


El daño a la autonomía decisoria del paciente por incumplimiento del deber de informar del médico

Injury to Patient's Autonomy due to Physician's Breach of Duty of Disclosure

Edison Ramiro Calahorrano Latorre¹

 <https://orcid.org/0000-0003-0408-5737>

¹Universidad de Tarapacá. Iquique, Chile

Correspondencia:

Edison Ramiro
Calahorrano Latorre
ecalahorrano@academicos.uta.cl

Recibido: 10/08/2023.

Revisado: 06/07/2024.

Aprobado: 29/11/2024.

Conflicto de intereses:

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Contribución de los autores:

El autor es responsable del desarrollo completo del artículo.

Copyright: Esta licencia permite otros para remezclar, adaptar y crea a partir de tu trabajo para fines no comerciales, siempre que para darte lo debido crédito y para licenciar el nuevo creaciones en términos idénticos

RESUMO

El presente trabajo abordó el daño a la autonomía decisoria de las y los pacientes provocado por el incumplimiento del deber de informar del médico en la relación clínica, planteando la hipótesis de que esta categoría tiene un carácter extrapatrimonial y es independiente de los daños corporales que se produzcan en el paciente. En el presente trabajo se ha utilizado el método dogmático y analítico. Reconocer este daño permite distanciarse de la opinión generalizada de la doctrina en Chile que identifica el daño por incumplimiento de deber de informar del médico, exclusivamente, con la pérdida de la oportunidad. Con el fin de corroborar la hipótesis descrita se plantean como objetivos, en primer lugar, indagar sobre los argumentos que han colocado a la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable frente al incumplimiento de deber de información de médico; en segundo lugar, analizar el contenido y naturaleza de daño a la autonomía decisoria de las y los pacientes y su aplicabilidad al caso de incumplimiento de deber de informar del médico.

Palabras clave: Autonomía Personal; Consentimiento Libre e Informado; Daño al Paciente; Negligencia Profesional; Relaciones Médico-Paciente.

ABSTRACT

This paper examines the harm to the patient's decision-making autonomy caused by the physician's breach of his duty to inform, proposing the hypothesis that such harm is non-pecuniary in nature and is different from any bodily harm caused to the patient. The study adopts a dogmatic and analytical method. Recognizing this form of damage offers an alternative to the prevailing doctrinal opinion in Chile, which equates the harm resulting from the breach of the physician's duty to inform, exclusively with loss of opportunity. To substantiate the described hypothesis, the objectives are, first, to investigate the arguments that have recognized loss of opportunity as a compensable form of damage in the case under study; and second, to analyze the nature and scope of damage to the patients' decision-making autonomy and its applicability to cases involving breach of the physician's duty to inform.

Keywords: Personal Autonomy; Informed Consent; Patient Harm; Malpractice; Physician-Patient Relations.



Introducción

El presente trabajo se hace cargo de la discusión respecto del daño producido por el incumplimiento del deber de información del médico identificándolo como daño extrapatrimonial que vulnera la posición decisoria del paciente; daño que es independiente y autónomo al producido por la materialización del riesgo no informado que se manifiesta en afectaciones corporales. La importancia de lo señalado radica en la obligación de reparar al paciente en el caso en que la única vulneración a la *lex artis* sea el incumplimiento del deber de información.

Con base en estas consideraciones es posible afirmar que el daño producido por el incumplimiento del deber de informar, por parte del médico, es esencialmente extrapatrimonial y autónomo con respecto a los daños corporales configurados por la materialización del riesgo no informado, por lo que se discrepa de la afirmación que identifica al daño por incumplimiento de deber de información de médico con la pérdida de la oportunidad, teniendo en cuenta que esa ha sido la posición mayoritaria de la doctrina en Chile (Barros, 2020; de la Maza, 2017; Domínguez Hidalgo, 2021; Pizarro Wilson, 2017; Vidal Olivares, 2020). En consecuencia, el primer objetivo del presente trabajo consiste en indagar sobre la pérdida de la oportunidad como daño por incumplimiento del deber de informar de médico y argumentar en contra de esta afirmación; para, finalmente, analizar las características de daño a la autonomía decisoria (Barrientos Zamorano, 2008; De La Maza, 2010; Domínguez Águila, 1990; Parra Sepúlveda, 2014; Parra Sepúlveda; Mendoza; Concha, 2024) y los argumentos para su aplicabilidad en el caso estudiado.

Se ha aplicado en la presente investigación el método dogmático consistente en la revisión de doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y comparada que permita estructurar una propuesta sistemática sobre el daño provocado por el incumplimiento de deber de informar en la relación clínica. También se ha recurrido al método inductivo, a partir de manifestaciones concretas en la legislación y doctrina jurisprudencial nacional y comparada respecto a los conceptos estudiados. A pesar de que no se trata de un trabajo que aplica, exclusivamente, el método comparativo, se han analizado los aportes de los ordenamientos jurídicos extranjeros para contraste.

I La pérdida de la oportunidad como daño indemnizable por incumplimiento del deber de informar del médico: su evolución

La doctrina nacional presenta dos vertientes para comprender el daño desde el punto de vista de la responsabilidad. Por un lado, se considera una vulneración a los derechos subjetivos, es decir, aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye una acción reparatoria; y, por otro, una comprensión más amplia que se refiere al daño conforme a una vulneración de todo interés legítimo o bien jurídico que está llamado a ser cautelado (Barros, 2020; Llamas Pombo, 2020).

La segunda noción que comprende el daño de manera amplia ha sido adoptada por la doctrina nacional (Alessandri Rodríguez, 1943; Corral, 2013; Diez, 2012; Domínguez Águila, 1990); por consiguiente, hay daño en todo detrimento del individuo que requiera protección, sin que sea necesario que alcance la calidad de derecho o que se refiera, solamente, a la esfera patrimonial de la persona. Así, se ha establecido que la identificación de determinados legitimados activos para reclamar la indemnización puntualizada en el artículo 2314 de Código Civil (Chile, 2000) es ejemplificativa, pero puede extenderse a quien simplemente tenía una ventaja o beneficio, aunque no llegue a configurarse como derecho (Diez, 2012).

El daño moral ha tenido un mayor protagonismo en la doctrina y jurisprudencia nacional de los últimos veinte años al transitar desde su consideración en la responsabilidad extracontractual e incorporarse como partida indemnizatoria también en el ámbito

contractual (Domínguez Hidalgo, 2021). Adicionalmente han proliferado los esfuerzos por modernizar su comprensión desde su consideración como *pretium doloris* hacia la de daño extrapatrimonial (Barrientos Zamorano, 2008; Diez, 2005).

A partir de lo anterior, el análisis empieza señalando que la doctrina nacional ha identificado al daño producido por el incumplimiento del deber de informar del tratante con la pérdida de la oportunidad (Pizarro Wilson, 2017; Tapia Rodríguez, 2003, 2012; Vidal Olivares, 2020) y así lo ha asumido también de manera reiterada la jurisprudencia nacionalⁱ. Por otro lado, existe también la posición de que la indemnización de un daño a la autonomía decisoria del paciente sin un daño corporal asociado es inviable, en la medida en que sería único e igual para todos los casos, sin que se pueda aplicar al caso concreto, por cuanto no existirá una forma de evaluar el daño de manera específica (Domínguez Hidalgo, 2021).

En contraste, otra parte de la doctrina ha señalado que el daño producido se refiere a uno incorporal a la autonomía decisoria de pacientes, mismo que puede ser identificado de manera independiente al daño corporal de paciente; o, inclusive, puede ser indemnizado por sí solo en ausencia de segundo (Cárdenas Villarreal, 2023; Parra Sepúlveda, 2020; Parra Sepúlveda; Mendoza; Concha, 2024). En el presente trabajo nos adscribimos a esta posición.

Por su parte, Blümel (2022) señala que la doctrina en Chile ha teorizado sobre la pérdida de la oportunidad como daño; como solución de la incerteza causal y herramienta de responsabilidad proporcional; además, surgieron posturas eclécticas. Sin embargo, se concluye que la jurisprudencia no ha caracterizado a la pérdida de la chance como daño autónomo; por el contrario, ha sido concedida bajo la categoría de daño moral, sin que sea necesariamente solicitada por el demandante ni se produzca una reducción de la indemnización por su aplicación.

A continuación, se argumenta que la pérdida de la oportunidad puede ser identificada como daño por incumplimiento de deber de información del médico en determinados casos, como cuando hay un error en la información de diagnóstico o las alternativas terapéuticas; a pesar de lo discutible de su propia consideración como daño, además de mecanismo, para solucionar la incerteza causal. Por lo tanto, es posible verificar que el daño a la autonomía decisoria del paciente es aplicable ante el incumplimiento de deber de informar del médico, si se lo entiende como una forma de daño extrapatrimonial autónomo y que forma parte de alcance de la aplicación de principio de reparación integral.

La figura de la pérdida de la oportunidad como daño frente al incumplimiento de deber de información de médico tiene su origen en la jurisprudencia francesa. En materia de responsabilidad médica, se introdujo en el fallo Jugnet de 7 de febrero de 1990ⁱⁱ, en el que la Corte no encuentra relación de causalidad entre la omisión de información y el daño e introduce el criterio de la pérdida de oportunidad de rechazar el tratamiento como partida indemnizatoria independiente. Esta tendencia se reiteró en varios fallos posteriores, siendo la posición dominante por alrededor de dos décadasⁱⁱⁱ. La crítica al fallo fue generalizada, por cuanto desconoció la línea jurisprudencial emanada desde el fallo Teyssier de 1942 respecto de la reparación integral (Jourdain, 2014; Jousset; Rouge-Maillart; Penneau, 2009; Viallá, 2010).

El criterio restringido de indemnización de la pérdida de la oportunidad conforme al daño indemnizable por incumplimiento del deber de informar se mantuvo hasta la primera década del siglo XXI. A partir del 2010, una serie de fallos se alejan de la comprensión de que el daño por incumplimiento del deber de información tenga únicamente como partida indemnizatoria la pérdida de la oportunidad de curación y se inclina hacia la reparación integral; igualmente lo hizo en su momento la jurisprudencia derivada del fallo *Teyssier*^{iv}.

El giro jurisprudencial llevado a cabo por la Corte de Casación francesa en el año 2010, en particular, en el fallo de 03 de junio, provocó una aparente descontractualización (Nguyen, 2016) de la responsabilidad del médico, instaurando un modelo fundamentado en el daño (Pierre, 2010) y la afección a la protección de la dignidad de la persona. Este fallo se alejaría también del precedente jurisprudencial más reciente que limitaba la indemnización del incumplimiento del deber de información solo a la pérdida de la oportunidad^v.

La evolución de la comprensión del daño por incumplimiento del deber de información continúa con un progresivo acercamiento hacia la reparación de la autonomía. Se habla, en primer lugar, de un daño extrapatrimonial, esto es, aquel provocado por el desprecio de la dignidad del paciente, lo cual permitiría perseguir la indemnización del daño a la autonomía, a pesar de que se haya ejecutado correctamente el tratamiento, en cumplimiento de los protocolos (Pierre, 2010).

En consecuencia, desde la sentencia de la Corte de Casación de 03 de junio de 2010, la jurisprudencia ha unificado su criterio de que la indemnización del daño por incumplimiento del deber de información del tratante debe considerar el daño a la dignidad y la integridad psíquica y física del paciente.

Tomando en consideración la evolución de la institución en la jurisprudencia francesa, se puede puntualizar que, desde el punto de vista de la causalidad, la pérdida de la *chance* permite superar el modelo de todo o nada respecto al establecimiento del nexo entre la omisión de información y el daño. La incertidumbre recae sobre quien provoca el daño, recurriendo a sistemas de flexibilización probatoria (Solé, 2018), caso contrario la carga permanece en la víctima, con la dificultad que representa el estándar elevado referente a la seguridad rayana sobre la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento de deber de informar. La consecuencia en el primer caso es la condena a la indemnización de la totalidad de los daños producidos por la conducta; mientras que, en el segundo caso, se absuelve completamente y se deja a la víctima sin reparación (Agón, 2017; Asúa, 2007). La pérdida de la oportunidad como mecanismo para resolver los casos de causalidad incierta tiene una función precisa de distribución del peso de dicha incertidumbre, obligando a la indemnización de parte de quien cometió el daño en la medida en que privó a la víctima de la posibilidad de evitarlo, misma que debe ser cierta y seria, situación que requiere prueba (Gascón Abellán; Medina Alcoz, 2009). En este punto, no se concuerda con Parra Sepúlveda, Mendoza y Concha (2024), quienes afirman que es erróneo identificar el análisis de la figura de la pérdida de la oportunidad solamente como solución a la incerteza causal, por cuanto puede conllevar la aplicación de consentimiento informado hipotético positivo, en el que se carga al paciente con la prueba de demostrar el hecho de que de haber recibido la información no se hubiere sometido al tratamiento, algo que también señala Cárdenas Villarreal (2023) denominándolo “presunción hipotética positiva”. Sin embargo, se olvida que la jurisprudencia chilena reciente ha optado por la presunción hipotética negativa; es decir, a partir del incumplimiento total o parcial de deber de información de médico, se presume la culpa y la causalidad de su omisión con el daño, siendo tarea de éste último probar que el curso causal se interrumpió, por cuanto la conducta alternativa lícita, la entrega de la información, no hubiese influido en la decisión de paciente respecto a someterse al tratamiento (Barros, 2020; Calahorrano Latorre, 2023; Cárdenas Villarreal, 2023; Corral, 2013; de la Maza, 2010).

Medina Alcoz (2018), por su parte, reconoce en el ordenamiento jurídico español manifestaciones de la responsabilidad proporcional en la solidaridad por daño causado por miembro indeterminado de grupo y la pérdida de la oportunidad, y esto no encuentra impedimento para extender esta solución a todos los casos de incertidumbre causal. Asimismo, señala:

no acierto a ver que haya de desmesurado en resolver todos los supuestos de incertidumbre causal mediante la regla de la responsabilidad proporcional, esto es, redistribuir entre el agente y la víctima el coste de las dudas en torno a la existencia del nexo causal, salvo que el legislador lo haya excluido o haya establecido una regla probatoria finalista o especial [...] [D]el mismo modo que, sin necesidad de previsiones codiciales o generales, se obliga a cada cocausante de un daño a indemnizar en función de su cuota de "aportación causal" (al menos en la relación interna entre los diversos autores, si se afirma la responsabilidad solidaria frente a la víctima), puede entenderse que, ante la incertidumbre causal y en ausencia de determinaciones legales de signo contrario, el agente (posiblemente) dañoso responde en la medida de la probabilidad causal (Medina Alcoz, 2018, p. 147-148).

Como se ha enfatizado previamente, entender que el daño provocado por el incumplimiento del deber de información es, exclusivamente, la pérdida de la oportunidad de curación, sobrevida o de seleccionar una alternativa terapéutica menos invasiva asume que la propia falta o entrega incompleta de información no produce ninguna afectación, razón por la cual se busca la manera de conectar la omisión con un daño corporal para que se proceda a la reparación; situación que no comparte alguna de la doctrina comparada más actualizada (Agón, 2017; Cadenas Osuna, 2018; Chan Kok, 2021; Keren-Paz; 2018; Macía Morillo, 2020; Martínez Doallo, 2021; Ortiz Fernández, 2021; Parra Sepúlveda, 2014; Sheley, 2015; Turton, 2016)^{vi}, y tampoco se considera adecuada ante el esfuerzo de la doctrina nacional y comparada por identificar un amplio espectro en la figura del daño extrapatrimonial, bajo la cual puede ubicarse el daño a la autonomía decisoria del paciente (Parra Sepúlveda; Mendoza; Concha, 2024).

A pesar de lo señalado, en Chile se ha manifestado que

si ningún daño corporal se ha causado al paciente, la omisión de médico de obtener su consentimiento informado no puede ser constitutiva per se de un perjuicio porque ello equivaldría a sostener que se le otorga una indemnización por el solo hecho de ser persona y haberse visto afectado en uno de sus derechos extrapatrimoniales como es el de autodeterminación o, más en general, lo son los derechos de la personalidad (Domínguez Hidalgo, 2021, p. 672).

Por dicha razón la indemnización tendrá que ser igual para cualquier persona respecto de este rubro.

No se concuerda con esta afirmación, puesto que se considera que no hay suficiente justificación para señalar que la afectación a un derecho de la personalidad no pueda ser indemnizada, coincidiendo con otro razonamiento expuesto en la doctrina nacional en el que se argumenta a favor de reparar, como parte de la aplicación de principio de reparación integral en el contexto de un modelo deliberativo de la relación clínica, sin que exista necesidad de que haya daño corporal como requisito para que se repare el daño extrapatrimonial (Parra Sepúlveda; Mendoza; Concha, 2020; Cárdenas Villarreal, 2023; Calahorrano Latorre, 2021).

En concordancia con lo señalado, en el derecho francés, por ejemplo, se ha reinterpretado el daño producido por incumplimiento del deber de información en la jurisprudencia más reciente según la falta de preparación para el riesgo, mismo que encaja también en el amplio catálogo de daños extrapatrimoniales (Boulanger, 2020; Brunet, 2017; Lambert-Faivre; Porchy-Simon, 2017).

Por su parte, el derecho italiano ha hecho otro tanto con el reconocimiento de daños extrapatrimoniales como el existencial y el daño a la salud (Franzoni, 2004; Guerinoni, 2009; Tampieri, 2015).

Por último, el derecho alemán no ha recurrido tampoco a la doctrina de la pérdida de la oportunidad al instaurar en el contrato de tratamiento un sistema de presunciones de causalidad, entre las que se encuentra aquella en que el daño se presume causado por el incumplimiento del deber de información, a menos que se presente prueba por el tratante de que el paciente, aun informado, hubiere decidido de la misma manera sin que esta omisión incremente el riesgo (Solé, 2018).

En el ordenamiento jurídico inglés se ha tratado el tema a partir del fallo *Hotson v. East Berkshire Health Authority*^{vii}, en el que un niño de 13 años de edad sufre una caída y acude a una primera revisión en un centro hospitalario donde no se señala ningún diagnóstico; sin embargo, en una segunda revisión de rayos x, cinco días después, se le diagnostica una condición denominada “necrosis avascular”, que puede generar problemas mayores e incluso discapacidad provocada por osteoartritis en el lugar afectado. Surge el problema de determinar si existe responsabilidad del centro médico por no haber dado un diagnóstico inmediato que, al menos en un 25% de probabilidad, hubiese prevenido el surgimiento de la discapacidad. La demandada acepta que de haber sido correcto el diagnóstico hubiera existido un 25% de posibilidades de no adquirir la condición adversa, pues el juez de instancia concede ese porcentaje del daño como indemnización. La *House of Lords* anula el fallo puntualizando que en la demanda no se pudo probar por parte del demandante que su conducta hubiera provocado el daño final, como mínimo más del 50% de posibilidad, estándar fijado en el *but for test*, en cuyo caso hubiese podido adjudicarse la indemnización de todos los daños producidos (Brazier; Cave, 2016).

Otros casos de pérdida de la oportunidad identificados en el retraso o error de diagnóstico en el derecho inglés son *Gregg v. Scott*^{viii}, respecto de un diagnóstico tardío de cáncer que provocó una pérdida de oportunidad de curación de un 17%, por lo cual se falla por parte de la *House of Lords*, aplicando el estándar del *but for test* en contra de las pretensiones de Gregg sobre la oportunidad de curación (Brazier; Cave, 2016).

Con base en lo anterior, se puede determinar que la noción de pérdida de la oportunidad como daño en el derecho inglés no se encuentra consolidada por ser demasiado etérea y responder a un estándar inferior que el esquema general de la causalidad fáctica, comprendido en el *but for test* (Hoppe; Miola, 2014). En todo caso, se prevé la figura de la pérdida de la oportunidad en el análisis causal ante la incerteza o imposibilidad de la prueba del nexo; pero, la jurisprudencia no ha consolidado su entidad como partida indemnizatoria (Stapleton, 2016; Stauch; 1997; Turton, 2016).

Situación distinta se observa en Estados Unidos. La discusión sobre la aplicación de la pérdida de la chance se plantea en el fallo *Falcon vs. Memorial Hospital*, en el que una madre fallece después del parto por una afectación poco frecuente llamada embolia de líquido amniótico. La abuela de la madre plantea una demanda por los daños y perjuicios provocados por la muerte de su nieta. La opinión del perito fue que el médico y el hospital no podían haber evitado que se produjera la embolia. No obstante, sostuvo que debería haber tomado la precaución de insertar una vía intravenosa a la paciente, lo que habría permitido una infusión rápida de medicación una vez que se produjera la embolia. Según el experto, esto habría aumentado las probabilidades de sobrevivir a la embolia de 0% a un 37,5%. La defensa de hospital se refirió a la imposibilidad de cumplir con el estándar de prueba de la causalidad; por cuanto, de haberse actuado diligentemente, es decir, administrando la medicación, de todos modos, las probabilidades de supervivencia de la paciente eran de 1 en 3. La Corte Suprema de Michigan señaló que, bajo ciertas circunstancias, como sucede en el caso de la relación clínica en el que existen determinados deberes de cuidado y una posición de garante de tratante, una oportunidad menor al 50% de probabilidad de sobrevivir o curación puede considerarse como daño indemnizable. Este razonamiento pasaría a ser conocido como la doctrina de la pérdida de la oportunidad (*loss of chance doctrine*), por cuanto la Corte consideró que el daño provocado no fue la muerte de la paciente, sino la

privación de la posibilidad de que sobreviva. Aunque el poder legislativo de Michigan revocó posteriormente el fallo, aproximadamente la mitad de las jurisdicciones de Estados Unidos reconocen ahora las reclamaciones por pérdida de una oportunidad. Sin embargo, esta teoría de la responsabilidad sólo suele aplicarse en acciones por negligencia médica, e incluso entonces sólo en reclamaciones por muerte, siendo infrecuente en casos de lesiones (Goldberg; Zipursky, 2010).

Otro caso prototípico tratado por la doctrina estadounidense como pérdida de la oportunidad es el error y la entrega tardía de diagnóstico que contribuye causalmente a la muerte de paciente; sin embargo, no puede ser útil para la imputación del acto negligente del médico, en la medida en que concurre otra circunstancia de fondo que se manifiesta como causa de daño. Un ejemplo señalado es el diagnóstico tardío o erróneo de un cáncer, en el que es imposible verificar el incumplimiento de deber de información bajo el estándar de todo o nada que requiere el nexo causal de ésta con el resultado de muerte. Para establecer la evaluación de daño en la aplicación de la pérdida de la oportunidad en este caso, se han planteado, en primer lugar, la teoría de la sustracción; y, en segundo, la de la *ratio* (Simons, 2024). En el primer caso se extrae el porcentaje de incremento de la probabilidad de daño provocado por la acción u omisión culposa, respecto de total de probabilidad de daño; mientras que, en el segundo, se divide el porcentaje de incremento de riesgo para el porcentaje de riesgo total (Simons, 2024).

Lo señalado es aplicable si se adopta la pérdida de la oportunidad como un mecanismo de causalidad proporcional en el que la finalidad es la reparación de aquella porción del daño total al que contribuyó la acción u omisión culpable como causa al haber incrementado las posibilidades de que éste se materialice. Para eso, se aplican mecanismos de facilidad probatoria, con el fin de que la víctima pueda superar la defensa de tratante referida al incumplimiento de estándar de todo o nada que requiere la prueba de la causalidad.

A pesar de lo señalado, la otra manera de abordar dicha figura por parte de la jurisprudencia estadounidense ha sido su identificación como un daño autónomo, en el que la reparación radica, finalmente, en la mayor exposición al riesgo que se produce por la acción u omisión culpable y se traduce en una pérdida de la oportunidad de curación o supervivencia, en el contexto de la relación clínica (Geitsfeld, 2024; Simons, 2024). El daño corporal o muerte se conecta causalmente con la acción u omisión negligente. Un argumento adicional para este razonamiento es rescatado por Geitsfeld (2024) y se refiere a la importancia de deber de cuidado del tratante que, entre otras cosas, implica que cuando éste es negligente no puede basarse en la condición preexistente del paciente como prueba que excluya la causalidad. Permitir que un médico negligente interrumpa el nexo causal de su actuar negligente con el daño implicaría privar de todo valor al deber de cuidado que garantiza la relación clínica, por lo que, desde esta perspectiva, la relación de causalidad sería entre la acción u omisión negligente y el daño corporal o muerte, sin que el efecto de la pérdida de la oportunidad sea la facilidad probatoria para el paciente.

Esta segunda aproximación parte de que permitir la exclusión de la responsabilidad por la presentación de prueba que interrumpe el nexo causal basada en circunstancias preexistentes del paciente negaría la responsabilidad en todos los casos. Una razón para pensar que la doctrina de la pérdida de una oportunidad debe aplicarse en el contexto de la relación clínica es recordar que el deber de cuidado del tratante es, en cierto modo, más exigente que un deber puramente negativo de abstenerse de causar daño a otro. Los pacientes confían en que sus médicos les ofrezcan las mejores posibilidades de salud. La noción de que la pérdida de una oportunidad relativamente pequeña de estar sano es un perjuicio parece ir de la mano de la idea de que los médicos tienen un tipo especial de deber para con sus pacientes: el deber de tener cuidado para proporcionarles las mejores probabilidades de salud (Goldberg; Zipursky, 2010).

Lo señalado es perfectamente aplicable para el caso de incumplimiento de deber de información del médico y dejaría sin posibilidades al consentimiento informado hipotético como defensa del tratante (Calahorrano Latorre, 2023).

II La pérdida de la oportunidad como daño por incumplimiento del deber de informar del médico en Chile

La doctrina nacional ha identificado como los dos primeros fallos en que se considera la pérdida de la oportunidad como partida indemnizatoria los contenidos en Rol 2074-2009 de 11 de diciembre de 2008 y en Rol 2409-2009 de 7 de junio de 2011, ambos de la Corte Suprema (Ríos; Silva, 2014). La consideración de la pérdida de la oportunidad de curación o sobrevida, como partida indemnizatoria autónoma, es sostenida también por Parra Sepúlveda (2020b), con fundamento en el principio *pro damnato*. Sin embargo, Parra Sepúlveda, Mendoza y Concha (2024) argumentan la posibilidad de que el incumplimiento de deber de informar de médico conlleva la vulneración de derecho a la autodeterminación de paciente como daño extrapatrimonial, que es distinta partida indemnizatoria a la pérdida de curación o sobrevida, algo a lo que también se aproxima Calahorrano Latorre (2021).

A pesar de estas manifestaciones iniciales, la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable autónomo ha consolidado su posición a partir del año 2015. En el fallo de Corte Suprema 29.365-2014 de 3 de diciembre de 2015 denominado "Katty Vásquez Contreras y otros con Hospital Carlos Van Buren" se aborda el concepto de pérdida de la oportunidad^{ix}.

El caso reseñado versa también sobre un diagnóstico inadecuado que, junto con el abandono en el que se deja al paciente y una serie de comportamientos negligentes, se le privó al paciente de la pérdida de la oportunidad de curación^x.

En la misma línea señalada, en el fallo de Corte Suprema 22.751-2015 de 25 de octubre de 2016, que se refiere a la falta de servicio de un centro de salud público, debido a una atención tardía con un largo tiempo de espera que provocaría daños a la persona por una caída tras haberse desmayado, se refiere a la pérdida de la oportunidad de sobrevida en el caso de las omisiones^{xi}.

En materia de responsabilidad médica se han podido detectar casos que puntualizan la pérdida de la oportunidad como partida indemnizatoria en distintos supuestos. En el fallo 4089-2019 de 10 de junio de 2020 se indemniza por pérdida de la oportunidad de sobrevida ante la no intervención quirúrgica de embolización a una persona con una grave afectación que, probablemente, hubiera terminado en un desenlace fatal. En el caso indicado, se trata de la pérdida de la oportunidad como parte del daño moral indemnizable.

La incerteza causal entre la falta de servicio y el daño concluye comúnmente en indemnización por pérdida de la oportunidad en una buena parte de fallos desde el 2015, sea que este factor de atribución se produzca por error o retardo en el diagnóstico, o error de tratamiento^{xii}. En este punto la jurisprudencia nacional es coincidente con el análisis sobre el uso de la figura de la pérdida de la oportunidad en los ordenamientos jurídicos extranjeros reseñados en la primera parte de este trabajo.

Por su parte, el recurso a la pérdida de la oportunidad, como última opción de indemnización cuando la relación causal no puede ser acreditada con precisión, encuentra limitantes cuando, objetivamente, puede indicarse que la oportunidad es muy lejana, al igual que sucede en el fallo de Corte Suprema 2239-2019 de 25 de mayo de 2020, en el que la atención especializada y en cumplimiento del conocimiento disponible ante una patología compleja no permite configurar el grado de certeza necesario para indemnizar la pérdida de la oportunidad.

La jurisprudencia ha abordado esta partida indemnizatoria referente al incumplimiento de deberes de información desde diferentes perspectivas. En el fallo de Corte Suprema Rol 9.481-2016 de 22 de septiembre de 2016, se condena al Servicio de Salud y Hospital Regional de Iquique por no informar oportunamente el diagnóstico de VIH positivo a los actores, lo que implicó un tardío inicio del tratamiento y el deterioro progresivo de la salud de los cónyuges hasta la muerte. En este caso la información omitida es de carácter terapéutico más que autodeterminativa, configurándose un caso de negligencia y culpa infraccional; aunque la gravedad de esta omisión puede ameritar un mayor análisis, especialmente desde la perspectiva del riesgo al que se expuso a la víctima y su importancia respecto del resultado fatal final.

En el fallo 29.094-2019 de 01 de junio de 2020 la actora demanda por responsabilidad extracontractual al Hospital Clínico de la Fuerza Aérea y al médico tratante, solicitando que se le indemnice por daño moral. La actora sufrió necrosis de pezón en el contexto de una cirugía estética, riesgo que no constaba en el formulario de consentimiento informado ni fue explicado por el tratante previo a la intervención. La defensa del demandado se fundamentó en indicar que la necrosis no era un riesgo grave ni frecuente; por tanto, no requería ser informado, constituyendo un caso fortuito. Se concluye por la Corte que las intervenciones fueron realizadas de acuerdo con la *lex artis*, por tal motivo, el caso se inscribe en la materialización de un riesgo no informado en el que no existe error de tratamiento, siguiendo la doctrina nacional el daño con la pérdida de oportunidad. Asimismo, se establece en el fallo que el incumplimiento del deber de información del tratante constituye una infracción a la *lex artis* por sí mismo y un ilícito que vulnera la Ley 20584.

De los fallos anteriores se verifica que, en materia de responsabilidad médica, la incerteza causal entre la omisión culpable de informar de parte de médico y el daño se corresponden con la indemnización de pérdida de la oportunidad de sobrevivida o curación, lo que no es igual al daño íntegro.

En el primer caso, los demandantes por rebote solicitaron la indemnización por el daño moral correspondiente al fallecimiento de las víctimas, pero además por las consecuencias de un proceso doloroso en el que la falta de servicio privó a estas de tratamiento oportuno de una enfermedad catastrófica como el VIH. En el segundo caso, la víctima reclamó un daño estético que le provocó sufrimiento, afectación psicológica con diagnóstico de depresión.

En conclusión, la pérdida de la oportunidad se introdujo tímidamente en la doctrina y jurisprudencia chilena a principios del siglo XXI. A pesar de que la figura surge como un mecanismo para justificar el resarcimiento en casos donde el nexo causal es poco claro; también se ha aplicado para reducir la indemnización en casos en que el nexo causal puede ser comprobado en un porcentaje cercano al estándar de todo o nada, sin lograrlo. A pesar de lo señalado, se advierte que la reducción de la indemnización al aplicar la pérdida de la chance se lo hace respecto de lo solicitado por las partes, no del daño indemnizable, por lo que se genera una inconsistencia con los presupuestos teóricos de la misma. Por otro lado, se señala un segundo problema referido a la indefensión que generaría para el demandado el hecho de que el demandante, sin referirse a la partida de pérdida de la chance, reciba una indemnización por la misma como parte de la partida de daño moral, situación que sería la generalidad en los fallos sobre la materia. Como ejemplo de lo señalado se observa lo contenido en el fallo de Corte Suprema, Rol 110-2019 de 03 de abril de 2019, en el que se falla que la pérdida de la chance se encuentra incluida en la indemnización por daño moral. Finalmente, se advierte respecto del problema de la indemnización en los casos de aplicación de pérdida de la chance en los que el nexo causal entre el acto médico culpable y el daño tiene muy pocas probabilidades de configurarse (Blümel, 2022).

III Daño de carácter extrapatrimonial por incumplimiento del deber de informar del médico

Comprender que el incumplimiento del deber de información es un daño, en sí mismo, provocado a la autonomía decisoria del paciente resuelve los problemas de causalidad, ya que conecta directamente la falta de información con el daño extrapatrimonial producido. Por otro lado, permite valorar esta afectación de forma independiente, estableciendo protección específica y reforzada a la autonomía del paciente, y su entidad como sujeto en la relación clínica.

Por consiguiente, se parte de la hipótesis de que la manera más adecuada de entender el daño por incumplimiento del deber de información es mediante una afectación extrapatrimonial a la autonomía decisoria de paciente que, a su vez, constituye una afectación al derecho de la personalidad de la autodeterminación. Lo señalado se ha sostenido por la doctrina nacional (Calahorrano Latorre, 2021; Cárdenas Villarreal, 2023; Parra Sepúlveda, 2020a; Parra Sepúlveda; Mendoza; Concha, 2024), así como en los fallos de la Corte Suprema Rol 29.094-2019; Rol 44.150-2020; Rol 8352-2009, en los que se indemniza por el daño a la autonomía decisoria de paciente.

Con base en lo señalado, en primer lugar, se diferenciará la noción de daño a la autonomía decisoria de la de daño moral, así como la manera en que pueden ser compatibles estos conceptos en el ordenamiento jurídico chileno; para, finalmente, profundizar en el segundo.

IV Un concepto amplio de daño moral

No han sido pocos los trabajos que en la doctrina nacional han señalado la necesidad de trascender desde una noción restrictiva de daño moral como *pretium doloris* a una amplia noción que permita cubrir las diferentes formas de daño extrapatrimonial (Barrientos Zamorano, 2007; Domínguez Águila, 1990). El Código Civil chileno (Chile, 2000) no concibió la idea del daño moral y menos aún la manera en que puede repararse; sin embargo, la jurisprudencia ha acudido a completar esta tarea, siendo tesis mayoritaria aquella que lo equipara al dolor o sufrimiento que el hecho ilícito provoca en la sensibilidad de la persona; se traduce como el precio del llanto (Alessandri Rodríguez, 1943; Diez, 2012).

En referencia a la normativa especial, el artículo 41 de la Ley 19966 (Chile, 2004), que se encuentra ubicado en el estatuto especial de responsabilidad de los servicios públicos de salud, aborda la posibilidad de indemnización por daño moral provocado por el Estado en el ámbito sanitario e inserta criterios novedosos para su valoración como la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas. Se establecen como límites a la extensión del daño indemnizable aquellos que no se hubiesen podido prever según el estado de la ciencia al momento de su producción, ya que se apela a un criterio razonable respecto de aquello que debe ser reparado bajo la previsibilidad y estándar de cuidado (Vidal Olivares, 2020).

Por su parte, la Ley 20584 (Chile, 2012) no contempla un estatuto especial de responsabilidad, sino establece una serie de deberes del profesional de la salud, entre ellos: de seguridad, información e indemnidad del paciente. La doctrina ha coincidido en señalar que el estatuto aplicable es el contractual y que el artículo 1558 del Código Civil brinda el soporte para que, bajo el criterio de previsibilidad, el profesional de la salud deba responder por un riesgo que llegue a materializarse y haya podido ser identificado al momento del acuerdo en que se funda el contrato médico (Vidal Olivares, 2020).

En el ámbito de la responsabilidad médica, la jurisprudencia se ha decantado en fallos recientes por una concepción amplia de daño moral, citando la reciente doctrina sobre la materia, el fallo de Corte Suprema Rol 19.284 de 27 de agosto de 2019^{xiii}.

En la doctrina nacional se ha ensayado una taxonomía de aquellos tipos de daños que podrían acudir a la noción amplia de daño moral que ha sido adoptada por la jurisprudencia en los fallos que se han aludido previamente. El “*pretium doloris*” se reserva al daño emocional traducido en la amargura o angustia emocional, el cual ha sido atribuible también a las víctimas por rebote (Corral, 2013). El sufrimiento como daño moral puede estar ligado a daños a la integridad física, como el dolor provocado por el tratamiento, las heridas, la pérdida de la autoestima; en algunos casos este daño puede tener mayor protagonismo que la afectación física como tal. Por lo tanto, la afectación física por sí misma trae consigo afectaciones que pueden ser diferenciadas de aquellas provocadas a una esfera emocional de la víctima, aunque es necesario verificar una mayor susceptibilidad (Barros, 2020).

Otras categorías que aparecen en la doctrina son el daño corporal o fisiológico que puede implicar afectaciones patrimoniales y extrapatrimoniales. En estas segundas se encuentran el dolor psíquico, daño estético, daño al gusto de vida o vida de relación; pese a que el centro del análisis del daño corporal se refleja en la integridad física y psíquica de la persona (Corral, 2013). De la misma manera, se ha hecho referencia a la pérdida de los placeres de la vida (Barros, 2020; Corral, 2013; Diez, 2012; Domínguez Águila, 1990); el daño existencial^{xiv}; y la lesión a los derechos de la personalidad (Barros, 2020; Domínguez Hidalgo, 2019; Prado López, 2021).

Se ha definido previamente que el deber de informar del médico al paciente está anclado a su derecho a la autodeterminación, partiendo de este punto de vista, a continuación, se desarrollará la noción de daño por vulneración a la autonomía decisoria del paciente o *injury to autonomy*, hipótesis por la que se inclina este trabajo.

V Daño por lesión a la autonomía decisoria del paciente

En el acápite anterior se determinó que existe consenso doctrinal y jurisprudencial nacional con referencia a la necesidad de comprender el daño moral desde una dimensión amplia que permita englobar afectaciones a intereses tan variados como el daño corporal, psíquico, estético e inclusive ensayar, siempre y cuando se encuentre un fundamento objetivo suficientemente sólido y se aporte la prueba necesaria, el daño a la vida de relación o proyecto de vida, entendiéndose la posibilidad de que esta esfera de la persona se vea efectivamente truncada hacia el futuro.

Se puede acudir a la experiencia del derecho extranjero sobre la consideración del daño a la autonomía, entendida conforme a un derecho de la personalidad constitucionalmente protegido. Como se ha explicado, en Francia, la jurisprudencia previa al 2010 sostenía de manera consolidada la pérdida de la *chance* como la partida indemnizable por incumplimiento del deber de información en la relación clínica; aunque el fallo de la Corte de Casación de 3 de junio de 2010 considera que dicho incumplimiento causa un daño susceptible de reparación por parte del juez, con vinculación directa a los derechos del paciente, independientemente del procedimiento médico no consentido (Lambert-Faivre; Porchy-Simon, 2015).

El criterio favorable hacia la consideración del daño por incumplimiento del deber de información del médico, al igual que vulneración a la dignidad del paciente, se reitera en la sentencia de la Corte de Casación francesa de 12 de julio de 2012^{xv}, constituyéndose en un perjuicio autónomo y desligado de los daños corporales. A pesar de esta perspectiva, la jurisprudencia no es unívoca, y aun se registran fallos posteriores que consideran la pérdida de la oportunidad la única partida indemnizatoria^{xvi}.

La jurisprudencia francesa más reciente se debate entre el criterio reintroducido en la sentencia de la Corte de Casación de 3 de junio de 2010, o la identificación del daño por incumplimiento del deber de informar como la falta de preparación de la víctima para asumir el riesgo, lo cual también se traduciría, finalmente, en una forma de daño extrapatrimonial.

Por otro lado, la identificación del daño provocado por el incumplimiento del deber de informar del médico al paciente encuentra una vía diferente en el ordenamiento jurídico alemán, en el que la diferenciación entre el curso causal por el que se demanda un error de tratamiento y aquel por el que se demanda el incumplimiento del deber de información está claramente identificada. En el primer caso, el tratante es demandado por la innecesaria colocación del paciente en el riesgo de sufrir un daño por quebrantamiento del deber de cuidado o de una norma o protocolo que estaba destinada a evitarlo. Sin embargo, en el segundo caso, el riesgo de daño está en el conocimiento del tratante que, injustificadamente, no lo comparte con el paciente, dejándolo expuesto a su materialización inesperada; allí, el tratante usurpa el derecho del paciente sobre decidir si asume o no dicho riesgo, por este motivo, la lesión se produce a la autonomía (Stauch, 2008). Los casos en los que la autonomía del paciente es el interés jurídicamente protegido sobre el que recae el daño se denomina *Aufklärungsfehler* (Häser, 2018; Janda, 2012; Wienke, 2021).

La importancia del elemento subjetivo en referencia a la información y la posibilidad que esta hubiese permitido modificar la decisión sobre la asunción de riesgos figura la situación necesaria para estructurar el nexo causal entre el incumplimiento del deber de informar y el riesgo materializado; e identifica también como daño indemnizable la situación misma en que se coloca al paciente en indefensión frente al daño (Shaw, 1986).

Continuando con una breve revisión del Derecho extranjero, el artículo 2059 del Código Civil italiano no define al daño extrapatrimonial, pero determina su carácter resarcible a la previsión expresa de la Ley.

Lejos de limitar el alcance y expansión de la naturaleza resarcible de este daño, Italia se ha inmerso en una atomización del daño extrapatrimonial, identificando una serie de perjuicios autónomos. La aplicación directa de la Constitución (Contituzione Italiana, 1947), en particular de su artículo 32, ha permitido a la doctrina italiana identificar la autonomía del *danno a la salute*; por cuanto así lo permite la lectura del artículo 2043 del Código Civil (Italia, 1942) en clave constitucional.

La categoría de *danno biologico* se refiere a la vulneración de la integridad física y psíquica de la persona con un carácter patológico; pero, a su vez, adquiere autonomía respecto del daño moral puro al que se refiere el artículo 2059 y consiste en la vulneración de la esfera subjetiva no patológica de la persona, lo cual genera, de este modo, una tercera categoría de gran controversia en la doctrina italiana, el *danno esistenziale*. El respaldo a la consideración del daño a la autonomía del paciente como figura propia, derivada del incumplimiento del deber de información del tratante, se ratifica en el fallo de la Corte Suprema de Casación italiana n.º 5444 de 14 de marzo de 2006, en el que se enfatiza que la indemnización por esta causa es independiente de la realización apegada o no de la intervención a otros aspectos de *lex artis*^{xvii}. El daño a la autonomía como lesión a la dignidad es desarrollado también en el fallo de la Corte Suprema de Casación italiana de 2013, n.º 2253, provocado por el incumplimiento del deber de información del tratante, ya que aborda la vulneración de un derecho fundamental^{xviii}.

Si en Italia las particularidades del tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual han derivado en la atomización del daño extrapatrimonial en diferentes partidas identificadas, con peligro de superponerse entre sí; en España, en una situación parecida a la de Chile, se conserva la multiplicidad de afectaciones extrapatrimoniales en la esfera del daño moral.

Aunque no ha sido la línea jurisprudencial principal en la materia, también ha aparecido la tendencia a reconocer un daño a la autonomía como entidad independiente en España. Se ha establecido por la doctrina que

la mera omisión de información no genera responsabilidad si no se materializa el riesgo del que no se ha informado, sin que quepa reconocer la existencia de un daño moral autónomo derivado de la mera lesión del derecho de autodeterminación del paciente cuando no se ha producido daño físico alguno (Santos Morón, 2018, p. 29).

Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo.

A pesar de lo mencionado, el Tribunal Supremo español ha reconocido el daño a la autonomía de manera independiente y ligado a un derecho fundamental según la autonomía y la libertad, en los fallos STS de 12 de enero de 2001 y 11 de mayo de 2001, reforzado en el fallo del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo de 2011 que lo vincula al derecho del paciente a su integridad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha afirmado reiterativamente que el consentimiento forma parte y presupuesto de la *lex artis*^{xix}, exigencia ética y legalmente exigible al facultativo. Otro conjunto de jurisprudencia se ha referido a que la actitud del médico, sin obtener el consentimiento informado, provoca la asunción de los riesgos no informados por éste al cercenar el derecho del paciente en decidir o no sobre someterse a la intervención^{xx}.

Resulta relevante revisar el fallo de la Tercera Sala del Tribunal Supremo español, de 4 de abril de 2000, en el que se materializa un riesgo inherente de paraplejía derivado de una cirugía de coartación ahórtica congénita, sin que el mismo haya sido informado al paciente menor de edad, ni a su padre; tampoco se solicitó autorización verbal o escrita para la intervención, daño que es considerado como resarcible de manera autónoma, a pesar de que la cirugía fue llevada a cabo en cumplimiento de la *lex artis*. El Tribunal señala que la situación de inconsciencia provocada supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. Para la valoración se recurre al baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de vehículos de motor, de manera orientativa.

Otro fallo del Tribunal Supremo que sigue esta misma línea es el STS de 13 de mayo de 2011, que versa respecto del consentimiento informado del paciente para la intervención exploratoria de un menisco dañado mediante artroscopia; en el quirófano, el tratante decide que la cirugía programada es innecesaria y genera un cambio de intervención sin consentimiento del paciente, consistente en la extracción de la plica medial. Se define en el fallo indicado que la información previa y la obtención misma del consentimiento constituyen elementos esenciales de la *lex artis*, por cuanto debe dedicarse a esta labor tiempo y esfuerzo para lograr que el paciente pueda valorar y decidir adecuadamente respecto de hacerse cargo de las consecuencias de la intervención.

La intervención realizada, sin consentimiento del paciente, no produce un daño corporal; sin embargo, se valora según daño a la privación del paciente de conocer los riesgos y beneficios de la intervención, que se configura como lesión del derecho a la autonomía del paciente (Macía Morillo, 2020).

En un trabajo de análisis jurisprudencial (Macía Morillo, 2020) se han encontrado, al menos, cuatro partidas indemnizatorias (daño corporal, daño moral, daño a la autodeterminación del paciente y la pérdida de la oportunidad). Con relación al daño a la autodeterminación del paciente, según sea autónomo y distinto, se lo menciona ante la falta de información o información incompleta por la naturaleza de la intervención en la que, además, se faltaría de manera grave a los deberes humanistas del profesional de salud, ante un desprecio de la dignidad del paciente. En segundo lugar,

se ha señalado que habría daño a la autodeterminación del paciente y colocación de este en una situación de falta de preparación para el riesgo ante la ausencia de información o información incompleta sobre las consecuencias de la intervención o riesgos graves, o inherentes materializados, el daño corporal provocado por este hecho es independiente.

En consecuencia, el recorrido que se ha realizado al Derecho extranjero permite reunir argumentos en defensa de la hipótesis de que el incumplimiento del deber de información lesiona la autodeterminación o autonomía decisoria del paciente, daño que puede ser identificado de manera independiente a los corporales, o la pérdida de oportunidad de curación o sobrevida; inclusive, cuando el cumplimiento de la *lex artis* referente de la ejecución del tratamiento es cumplida en todos los aspectos diferentes al deber de información.

Un acercamiento a la hipótesis propuesta en el presente trabajo contiene el desarrollo dogmático de *injury to autonomy* (Pursehouse, 2017) en la jurisprudencia inglesa. Se ha defendido la tendencia de este ordenamiento jurídico al reconocimiento del daño a la autonomía, al menos en dos casos que nos interesan: incumplimiento del deber de información en el contexto sanitario, e intervención respecto de la autonomía reproductiva. Se distinguen tres vertientes de daño a la autonomía. La primera está relacionada con la privación al sujeto de poder consentir la modificación de una situación a otra. La segunda se refiere a la modificación de su situación a una relativamente inferior, sin el respeto de su consentimiento. Y, la tercera, la pérdida de autonomía como consecuencia de la vulneración de un interés previamente protegido (Keren-Paz, 2018). Son necesarias las dos primeras vertientes en el presente trabajo.

Para explicar el primer supuesto, se cita un caso emblemático de la jurisprudencia inglesa, *Chester vs. Afshar*, de 14 de octubre de 2004, icónico en materia de causalidad y resuelto por la *House of Lords*. En este caso, una paciente, por consejo de su médico, se somete a una operación de columna, sin que este tratante le manifieste un riesgo poco probable, 1% o 2%, pero grave e inherente a la intervención, denominado síndrome de *cauda equina*. En este caso, el análisis se centra en la relación causal porque se consideró que, si la paciente hubiera recibido la información adecuada, no se hubiera sometido a la intervención; o, al menos, lo hubiera buscado una segunda opinión y aplazando su decisión. Se cumple entonces el primer presupuesto, se privó a la paciente de consentir la modificación de su situación; que en este caso significó una parálisis permanente de sus miembros inferiores.

Los jueces reconocen que el resultado no habría sido diferente de producirse la entrega de información, puesto que las posibilidades de sufrir el síndrome se mantenían; por este motivo, no había certeza causal de que ante la recepción adecuada de la información, la paciente hubiese desistido de la operación; aun cuando se valora la privación de ese derecho a tomar la decisión sobre su integridad. De otra parte, el cumplimiento de la *lex artis*, con referencia al tratamiento, no se reprocha, ubicándose el centro de la discusión en la falta de información de un riesgo que se materializa.

En el caso aludido, el daño identificado se refiere a la privación que se hace a la paciente de poder decidir autónomamente de qué manera abordar el tratamiento, y conocer la integridad de los riesgos asociados. Por tanto, hubo un momento en el que le correspondía a la paciente tomar un papel protagónico en la relación clínica y decidir; todo ello le fue arrebatado al no comunicarse el riesgo inherente y grave que fue materializado. Estas argumentaciones son el soporte para que el autor concluya que la única manera de configurar el daño no es otra, sino la afectación a la autonomía decisoria del paciente (Keren-Paz, 2018)^{xxi}. Sobre estos casos en que el daño a la autonomía decisoria emerge claramente, puede consultarse Pursehouse (2017); English y Hafeez-Baig (2018) y Raposo (2020) respecto de la recepción de este tipo

de daño en la jurisprudencia estadounidense, y Rui Hsien (2019) y Geitsfeld (2024), quien identifica el daño con la vulneración de deber de cuidado de médico al paciente.

Siguiendo con el análisis de los supuestos que proporciona el autor, el segundo escenario, la modificación de la situación actual de la persona a una inferior sin el respeto de su consentimiento, se aprecia en el caso resuelto por la Corte Suprema del Reino Unido *Montgomery vs. Lanarkshire Health Board*, que ya se ha tratado previamente, e introduce el estándar del paciente razonable en el ordenamiento jurídico inglés. La paciente, enfermera de profesión, consciente de las complicaciones que pueden traer en el parto su condición de obesidad y padecimiento de diabetes consulta reiteradamente la posibilidad de tener un parto por cesárea; pero el tratante continúa con el proceso de parto natural, el hijo se ve afectado de distocia de hombro y adquiere discapacidad severa, riesgo inherente y grave.

El estándar del paciente razonable se desarrolla en el caso a partir de los conocimientos particulares de la paciente por su profesión y requería el respeto de su historia de valores y preferencias. Se configura, entonces, la segunda forma de vulneración de la autonomía propuesta, la modificación de una situación a otra inferior, en este caso la discapacidad del menor, sin que se respete la voluntad u obviándose el consentimiento.

La misma categoría, anteriormente señalada, puede verificarse en el caso *Rees vs. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*^{xxii}, en el que una persona se somete a una esterilización, tras la decisión de no tener hijos, la cual se hace negligentemente, ya que sin que se tenga conocimiento de su fracaso culmina en la concepción. El daño se construye a partir del detrimento físico producido por la maternidad involuntaria; sin embargo, se otorga una compensación por pérdida de la autonomía reproductiva, pues la decisión de la paciente fue no ser madre, distinta e independiente del daño corporal que pudo haberse provocado.

A pesar de que la jurisprudencia en Chile no ha profundizado en las especificidades que sí han aparecido en el Derecho Comparado, la consideración consensuada sobre la noción de daño extrapatrimonial y aquel que se produce por vulneración a los derechos de la personalidad, en concordancia con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos (Prado López, 2021; Domínguez Hidalgo, 2019), pueden servir como fundamento para avanzar en esa dirección.

En un trabajo reciente Cárdenas (2023) ha llevado a cabo una taxonomía de los distintos casos que han aparecido en la jurisprudencia chilena de los últimos quince años sobre incumplimiento de deber de informar del médico. En primer lugar, se distinguen los casos en que el incumplimiento del deber de información coexiste con otro tipo de negligencia técnica en la ejecución del tratamiento; el segundo criterio de clasificación se refiere a si se produce o no un daño corporal, conjuntamente con el daño incorporal y extrapatrimonial a la autonomía decisoria de paciente. Un primer grupo de casos se refiere a la materialización del riesgo en un daño corporal que debe conectarse causalmente con la falta de información, para lo cual se recurre a la configuración de consentimiento informado hipotético en su versión positiva o negativa, recomendándose la segunda por el autor, en la medida en que corresponde al facultativo probar que la entrega de información no hubiera modificado la decisión de someterse al tratamiento. Por otro lado, el autor distingue que la jurisprudencia ha considerado, en algunos casos, que el daño producido es la pérdida de la oportunidad de decidir como sucede en el fallo Rol 29.094-2019 de 01 de junio de 2020; en otros, se identifica el daño a la autonomía decisoria como integrada a la indemnización por daño moral, aunque sin una clara distinción de la misma, como en el fallo de Corte Suprema de Rol 5849-2009 de 28 de enero de 2011.

En dos fallos recientes la Corte Suprema acude al consentimiento informado hipotético en su versión negativa para conectar causalmente el daño con la omisión de información

y se señala que la prueba de que la entrega de información no hubiese modificado la decisión de paciente corresponde al tratante. Por otro lado, respecto al daño, se indemniza los daños extrapatrimoniales de manera amplia, sin diferenciar el daño a la autonomía decisoria de paciente como independiente (Calahorrano Latorre, 2023). El primer caso, contenido en fallo de Corte Suprema Rol 161.606-2023 de 16 de mayo de 2024, se refiere a la materialización de riesgo de infarto medular en una operación de columna, riesgo que no fue informado de manera específica por el tratante y provocó que la paciente adquiriera una discapacidad severa. En el caso reseñado se conectan los daños corporales y extrapatrimoniales con la omisión de información de riesgo de infarto medular, finalmente materializado.

El segundo caso corresponde a una cirugía bariátrica que concluye en un cercenamiento de colon que requirió varias cirugías posteriores para su reconstrucción, lo que requirió del paciente varios meses de licencia y una merma importante en su calidad de vida. En este caso se imputa al médico demandado no haber cumplido con lo previsto en la *lex artis* respecto de deber de cuidado de paciente y haber informado adecuadamente sobre los riesgos materiales derivados de la condición específica del paciente. Al respecto, se señala en el fallo de la Corte Suprema:

En cuanto al deber de información, lo cierto es que bien razona la Corte al establecer que el actor recibió y firmó un consentimiento informado respecto de un bypass gástrico estandarizado, que alude a información general referente a la cirugía a la que se sometería el señor Copa, pero no se refería a las eventuales complicaciones específicas que el Señor Copa pudiera presentar de acuerdo a su estado de salud y características personales. Asimismo, el deber de información también fue infringido una vez realizada la lesión ya que no consta que se haya informado ese mismo día como afirma el demandado respecto de su ocurrencia, implicancias y pasos a seguir. No puede entenderse, en consecuencia, que con el estándar de nivel de información requerido por el a quo se esté vulnerando el artículo 14 de la Ley n.º 20.584, pues es esta misma norma la que indica que debe dejarse “registro en la ficha clínica de los resguardos adoptados para asegurar el derecho de información de la persona”, por lo que de haber informado al actor de manera óptima y oportuna aquello se hubiera visto reflejado en el instrumento indicado, lo que en la especie no ocurrió, siendo carga del demandado probar que cumplió con dicho deber, en conformidad al artículo 1547 del Código Civil, normativa que, por cierto, tampoco ha sido vulnerada por los sentenciadores^{xxiii}.

La Corte acude en este fallo a la figura de consentimiento informado hipotético, al señalar que se puede configurar el vínculo causal, por cuanto el ilícito cometido por el médico es no haber dado al paciente la oportunidad de rechazar el riesgo, por lo que no existió la genuina voluntad del paciente respecto de acto médico.

Conclusiones

La doctrina y la jurisprudencia en Chile han coincidido en identificar el daño producido por el incumplimiento del deber de informar del médico en la pérdida de la oportunidad de tomar una decisión distinta a someterse al tratamiento. La pérdida de la oportunidad nace como una solución a la incerteza causal ante un estándar de prueba elevado que requiere acreditar la integridad del nexo causal entre la conducta culpable y el daño; por lo tanto, se indemniza la oportunidad perdida que tenía una importante probabilidad de llegar a cumplirse.

A pesar de que esta noción se consolidó en la jurisprudencia francesa de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, los fallos de los últimos doce años han retornado a

la identificación del daño, en estos casos, como la afectación a la autonomía del paciente y la falta de preparación para el riesgo. En las jurisprudencias inglesa y estadounidense también se han identificado la *loss of a chance*, en primer lugar, como daño; y, en segundo, como solución ante el problema de incerteza causal. Entendida como daño, se configura como afectación a la autonomía decisoria del paciente, como resultado de quebrantamiento de deber de cuidado reforzado que tiene el médico en la relación clínica, respecto de su paciente.

A partir de un análisis de doctrina y jurisprudencia comparada, se ha verificado que la pérdida de la oportunidad puede estar presente en casos de error de diagnóstico o retraso en su comunicación; sin embargo, respecto el incumplimiento del deber de informar, no existe impedimento para verificar la configuración de un daño extrapatrimonial a la autonomía decisiva del paciente, que, según alguna doctrina chilena y extranjera, es autónomo y distinto al que se produce sobre la integridad física de la persona como consecuencia de la materialización del riesgo y puede ser asumido por la categoría de daño moral, desde una perspectiva amplia o, simplemente, daño extrapatrimonial. Inclusive se lo distingue de la pérdida de la oportunidad que corresponde a una partida indemnizatoria distinta, con la precaución de que no se sobre indemnice a la víctima al coincidir esta con la reparación por el quebrantamiento de deber de cuidado.

Comprender que el daño producido por el incumplimiento del deber de informar del profesional de salud es una afectación extrapatrimonial a la autonomía decisoria del paciente permite clarificar el nexo causal con la omisión culpable, sin tener que recurrir a la necesidad de aplicar la pérdida de la oportunidad como daño, de manera exclusiva.

Referencias

- AGÓN, Jorge. *Consentimiento Informado y responsabilidad médica*. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, 2017.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1943.
- ASÚA, Clara. La responsabilidad civil médica. Pérdida de la Oportunidad y daño desproporcionado. in: HERRADO, Mariano; REGLERO, Luis (coord.). *Sobre la responsabilidad civil y su prueba: ponencias VII Congreso Nacional*. Madrid: Asociación Española de Abogados en Responsabilidad Civil y Seguros, 2007.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris, Santiago de Chile, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 35, n. 1, p. 85-106, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>.
- BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Tomo I y II. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020.
- BLÜMEL, Florencia. *La pérdida de la chance en la responsabilidad médica*. Santiago: Rubicón, 2022.
- BOULANGER, Augustin, *La souffrance et le droit*. 2020. Tesis (Doctorado en Sciences juridiques et politiques) – Université Aix Marseille, Marseille, 2020. Disponible en: <http://www.theses.fr/2020AIXM0348>. Accedido en: 20 dic. 2022.
- BRAZIER, Margareth; CAVE, Emma. *Medicine, Patients and the Law*. 6. ed. Manchester: Manchester University Press, 2016.
- BRUNET, Nicolás, Défaut d'information préalable: présomption de la souffrance morale et préjudice d'impréparation. *Médecine et Droit*, Amsterdam, v. 2017, n. 142, p. 11-14, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.meddro.2016.11.003>.
- CADENAS OSUNA, Davinia. El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o el tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado en el Common Law. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, n. 71, p. 789-853, 2018.
- CALAHORRANO LATORRE, Edison Ramiro. *El deber de informar de médico en la relación clínica y la responsabilidad por su incumplimiento*. 2022. Tese (Doctorado) – Universidad de Talca, Talca, 2022.

- CALAHORRANO LATORRE, Edison Ramiro. El derecho al consentimiento informado de las personas mayores en el ámbito de salud. En: Estándares desde el derecho internacional de los derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 19, n. 1, p. 4-33, 2021. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000100004>.
- CALAHORRANO LATORRE, Edison Ramiro. La culpa como presunción de causalidad en la responsabilidad del médico por incumplimiento de su deber de información al paciente. *Via Inveniendi et Ludicandi*, Bogotá, v. 18, n. 2, p. 55-57, 2023. DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528.9730>.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo. La responsabilidad civil en la era del consentimiento informado: riesgos no informados, resecciones no consentidas, y otras hipótesis en ascenso. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 36, n. 1, p. 69-90, 2023. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502023000100069>.
- CHAN KOK, Gary. *Health Law and Medical Ethics in Singapore*. Nueva York, Routledge, 2021.
- CHILE. Ministerio de Justicia. *Código Civil del Chile*. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley nº4.808, sobre registro civil, de la Ley nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley nº 16.618, Ley de Menores, de la Ley nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley nº16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Santiago: Ministerio de Justicia, 2000.
- CHILE. Ministerio de Justicia. *Decreto con Fuerza de Ley 1; 16 de mayo de 2000*. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley nº4.808, sobre registro civil, de la Ley nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley nº 16.618, ley de menores, de la Ley nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley nº16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Santiago: Ministerio de Justicia, 2000. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. Accedido en: 4 jul. 2023.
- CHILE. Ministerio de Salud. *Ley 19.966 de 25 de agosto de 2004*. Establece un régimen de garantías en salud. Santiago: Ministerio de Salud, 2004. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229834>. Accedido en: 20 mar. 2023.
- CHILE. Ministerio de Salud. Secretaría de Salud Pública. *Ley 20.584 de 13 de abril de 2012*. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Santiago: Ministerio de Salud, 2012. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>. Accedido en: 15 mayo 2023.
- CONTITUZIONE ITALIANA. *Governo Italiano*, Roma, 27 dic. 1947. Disponible en: <https://www.governo.it/it/costituzione-italiana/2836>. Accedido en: 10 jul. 2023.
- CORRAL, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2. ed. Santiago: Legal Publishing, 2013.
- DE LA MAZA, Iñigo. Consentimiento informado y relación de causalidad. In: DE LA MAZA, Iñigo. (coord.). *Responsabilidad médica*. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado VI. Santiago: U. Diego Portales, 2010. p. 127-144.
- DE LA MAZA, Iñigo. Consentimiento informado, un poco de realismo. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 30, n. 2, p. 111-131, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200005>, 2017.
- DIEZ, José Luis. *El daño extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Concepción n. 188, año LVIII, p. 125-168, 1990.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La exigencia de consentimiento informado como hipótesis de responsabilidad civil: su regulación en Chile. In: LEPIN, Cristián; STITCHKIN, Nicolás (dir.). *Estatutos especiales de responsabilidad civil*. Santiago: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 649-673.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 25, n. 1, p. 27-55, 1998. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14701> y <https://ssrn.com/abstract=2642022>. Accedido en: 12 ene. 2023.
- DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño. In: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. (ed.). *El principio de Reparación Integral en sus contornos actuales*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.
- ENGLISH, Jordan; HAFEEZ-BAIG, Mohammud Jaamae. *ACB v Thomson Medical Pte Ltd: recovery of upkeep costs, claims for loss of autonomy and loss of genetic affinity: fertile ground for development?*. *Melbourne University Law Review*, Melbourne, v. 41, n. 3, p. 1360-1382, 2018. Disponible en: <https://law.unimelb.edu.au/mulr/issues/previous-issues/201718-volume-41>. Accedido en: 19 abr. 2023.
- FRANZONI, Massimo. *L'Illecito*. Roma: Giuffrè, 2004.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina; MEDINA ALCOZ, Luis. ¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de la oportunidad. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Valencia, n. 6, p. 190-226, 2009.
- GEISTFELD, Marc. Duty-Preserving Tort Rules as an “Old Category” for Justifying the Loss-of-Chance Doctrine in Medical Malpractice Cases. *DePaul Law Review*, Chicago, v. 73, n. 2, p. 427-460, 2024. Disponible en: <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol73/iss2/11>. Accedido en: 19 abr. 2023.
- GOLDBERG, John; ZIPURSKY, Benjamin. *Torts*. New York: Oxford University Press, 2010.
- GUERINONI, Ezio. *Il Nuovo Danno non Patrimoniale*. Torino: Giappichelli Editore, 2009.
- HÄSER, Isabel. Vermutung auf Behandlungs- oder Aufklärungsfehler. *Der Klinikarzt*, v. 47, n. 4, p. 119-120, 2018. Disponible en: DOI: 10.1055/a-0598-4030. Accedido en: 20 ene. 2023.
- HOPPE, Nils; MIOLA, José. *Medical Law and Medical Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- ITALIA. Codice Civile. *Regio Decreto 262 de 16 de marzo de 1942*. Roma: Codice Civile, 1942. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>. Accedido en: 15 jun. 2023.
- JANDA, Constanze. Der ärztliche Aufklärungsfehler als haftungsrechtliches Problem: Überlegungen zu Schutzgut und Schutzzweck der Einwilligung und den Rechtsfolgen von Aufklärungsmängeln. *JuristenZeitung*, Tübingen, n. 19, p. 932-941, 2012.
- JOURDAIN, Patrice. Préjudice réparable en cas de défaut d’information médicale: la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence. *RTDCiv*, [s. l.], v. 2, p. 379-381, 2014.
- JOUSSET, Nathalie, ROUGE-MAILLART, Clotilde; PENNEAU, Jean. Le préjudice moral né du défaut d’information du patient. *Médecine & Droit*, Amsterdam, n. 97, p. 111-114, 2009.
- KEREN-PAZ, Tsachi. Compensating injury to autonomy in English negligence law: inconsistent recognition. *Medical Law Review*, Oxford, v. 26, n. 4, p. 585-609, 2018.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel. Systèmes d’indemnisation*. 8. ed. Lyon: Dalloz, 2015.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- MACÍA MORILLO, Andrea. Daño derivado de la falta de información médica. In: HERRADOR, Mariano. (dir.). *Derecho de Daños* (cuestiones actuales). Madrid: Francis Lafebvre, 2020.
- MARTÍNEZ DOALLO, Noelia. *El derecho al consentimiento informado del paciente. Una perspectiva iusfundamental*. Granada: Comares, 2021.
- MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- NGUYEN, Tan Dat. Concept de perte de chance: une évolution majeure dans la définition du préjudice, ou comment éviter le litige pour perte de chance? *Cancer/ Radiothérapie*, Amsterdam, v. 20, n. 5, p. 411-415, 2016. Disponible en: doi:10.1016/j.canrad.2016.03.0. Accedido en: 24 abr. 2023.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*. Madrid: Dykinson, 2021.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica. Notas desde el ordenamiento chileno. In: SANTOS, María José; OLMO, Pedro de. *Nuevos Retos de Derecho de Daños en Iberoamérica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020b. pos. 16256-19929. E-book.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío. *La responsabilidad civil del médico en la Medicina Curativa*. 2014. Tesis (Doctorado) – Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2014.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío. Los deberes de información en el ámbito médico. Configuración, contenido y autodeterminación del paciente. In: PIANOVSKY, Carlos; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil*. Cotia: Editorial Foco, 2020. p. 183-202. E-book.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío; MENDOZA, Pamela; CONCHA, Ricardo. Responsabilidad civil de los profesionales de la salud por lesión a la autodeterminación del paciente. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, v. 15, n. 1, 2024. DOI: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art361>.
- PIERRE, Philippe. La réparation du manquement à l’information médicale : d’une indemnisation corporalisée à la mise en œuvre d’un droit créanse. *Médecine & Droit*, Amsterdam, v. 2011, n. 107, p. 107-113, 2010. DOI: doi:10.1016/j.meddro.2011.01.001.
- PIZARRO WILSON, Carlos. *La responsabilidad civil médica*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
- PRADO LÓPEZ, Pamela. La reparación por violaciones a derechos fundamentales: es necesario un reconocimiento constitucional expreso? Una mirada desde la reparación de daño en la responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, p. 59-100, oct. 2021. Número Temático. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722021000300059>.

- PURSEHOUSE, Craig. Autonomy, Affinity, and the Assessment of Damages: *ACB v Thomson Medical Pte Ltd* [2017] SGCA 20 and *Shaw v Kovak* [2017] EWCA Civ 1028. *Medical Law Review*, Oxford, v. 26, n. 4, p. 675-692, 17 Nov. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwx056>.
- RAPOSO, Vera. Wrongful genetic connection: neither blood of my blood, nor flesh of my flesh. *Medicine, Health Care and Philosophy*, Berlin, v. 23, p. 309-319, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11019-019-09927-1>.
- RÍOS, Ignacio; SILVA, Rodrigo. *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
- RUI HSIEN, Esther. Does the Claim for Loss of Genetic Affinity Have Any Place in United States Jurisprudence. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 67, n. 1, p. 59-88, 2019. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/drklr67&i=69>. Accedido en: 21 mayo 2023.
- SANTOS MORÓN, María José. La responsabilidad médica (en particular en la medicina voluntaria): una relectura desde el punto de vista contractual. *InDret*, Barcelona, n. 1, p. 1-57, 2018.
- SHAW, Josephine. Informed Consent: a german lesson. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 3, p. 864-890, oct. 1986.
- SHELEY, Erin. Rethinking Injury: The Case of Informed Consent. *BYU Law Review*, [s. l.], v. 63, p. 63-120, 2015.
- SIMONS, Kenneth. Lost Chance of a Better Medical Outcome: New Tort, New Type of Compensable Injury, or New Causation Rule? *DePaul Law Review*, Chicago, v. 547, n. 2, p. 547-616, 2024. Disponible en: <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol73/iss2/15>. Accedido en: 5 nov. 2025
- SOLÉ, Josep. Mecanismos de Flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico sanitaria. *Revista de Derecho Civil*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 55-97, 2018. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Accedido en: 20 mayo 2023.
- STAPLETON, Jane. Scientific and Legal Approaches to Causation. In: FLACKELTON, Ian; MENDELSON, Danuta. (ed.). *Causation in Law and Medicine*. London: Routledge, 2016. p. 14-37.
- STAUCH, Marc. Causation, risk, and loss of chance in medical negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 17, n. 2, p. 205-226, 1997. DOI: [doi:10.1093/ojls/17.2.205](https://doi.org/10.1093/ojls/17.2.205).
- STAUCH, Marc. *The Law of Medical Negligence in England and Germany: a comparative analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- TAMPIERI, Maura. *Il danno non Patrimoniale*. La lesioni di valori costituzionalmente tutelati. Torino: Wolters Kluwer, 2015.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Pérdida de una oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile? In: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. (coord.). *Estudios de Derecho Civil VII*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Viña del Mar. Santiago: Legal Publishing Chile, 2012.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho*, Vaidivia, v. 15, n. 2, p. 75-11, 2003.
- TURTON, Gemma. *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*. Hart Studies in Private Law. London: Bloomsbury, 2016.
- VIALLÁ, François. Évolutions récentes de la responsabilité pour défaut d'information. *Médecine et Droit*, Amsterdam, v. 2017, n. 105, p. 161-170, 2010.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Responsabilidad por negligencia médica*. Santiago: Materiales Docentes Academia Judicial, 2020. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/09/03_Responsabilidad20civil20medica_Pub5201.pdf. Accedido en: 2 mar. 2023.
- WIENKE, Albrecht. Operation, Strahlentherapie oder Abwarten? Zur Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen. *Geburtshilfe Frauenheilkd*, [s. l.], v. 81, n. 12, p. 1282-1283, 2021. DOI: [10.1055/a-1688-0893](https://doi.org/10.1055/a-1688-0893).

Notas

- i Corte Suprema de Chile, Rol 29094-2019 de 1 de junio de 2020; Rol 5849-2009 de 28 de enero de 2011; Rol 5396-2014 de 18 de junio de 2015.
- ii Corte de Casación francesa, 1.º Civil de 7 de febrero de 1990, n.º 88-14797, Bull. 1990, I, n.º 39.
- iii Algunos fallos que reiteraron el criterio de pérdida de la oportunidad para la indemnización por incumplimiento del deber de informar fueron la Corte de Casación francesa. 1.º Civil de 29 de junio de 1999, no. 97-14254, Bull. civ. I, n.º 220; Corte de Casación francesa. 1.º Civil de 7 de diciembre de 2004 de No. 02-10957, Bull. civ. I, n.º 302; Corte de Casación francesa. 1.º Civil de 14 de junio de 2005, no. 04-10909; Corte de Casación francesa. 1.º Civil de 27 de junio de 2006, no. 05-13753 y Corte de Casación francesa. 1.º Civil de 28 de junio de 2007, no. 06-13859.

- iv Algunos de estos fallos son Corte de Casación francesa, 1.º Civil, 28 de enero de 2010, n.º 09-10992; Corte de Casación francesa, 1.º Civil, 11 de marzo de 2010, n.º 09-11270; Corte de Casación francesa, 1.º Civil, 08 de abril de 2010, n.º 09-21058; y Corte de Casación francesa, 1.º Civil, 03 de junio de 2010, n.º 09-13591.
- v Corte de Casación francesa, 1.º Civil, 06 de diciembre de 2007, n.º 06-19301.
- vi Resalta la propuesta de Sheley (2015) de crear un nuevo tipo de *tort* centrado en la protección de la autonomía, aunque concluye que la conservación de la indemnización por incumplimiento del deber de informar bajo el esquema de *tort of negligence* debe conservarse por motivo de prevención y garantizar indemnidad al paciente.
- vii [1987] 2 All ER 909, HL.
- viii *House of Lords*, [2005] UKHL 2, 27 de enero de 2005.
- ix Corte Suprema, Rol 29365-2014, 3 de diciembre de 2015, c. 7.
- x Corte Suprema, Rol 29365-2014, 3 de diciembre de 2015, c. 13 y 14. Resulta relevante verificar el razonamiento de la Corte, en la medida en que se inaugura una vertiente jurisprudencial importante relacionada con la recurrencia de la pérdida de la oportunidad para reparar en casos de incertidumbre causal.
- xi Corte Suprema, Rol 22.751-2015, de 25 de octubre de 2016, c. 9.
- xii Algunos de estos fallos son Corte Suprema, Rol 168-2019 de 09 de abril de 2020; Rol 1745-2017 de 9 de noviembre de 2017; Rol 16332-2019 de 7 de octubre de 2019; Rol 11761-2017 de 12 de julio de 2018, c. 20.
- xiii En el fallo se señala la necesidad de superación de concebir el daño moral como *pretium doloris* y asumir el contenido más amplio posible de daño. Esta misma fórmula se ha repetido en los siguientes fallos de Corte Suprema Rol 36.875-2021 de 03 de febrero de 2022; Rol 34.816-2016 de 24 de abril de 2017; Rol 16.971-2018 de 13 de agosto de 2019; Rol 43.707-2017 de 21 de agosto de 2018. En un ámbito distinto al de responsabilidad médica que indaga respecto de la profundidad y variedad que puede adquirir la noción de daño extrapatrimonial se observa la Corte Suprema Rol 61.001-2021 de 18 de enero de 2022, Rol 21.404-2019 de 30 de diciembre de 2021. Sobre la vinculación del daño extrapatrimonial y la vulneración a la dignidad y su protección constitucional, razonamiento aplicable al objeto de estudio del presente trabajo y que, como se ha señalado antes, fundamenta el consentimiento informado y la obligación de informar del tratante, se puede traer a colación el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 573-2020 de 24 de noviembre de 2021 c. 23.
- xiv Esta categoría aparece en el derecho italiano, a partir de las limitaciones del artículo 2059 del Código Civil, que restringe el alcance resarcible del daño moral al origen en un delito penal. El *danno esistenziale* acuñado por primera vez por el Tribunal de Turín en un fallo de 1995 en el que se señala como indemnizable la perturbación a la vida familiar y la relación afectiva; esta categoría sería respaldada por el fallo 7713/00 de la Corte Suprema de Casación de 07 de junio de 2000, señalándose que el interés jurídicamente protegido que se vulnera es la vida de relación, por lo que se estaría protegiendo respecto del daño a la persona que no encaja ni en la categoría de biológico ni tiene consecuencias puramente patrimoniales como el daño moral subjetivo.
- xv Corte de Casación francesa. 1.º Civil, de 12 de julio de 2012, n.º 11-17510.
- xvi Corte de Casación francesa. 1.º Civil, de 23 de enero de 2014, n.º 12-22.123.
- xvii Corte Suprema de Casación italiana, 14 de marzo de 2006, n.º 5444.
- xviii Corte Suprema de Casación italiana de 31 de enero de 2013, n.º 2253.
- xix Tribunal Supremo español, STS 29 de mayo de 2003, 23 de julio de 2003, 21 de diciembre de 2005.
- xx Tribunal Supremo español, STS 25 de octubre de 2005.
- xxi El autor, a partir del esquema de tres manifestaciones del daño a la autonomía (*injury to autonomy*), identifica la extensión de éste a lo que se ha configurado como “*wrongful genetic connections o loss of genetic affinity*”, a partir del caso *ACB v. Thomson Medical Pte. Ltd.* sobre los efectos de no informar una condición genética adversa de un paciente a los familiares, por previa decisión de confidencialidad de éste; así como la divulgación de información adversa en el contexto de fertilidad y autonomía reproductiva.
- xxii *House of Lords*, Rees (Respondent) vs. Darlington Memorial Hospital NHS Trust (Appellants), 16 de octubre de 2003, [2003] UKHL 52.
- xxiii Corte Suprema, Rol n.º 242.788-2023 de 21 de junio de 2024, c. 7