), como el criterio de la creación del riesgo no permitido, no son más que mecanismos de asignación o distribución de riesgos entre los sujetos que interactúan en sociedad. Desde esta perspectiva, se ha dicho que la culpa constituye un mecanismo de distribución de riesgos que sería de aplicación únicamente cuando la potencial víctima podría haber hecho algo para evitar o reducir los accidentes y consiguientes daños, pero si ese no es el caso y, por el contrario, es el potencial dañador el único que estaba en condiciones de ajustar su actividad para evitar los accidentes, la responsabilidad objetiva o estricta debería imponerse (Fernández, 2019, p. 155; Aedo, 2014, pp. 715-716).

Desde esta aproximación, podría cuestionarse que la responsabilidad del médico por la omisión de sus deberes de información sea tratada como un supuesto de responsabilidad subjetiva (basada en la culpa) y no como un caso de responsabilidad objetiva o estricta que lo haría responsable ante cualquier caso de verificación en la realidad de los riesgos no informados. En efecto, podría afirmarse, desde las respectivas capacidades de prevención de los agentes implicados en la relación médico-paciente, que el facultativo es el único sujeto en condiciones de brindar la información debida con el fin de obtener el consentimiento informado del paciente, y que este

último no tiene posibilidades reales de adoptar medidas de cuidado tendientes a obtener por su cuenta esa información especializada que le serviría como insumo para tomar una decisión debidamente informada y acorde con sus intereses de integridad o conservación.

Si bien este cuestionamiento es plausible, es preciso, sin embargo, distinguir entre las capacidades de prevención por un lado (que pueden ser unilaterales o bilaterales) y la regla de responsabilidad civil o de «imputación subjetiva» del otro (que puede ser subjetiva u objetiva). De este modo, es perfectamente posible que ante un supuesto de prevención unilateral como es el caso de la actividad médica (Buendía, 2020, pp. 257-258) la regla de responsabilidad objetiva no sea siempre la más eficiente en términos de costos sociales.

En esta línea, se ha afirmado que la regla de responsabilidad subjetiva (culpa) podría aplicarse a supuestos de prevención unilateral cuando el desarrollo tecnológico de la actividad no haya alcanzado un nivel óptimo o adecuado, incentivando así la inversión en el desarrollo de dicha actividad que se entiende beneficiosa para la sociedad (Fernández, 2019, pp. 157-157). El punto está, a mi parecer, en que si lo que busca es evitar el repliegue o abandono de determinadas actividades valiosas (función de incentivación), el criterio del desarrollo tecnológico –cómo único admisible para aplicar la culpa a supuestos de prevención unilateral– podría resultar insuficiente en determinados ámbitos de la actividad humana. Así, la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva o estricta al caso analizado en este trabajo podría conllevar a una «medicina defensiva»; de allí que el criterio subjetivo (culpa) se presente como el más adecuado para proteger la autonomía del paciente sin desincentivar la práctica médica. Además, podría servir como incentivo para que el paciente exija al médico el cabal cumplimiento de sus deberes de información, sin desconocer que no siempre será fácil establecer el alcance de dichos deberes.

Como se ha dicho citando a Shavell, bajo la regla de responsabilidad subjetiva “el causante solo responde por los accidentes que él ha causado si actuó con negligencia y solo si el nivel de cuidado adoptado es menor



que el llamado *Due care*" (Buendía, 2020, p. 248); es decir, responderá solo si el nivel de cuidado empleado es inferior al que podría considerarse como razonable atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Sobre el particular, aunque sin hacer expresa mención a los criterios de imputación subjetiva y mucho menos al criterio de la creación de riesgos no permitidos, una autorizada doctrina nacional ha señalado que:

[S]obre el deber de informar se plantean numerosas interrogantes pues los límites exactos del contenido y alcances de la información son difíciles de precisar. Toda regla sobre el particular reconoce excepciones y variables que consideran la personalidad de los pacientes, la gravedad de la enfermedad y otras circunstancias que deben ser contempladas casuísticamente (Fernández & Woolcott, 2018, p. 547).

Estas circunstancias podrían consistir, sin pretensiones de exhaustividad, en la idiosincrasia del propio paciente o las dificultades de entablar un adecuado proceso de formación del consentimiento informado y una auténtica relación de confianza entre médico y paciente, atribuibles en no pocos casos a los defectos –o excesos– de las estructuras burocráticas existentes en los establecimientos de salud y ciertas prácticas o costumbres médicas aún presentes en el país⁽¹⁷⁾. En este escenario, la prudencia jurídica exigirá al jurista evaluar cada caso concreto para determinar si la naturaleza de la relación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar permiten justificar el traslado del peso económico del daño de la esfera jurídica del paciente a la esfera jurídica del médico; o si estando plenamente justificado ese traslado, dichas circunstancias ameritan una moderación en el *quantum* indemnizatorio sobre la base de la equidad, sin olvidar que este es un recurso estrictamente excepcional y no una forma habitual para la correcta aplicación de la ley (Massini, 2005, pp. 44-45).

Así, en principio, los daños derivados de la verificación en la realidad de riesgos graves no informados, aunque dichos riesgos no sean frecuentes, deberán ser siempre imputados al médico y, por ende, indemnizados⁽¹⁸⁾. Cosa distinta podrá ocurrir, por ejemplo, siempre sujeto a las particularidades del caso concreto, respecto de riesgos leves y poco frecuentes, cuando, además, los beneficios de la intervención realizada excedan claramente, en la práctica, las consecuencias de los

riesgos no informados⁽¹⁹⁾. De allí que el criterio de los tribunales civiles alemanes, consistente en verificar la plausibilidad de un dilema en el paciente, lejos de responder a una lógica verdaderamente causal, remita a un criterio prudencial perfectamente coherente con el recurso a las circunstancias del caso concreto (personas, tiempo y lugar), y con la necesidad de incentivar la actividad médica sin dejar de lado la autonomía del paciente.

5. Conclusiones

- La autonomía o autodeterminación del paciente constituye un elemento fundamental al momento de determinar la relación de causalidad y la imputación objetiva de los daños en los casos de omisión de deberes de información, cuando los daños están constituidos por lesiones a la integridad del paciente producto de la realización de riesgos no informados en intervenciones médicas riesgosas llevadas a cabo conforme a la *lex artis*.
- La causalidad hipotética, con su juicio de evitabilidad, o el criterio normativo de la creación de un riesgo no permitido, si bien son figuras idóneas para resolver ciertos problemas de causalidad en las omisiones, no resultan en cambio adecuadas para establecer la causalidad material y justificar la imputación objetiva de los daños a la integridad del paciente en los casos de responsabilidad médica por omisión de deberes de información. En estos casos, la causalidad hipotética y el criterio normativo de la creación de un riesgo no permitido constituyen figuras que, en su aplicación, dejan de

(17) Sogi, Cárdenas & Delgado, 2012, pp. 70-78), publicados con posterioridad al inicio de vigencia de la Ley 29414 de 2009, que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, parecen demostrar que el modelo participativo-informativo no está del todo asentado en la práctica médica peruana, observándose –esperemos que cada vez menos– una práctica médica defensiva y falta de conocimiento sobre consentimiento informado, sobre todo cuando este tiene que ver con intervenciones en menores de edad.

(18) En el caso de la vacunación contra la influenza, visto *supra*, el hecho de que los riesgos sean poco frecuentes no es justificación suficiente para exonerar de responsabilidad al establecimiento de salud, pues la gravedad de las consecuencias obligada a informar adecuadamente.

(19) Como en el caso materia de la Resolución No. 002-2023-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 234-2022/TRI; Expediente PAS No. 1297-2019), en el que se determinó que no constituye infracción sancionable la falta de consentimiento informado respecto de la posibilidad de conversión, en sala, de una cirugía laparoscópica por una cirugía abierta, más aún si los estudios previos indicaban la viabilidad de una cirugía laparoscópica (por el tamaño del tumor) y que la muerte del paciente no fue consecuencia de la intervención.



lado el principio de autonomía o autodeterminación del paciente.

- A diferencia de la mayoría de casos de causalidad en las omisiones, en los que, sobre la base de juicios hipotéticos de evitabilidad, se presume el cumplimiento del deber omitido y a partir de allí se establece el resultado con una probabilidad rayana en la certeza; en el caso de las lesiones sufridas por el paciente por la realización de un riesgo no informado, ocurre algo distinto: entre el hipotético cumplimiento del deber por el médico y los daños sufridos por el paciente, se interpone la autonomía o autodeterminación de este último, elemento que hace prácticamente imposible –sin acudir a razonamiento ficticios– emitir un juicio de probabilidad sobre lo que hubiera ocurrido en caso el paciente hubiese sido correctamente informado.
- La relación de causalidad material no puede establecerse entre la omisión del deber de información y los daños sufridos por el paciente en su integridad por la realización de riesgos no informados. Cualquier intento en este sentido, además de constituir un análisis ficticio, supone dejar fuera de la ecuación al principio de autonomía o autodeterminación del paciente, considerando fundamental y prioritario en la actual comprensión de la relación médico-paciente. La relación de causalidad material o fáctica solo puede ser establecida, de manera correcta y realista, entre la intervención médica riesgosa y las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados. Solo de esta forma es posible aplicar el método de la eliminación mental a estos casos y, como consecuencia de ello, afirmar que las lesiones fueron materialmente causadas por la actuación médica riesgosa y que el médico fue el causante material de los daños.
- Establecida la causalidad material entre la intervención médica riesgosa y las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados, la omisión de los deberes de información y la consiguiente ausencia de un consentimiento informado entran a tallar en un plano eminentemente normativo o de imputación objetiva del resultado dañoso al causante material de los daños. Si se omitió el deber de información, los daños, materialmente causados por el médico con su intervención, le son también objetivamente imputados. En cambio, si el médico cumplió con informar, con dicha actividad traslada al paciente los riesgos de la intervención, de modo que, en estos casos, el consentimiento informado funciona como un criterio de exclusión de la imputación objetiva de los daños al causante material de los mismos.
- No todo queda en el plano de la imputación objetiva. La imputación subjetiva (criterios de atribución de responsabilidad), puede ser una herramienta importante para arribar a soluciones justas en el caso concreto, y puede

dar una mejor respuesta a los problemas que –desde una aproximación errada– pretenden solucionar quienes invocan la figura del consentimiento informado hipotético. En esta línea, el recurso a la idea de culpa leve, entendida como la inobservancia de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la relación y por las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, permite una aplicación prudencial de la ley a los casos de omisión del deber de información y, eventualmente, podría justificar una exoneración o una moderación del *quantum* indemnizatorio; sin que ello implique negar la relevancia de avanzar hacia la consecución –ya no solo en el plano teórico o legal, sino también en el de la realidad– de un auténtico modelo participativo-informativo basado en la confianza médico-paciente.

- El criterio normativo de creación de un riesgo no permitido –o de la disminución de las oportunidades de salvaguardar la propia integridad–, resulta funcionalmente coincidente con el criterio subjetivo «culpa leve», pues al igual que esta, sirve para discernir entre las conductas socialmente aprobadas (las que están dentro del ámbito de los riesgos permitidos) y las conductas socialmente desaprobadas (las que exceden dicho ámbito). En ese sentido, puede operar como complemento de la culpa leve en el plano de la imputación subjetiva.

Referencias bibliográficas:

- Aedo, C. (2014). El concepto normativo de culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 705-728. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200012>
- Aedo, C. (2020). La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (35), 117-145. <https://doi.org/10.32995/S0718-80722020508Alpa>.
- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte General* (Vol. 2). (C. Moreno More, Trad.). Ediciones Legales.
- Ambos, K. (2020). Omisiones. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (21), 105–150. <https://doi.org/10.5944/rdpc.21.2019.27318>



- Ariano, C. (2013). El consentimiento informado en el sistema jurídico italiano actual. *Prudentia Iuris*, (76), 131-143. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3168>
- Bacigalupo, E. (2005). *Delitos impropios de omisión*. Madrid: Dykinson.
- Baena, F. (2021). *La causalidad en la responsabilidad civil*. Tirant lo blanch.
- Bárcena, A. (2014). El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad, en D. M. Papayannis (Coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad* (pp. 183-214). Marcial Pons.
- Barros, E. (2006). *Tratado de la responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Buendía, E. (2020). *La responsabilidad médica. Un estudio comparado para la solución de un problema actual*. Jurista Editores.
- Cárdenas, H. (2023). La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36(1), 69-90. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502023000100069>
- Casación No. 000202-2022-Lambayaque (2023, 22 de junio). Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil.
- De Angel, R. (14 de noviembre de 2002). *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño* [Ponencia]. 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada, España. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-8.pdf>
- De la Maza, I. (2010). Consentimiento informado y relación de causalidad. En M. Rojas (Ed.), *Responsabilidad médica. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI* (pp. 127-143). Ediciones Universidad Diego Portales.
- De la Maza, I. (2017). Consentimiento informado, un poco de realismo. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 3 (2), 111-131. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200005>
- De Trazegnies, F. (1999). *La responsabilidad extracontractual* (5.ª ed., Tomo I). Editorial Temis.
- Días, L. (2022). Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate. *ADPCP*, LXXV, 729-752. <https://doi.org/10.53054/adpcp.v75i1.9703>
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (8ª ed.). Instituto Pacífico.
- Fernández, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández, M. L. (2015). La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico. *Prolegómenos*, 18(35), 153-168. <https://doi.org/10.18359/dere.816Fernández, C. & Woolcott>
- Oyague, O. (2018). *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica* (Tomo I). Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas.
- García, E. (2015). Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el código penal español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, (14), 13-52. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24509>
- Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (3.ª ed.). Eunsas.
- Jakobs, G. (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. *ADPCP*, XLIX (3), 835-874. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=246513>
- Larenz, K. (1958). *Derecho de obligaciones* (Tomo I). (J. Santos Briz, Trad.). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10.ª ed.). Editorial B de F.
- Massini, C. (2005). *Filosofía del Derecho: La Justicia* (Tomo II). Abeledo Perrot. <https://doi.org/10.15581/011.32986>
- Massini, C. (2010). *Filosofía del Derecho: El Conocimiento y la Interpretación Jurídica* (Tomo III). Abeledo Perrot.
- Moore, M. S. (2011). *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. (T. J. Schleider, Trad.). Marcial Pons.
- Navarro Simón, E. (2018). Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (8), 313-327. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6369287>
- Oyarzún Vargas, F. (2021). Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (43), 119-147. <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>
- Pantaleón Prieto, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. En E. Laguna Domínguez et al, *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Tomo II, pp. 1561-1591). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Parra, D. (2013). La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado. *Revista Médica de Chile*, (141), 1578-1583. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872013001200012>
- Pellegrino, E. (1990). La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. *Boletín panamericano de sanidad de la Oficina sanitaria internacional*, 108(5-6), 379-390. [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/16838/v108n\(5-6\)p379.pdf?sequence=1](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/16838/v108n(5-6)p379.pdf?sequence=1)
- Perin, A. (2020). La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 211-235. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372020000100211>



Pizarro Wilson, C. (2015). En oposición al consentimiento hipotético informado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, 97-120. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100003>

Puppe, I. (1992). Causalidad. *ADPCP*, fasc. 2, 681-694. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1992-20068100694

Puppe, I. (2007). La justificación de la intervención médica curativa. *InDret*, (1). https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/404_es.pdf

Puppe, I. (2008). El resultado y su explicación causal en Derecho penal. *InDret*, (4). https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/578_es.pdf

Rodríguez, J. L. & Schleider, T. J. (2014). Causalidad, responsabilidad y libertad. En D. M. Papayannis (Coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad* (pp. 255-273).

Marcial Pons.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Tomo I). (D. Luzón, M. Díaz y J. de Vicente, Trads.). Civitas.

Schlack, A. (2012). El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19(2), 275-298. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200009>

Stapleton, J. (2003). Cause in fact and the scope of liability for consequences. *Law Quarterly Review*, 119, 388-425.

Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Abeledo Perrot.

Visintini, G. (2015). ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual (M. Cellurale, Trad.). Universidad Externado de Colombia.

Zavala Sarrio, S., Sogi Uetmasu, C., Cárdenas Díaz, M., Delgado Vásquez, A. (2012). Autonomía del paciente y derecho a rehusar tratamientos: Conocimiento en médicos jóvenes peruanos (encuesta 2010). *Acta Médica Peruana*, 29(2), 70-78. www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172012000200005. 