

# EDUCACIÓN SOBRE EL RIESGO MÉDICO: PROPÓSITO, CONTENIDO, FORMA Y TIEMPO

---

## MEDICAL INFORMATION ON RISKS – FUNCTION, CONTENT, FORM AND TIMING

---

PROF. DR. IUR. MARKUS FINN<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/10/2017*

*Fecha de aceptación: 12/11/2017*

### RESUMEN

Los pacientes deben estar debidamente informados de los riesgos de una intervención médica antes de realizarla para poder tomar una decisión autodeterminada. Solo el consentimiento de un paciente informado es válido (informed consent) y solo tal consentimiento puede justificar la intervención médica. En consecuencia, cuando la información brindada es inadecuada o, incluso, se carece de ésta, el consentimiento dado es inválido y la lesión física resultante del tratamiento se comprueba antijurídica, dando lugar a la responsabilidad médica.

La jurisprudencia de los tribunales superiores en Alemania ha exigido siempre con respecto a la educación sobre el riesgo un diálogo personal y confidencial entre médico y paciente, lo que no puede ser suplido, por ejemplo, con la mera distribución de un folleto informativo. Desde el año 2013, el Código Civil alemán solicita explícitamente la existencia de una explicación oral. Sin perjuicio de ello, el razonamiento jurídico siguiendo una sentencia de la jurisprudencia considera en “casos simples” que sería posible solamente una explicación telefónica, si el paciente está de acuerdo. Con respecto al tiempo de la entrega de la información la ley establece que ésta debe ser „tan oportuna“ para que el paciente pueda considerarla cuidadosamente antes de tomar su decisión y prestar su consentimiento. Acerca del tiempo de la educación médica se puede recurrir a la jurisprudencia aplicable. El objeto de este trabajo es analizar la jurisprudencia existente a la luz de la legislación vigente, para tratar de dar respuesta desde la academia al problema que se presenta ante este tipo de situaciones.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, Profesor encargado de la Charité – Clínica Universitaria Berlín, Profesor encargado de la Universidad de Medicina de Brandeburgo Theodor Fontane, Alemania. Correo electrónico: markus.finn@hof-university.de.

## ABSTRACT

Patients must be properly informed about their risks before a medical intervention in order to make conscious decisions. Medical intervention can only be effective if due informed consent has been obtained. Even this, when the information provided is inadequate or even part of it is omitted, the given consent becomes ineffective and the physical injury resulting from the treatment is illegal, giving rise to medical liability.

In Germany, for example, numerous and important court rulings have been issued which have always required the development of a confidential and personal interview, in which the doctor and the patients are aware of the relevant risks arising from the intervention, which cannot be to be supplemented, for example, by the mere distribution of an informative brochure.

Since 2013, the German Civil Code explicitly requests the existence of an oral explanation. Even this, the legal reasoning derived from “simple cases”, considers that only a telephone explanation would be possible, if the patient agrees. To clarify, the law establishes that this must be “timely” so that the patient can make informed decisions when giving their consent.

The purpose of this paper is to analyze existing jurisprudence in light of current legislation, to try to respond from the academy to the problem that arises in this type of situation.

Palabras claves: Derecho de autodeterminación, diálogo entre médico y paciente, error de tratamiento, falta de información, información telefónica

Keywords: Right of self-determination, dialogue between doctor and patient, error of treatment, lack of information, telephone information

## I. Introducción

En relación a la responsabilidad médica, el derecho alemán posee un carácter especial, que podría ser identificado como de doble vía. Según muestra la experiencia, aparte de reprochar un error de tratamiento, en la mayoría de los juicios de responsabilidad médica se entabla también una reclamación por falta de información; es decir, se le reprocha al médico no solo no haber tratado de forma debida al paciente, sino que se le imputa, además, no haber informado debidamente al paciente<sup>2</sup>.

Aquel modo de proceder en el juicio civil, está relacionado con dificultades de la prueba: en principio, es el paciente a quien incumbe la carga probatoria del error de tratamiento, así como la causalidad del error por el daño reclamado<sup>3</sup>. Aún esto, en muchos casos, a los agraviados les es difícil probar especialmente la causalidad, ya que con frecuencia entran en consideración varias causas alternativas del daño, como pueden ser: la enfermedad tratada, otras enfermedades (en casos de pacientes multimórbidos), o un posible desarrollo fatal<sup>4</sup>. La ventaja de aquella segunda vía es que la carga de alegación y prueba de la información y del consentimiento incumbe al médico<sup>5</sup>. Además, es suficiente que el paciente pruebe la causalidad de la intervención médica por el daño reclamado, pero no la causalidad de un cierto error de tratamiento por el daño reclamado.

<sup>2</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): “Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética” en Revista Chilena de Derecho Privado N° 25, p. 60.

<sup>3</sup> Cfr. GEIß, Karlmann y GREINER, Hans-Peter (2014): *Arzthaftpflichtrecht*, München, Verlag C. H. Beck, capítulo B, cons. 200 y 216 y ss. con pruebas de la jurisprudencia.

<sup>4</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>5</sup> Cfr. FINN, Markus (2016): “Krankenhaustaftung” en SCHMOLA, Gerald y RAPP, Boris (ed.): *Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus*, Wiesbaden, Springer Gabler, p. 345.

Independientemente de si existe o no un error de tratamiento, los médicos pueden resultar responsables de daños y perjuicios hacia los pacientes por insuficiencia o falta de información a efectos de la autonomía del mismo<sup>6</sup>, si de ello deriva un cierto riesgo de la intervención<sup>7</sup>.

En caso de faltas de información, la responsabilidad (delictual) se basa en la lesión corporal que, según la jurisprudencia de los tribunales alemanes, es inherente a toda intervención médica en el estado corporal o de salud del paciente<sup>8</sup>. Sin embargo, no se estima antijurídica la lesión corporal cuando éste, después de haber sido debidamente informado, ha dado su consentimiento válido (informed consent). Aún lo expuesto<sup>9</sup>, en el juicio, el consentimiento válido debe ser probado por la parte tratante como hecho justificativo<sup>10</sup>. Si, por lo contrario, la información resulta ser insuficiente o no puede ser probada por el médico –por ejemplo, con documentos o, en su caso, testigos–, falta el consentimiento válido y la lesión corporal no es, de este modo, justificada<sup>11</sup>. Así, el médico puede resultar responsable de daños y perjuicios y, por ello, obligado a pagar la indemnización correspondiente por daños personales, derivados de la intervención médica.

Aquel tipo de responsabilidad por falta de información no depende de un error de tratamiento pero, según la jurisprudencia de la Sala en lo Civil VI del Bundesgerichtshof (BGH) –el Tribunal Federal Alemán en materia civil–, requiere la presencia de un daño corporal para que no pueda resultar la responsabilidad ilimitada de los médicos<sup>12</sup>. El motivo para exigir el daño en el paciente como requisito necesario, es que se pretende prevenir la posibilidad de que los pacientes puedan instrumentalizar el reproche de falta de información solo para reclamar indemnizaciones por daños personales sin ninguna conexión con un error en el tratamiento ni con un riesgo de la intervención. La responsabilidad de la parte tratante requiere, entonces, que se haya materializado un riesgo de la intervención en forma de un daño corporal<sup>13</sup>. Por ello, una vulneración del derecho personal por una intervención médica sin consentimiento como hecho justificativo no es suficiente para solicitar la indemnización<sup>14</sup>.

## II. La preservación de la autonomía del paciente como propósito de la educación sobre el riesgo

Para permitir a los pacientes tomar una decisión autodeterminada sobre una intervención médica, primero es necesario que este sea “educado” con respecto a su autodeterminación, esto es, que sea informado al respecto. Sólo un paciente informado puede ejercer su derecho de autodeterminación y dar su consentimiento válido (informed consent). La educación sobre los riesgos es identificada como parte de la llamada “*educación en la autodeterminación*”, e incluye todo lo referido a las circunstancias esenciales que

<sup>6</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): Op. Cit., p. 60.

<sup>7</sup> Acerca de las cuestiones de causalidad, así como a la relación de atribución entre el daño físico o a la salud del paciente y la falta de educación con una consideración evaluativa de las circunstancias del caso individual, véase MARTIS, Rüdiger y WINKHART-MARTIS, Martina (2014): *Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, cons. A 2113 y ss. con pruebas de la jurisprudencia.

<sup>8</sup> En cuanto al Derecho Penal, ya el Tribunal Supremo del Reich (RG) en el año 1894 (RGSt. 25, pp. 375 y ss.) y al Derecho Civil en el año 1908 el RG (RGZ 68, pp. 431 y ss.) y luego el BGH 1958 (NJW 1959, pp. 807, 811).

<sup>9</sup> En cuanto a la responsabilidad contractual, véase también § 630h párrafo 2 frase 1 del BGB.

<sup>10</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): Op. Cit., p. 61.

<sup>11</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): Op. Cit., p. 61 y FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 345.

<sup>12</sup> Véase BGH, NJW 2008, pp. 2344, 2345.

<sup>13</sup> Cfr. FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 345.

<sup>14</sup> Así BGH, NJW 2008, pp. 2344, 2345.

circundan al consentimiento<sup>15</sup>, incluida la educación sobre el diagnóstico, el proceso terapéutico y las alternativas de tratamiento, entre otros. Sin embargo, en la práctica forense, la educación sobre el riesgo tiene un rol destacado.

En los procesos judiciales, la queja en relación a la educación médica implica que la información ha sido inadecuada, ya sea porque no se aclaró –en su momento–, uno de los riesgos, o se omitió por completo la educación referida a éste. Implícitamente, el argumento utilizado estima que el paciente no dio su consentimiento y que la intervención específica no se habría realizado si el médico le hubiera informado por adelantado de manera adecuada.

Sin embargo, desde otro punto de vista, se ha afirmado la existencia de un hipotético consentimiento<sup>16</sup>. Esta objeción al llamado comportamiento alternativo legítimo, se basa en la siguiente consideración: incluso si el paciente hubiera sido debidamente informado antes de la intervención médica, éste habría dado –hipotéticamente– su consentimiento. La carga de alegación del consentimiento hipotético incumbe a la parte tratante. Existe un problema al respecto, ya que, ante un posible conflicto en relación a la decisión del paciente, éste podría rebatir fácilmente la objeción realizada por el profesional de salud. Por ello, el médico debe probar que el paciente había dado –hipotéticamente– su consentimiento, cumpliendo con los requisitos estrictos de evidencia que la jurisprudencia ha exigido<sup>17</sup>.

La razón de la existencia de estos estrictos requisitos derivados de las sentencias, es que un manejo generoso de la objeción de consentimiento hipotético socavaría el derecho de autodeterminación del paciente. Los médicos podrían, así, explicar menos acerca de los riesgos quirúrgicos o, incluso, prescindir por completo de hacerlo, sin tener que temer consecuencias jurídicas de responsabilidad porque, al final, podrían al menos recurrir al consentimiento hipotético, como una especie de salvavidas.

### III. Contenido de la educación sobre el riesgo

El Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch en adelante, y alternativamente, BGB)<sup>18</sup> menciona la educación sobre el riesgo desde la llamada „Ley de derechos del paciente“<sup>19</sup>, que entró en vigor en 2013, pero no da mayores especificaciones. El punto de partida legal es, por lo tanto, la jurisprudencia de los tribunales superiores, que exigen educación sobre el riesgo „en general“<sup>20</sup>. Al paciente se le debe dar una idea general acerca de la gravedad del tratamiento médico y los riesgos asociados con él, sin describirlos eufemísticamente ni agravarlos<sup>21</sup>. Es obvio que la obligación de información se refiere solo a los riesgos conocidos en el momento del tratamiento<sup>22</sup>.

Los requisitos relativos al alcance de la información aumentan con los riesgos relacionados con la intervención<sup>23</sup>. En primer lugar, es decisivo determinar la gravedad de los daños que la intervención puede provocar en la vida del paciente, así como la cir-

<sup>15</sup> § 630e párrafo 1 frase 1 del BGB.

<sup>16</sup> En detalle JAEGER, Lothar (2013): *Patientenrechtgesetz, Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, cons. 408 y ss.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, BGH, NJW 1992, pp. 2351, 2353.

<sup>18</sup> § 630e párrafo 1 frase 1 del BGB.

<sup>19</sup> „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ de 20 de febrero de 2013 (Bundesgesetzblatt I 2013, p. 277), en vigor desde el 26 de febrero de 2013.

<sup>20</sup> Instructivo en ese contexto SIMMLER (2012), capítulo 2, cons. 1749.

<sup>21</sup> Véase BGH, NJW 2010, pp. 3230, 3231 (con más pruebas).

<sup>22</sup> En detalle, véase BGH, NJW 2011, p. 375.

<sup>23</sup> KATZENMEIER en LAUFS y KATZENMEIER y LIPP (2015), capítulo V, cons. 30.

cunstancia de que un riesgo esté entrañado específicamente a la intervención; y, solo en segundo lugar lo es la frecuencia de las consecuencias que, según la experiencia, conlleva el daño<sup>24</sup>. Hay que informar, también, sobre los riesgos poco frecuentes que puedan afectar gravemente la vida del paciente, de llegar a producirse<sup>25</sup>. También si, a pesar de su poca frecuencia, son específicos del tipo de intervención e inesperados por personas no expertas<sup>26</sup>. Puede ser necesario informar, incluso, sobre riesgos que ocurren “*extremadamente raras veces*”<sup>27</sup> o cuando se trata de un coeficiente de riesgo a nivel de milésimas<sup>28</sup>. Los riesgos generales de operación, tales como embolias, trombosis, infecciones de heridas, etc. pueden, en estos casos, darse por conocidos<sup>29</sup>.

En este contexto, debe prestarse atención a la necesaria inteligibilidad de la información<sup>30</sup>: aunque los riesgos implicados son, por supuesto, de naturaleza médica, el contenido de ésta debe ser, no obstante, comprensible para su destinatario, es decir, el paciente. Por lo tanto, el profesional generalmente no debería entrar en un lenguaje excesivamente científico y poco legible para los pacientes. Además, para pacientes con dificultades de comprensión dependiente de su estado físico, mental o emocional, la educación debe ser en un lenguaje simple y repetirse, de ser necesario<sup>31</sup>.

#### IV. Formas de educación en los riesgos

Durante muchos años, el BGH intercedió por una explicación en el diálogo personal médico-paciente<sup>32</sup>. Por lo tanto, por ejemplo, la entrega de un folleto<sup>33</sup> o la advertencia en el prospecto de un medicamento sobre efectos secundarios graves<sup>34</sup> no podría reemplazar un diálogo personal e individual.

En un caso excepcional de una vacunación de rutina y –además– públicamente recomendada, el BGH decidió que el requisito acerca del diálogo médico-paciente no siempre exige la explicación oral<sup>35</sup>. Por el contrario, puede ser suficiente que el paciente, después de recibir la información escrita, reciba una mayor explicación hablando con el médico<sup>36</sup>. Desde 2013, el Código Civil alemán<sup>37</sup> estipula que se puede referir –en el sentido de una complementación– a documentos que el paciente recibe en forma de texto. Por lo tanto, con respecto al diálogo de la información entre el médico y el paciente, los documentos cumplen una particular función de apoyo. De esta manera, los folletos informativos que se utilizan principalmente en el área de pacientes hospitalizados, no pueden reemplazar

<sup>24</sup> Op. Cit., véase también GEIß y GREINER (2014), capítulo C, cons. 42 con más pruebas.

<sup>25</sup> Véase BGH, NJW 2006, pp. 2108, 2109.

<sup>26</sup> Op. Cit.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, BGH, NJW 1980, pp. 633, 634 y s, véase por más pruebas KATZENMEIER en LAUFS y KATZENMEIER y LIPP (2015), capítulo V, cons. 31 (nota de pie N° 96).

<sup>28</sup> Véase BGH, NJW 1996, pp. 779, 781.

<sup>29</sup> Cfr. GEIß, Karlmann y GREINER, Hans-Peter: Op. Cit., capítulo C, cons. 47 con pruebas de la jurisprudencia.

<sup>30</sup> Regulado por § 630e párrafo 2 frase 1 N° 3 del BGB.

<sup>31</sup> Véase Boletín Oficial del Bundestag (2012), p. 25.

<sup>32</sup> Véase LAUFS en LAUFS y KERN (2010), § 62, cons. 14°, véase de la jurisprudencia, por ejemplo, BGH, NJW 2000, pp. 1784, 1787; BGH, NJW 1985, p. 1399.

<sup>33</sup> BGH, NJW 1994, pp. 793 y ss; NJW 1985, p. 1399.

<sup>34</sup> BGH, NJW 2005, p. 1716: En caso de posibles efectos secundarios graves de un medicamento, además de la nota en el prospecto del fabricante farmacéutico, se requiere una aclaración por parte del médico que prescribe el medicamento.

<sup>35</sup> BGH, NJW 2000, pp. 1784, 1787.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> § 630e párrafo 2 frase 1 N° 1 del BGB.

un diálogo. Además de lo mencionado, la ley<sup>38</sup> requiere explícitamente la información oral por parte del médico, aunque, la exposición de motivos de la misma ley admita la explicación telefónica siguiendo una sentencia de la jurisprudencia<sup>39</sup>, lo que se verá con detalle a continuación.

### 1. Jurisprudencia del BGH sobre la educación de riesgos por vía telefónica

En el año 2010 el BGH tuvo que decidir por primera vez sobre la admisibilidad legal de una explicación de los riesgos por vía telefónica. El principio de la sentencia dictado por el más alto tribunal civil alemán dice: *“En casos simples, el médico generalmente puede informar al paciente en una conversación telefónica sobre los riesgos de una cirugía inminente, si el paciente está de acuerdo”*<sup>40</sup>.

El BGH calificó como llamada *“caso simple”* aquel en que hubo ciertos riesgos sustantivos, en su totalidad de ocurrencia extraña, devenidos del peligro de una anestesia general aplicada a un recién nacido<sup>41</sup>. De acuerdo con la sentencia antes mencionada, sin embargo, el médico debería poder convencerse a sí mismo „en casos simples“, también en una conversación telefónica, que el paciente ha entendido la información relevante<sup>42</sup>. En la sentencia se indicó, también, que el paciente es libre de poder insistir en que, a más de la conversación telefónica, desea un diálogo personal<sup>43</sup>.

El BGH consideró –tal como lo hizo el Tribunal Regional Superior de Múnich, como tribunal de apelación–, que la información brindada al padre de la menor por una conversación de confianza (según el punto de vista del padre) a lo largo de quince minutos, incluso realizada dos días antes de la operación, era suficiente. En las circunstancias especiales de esta disputa, la llamada telefónica cumpliría, así, con los requisitos establecidos por el BGH para una conversación (educativa) de confianza entre el médico y el paciente acerca de los riesgos de la anestesia general<sup>44</sup>.

El BGH también enfatizó que el Tribunal de Apelación tenía razón al atribuir particular importancia al hecho de que el anestesiólogo no sólo llevó a cabo la conversación telefónica con el padre, sino que, también, tanto el padre como la madre estuvieron presentes la mañana previa a la operación y tuvieron, en aquella oportunidad, la posibilidad de hacer preguntas<sup>45</sup>. También, señaló en ese contexto que los padres brindaron su consentimiento a la anestesia firmando el documento destinado a tal fin, incluidas las notas manuscritas<sup>46</sup>. El Tribunal de Apelación de Múnich confirmó la insistencia del médico, en la medida en que el padre no podía decidir sólo sobre la operación<sup>47</sup>, ya que la intervención en la menor de edad requería el consentimiento de ambos progenitores, porque la custodia es ejercida de manera conjunta por ellos. En principio, uno de los padres puede autorizar a la otra parte a decidirse por él; sin embargo, dependiendo de la gravedad del tratamiento médico y su perfil de riesgo, el médico está sujeto a ciertas obligaciones de asegurarse de la participación del otro<sup>48</sup>. Para el alcance de las obligaciones descritas

<sup>38</sup> § 630e párrafo 2 frase 1 N° 1 del BGB.

<sup>39</sup> Véase Boletín Oficial del Bundestag (2012), p. 24.

<sup>40</sup> BGH, NJW 2010, p. 2430.

<sup>41</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2432.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2432.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2432.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Véase, con más detalles, FINN, Markus (2010): Grundsätzliche Zulässigkeit einer telefonischen Risikoaufklärung in “einfach gelagerten Fällen”, *Medizinrecht* 2010, p. 860.

<sup>48</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2431, véase también FINN (2016), p. 353 y s.

por el BGH, el perfil de riesgo de la anestesia planeada en la disputa ganó importancia de nuevo. El anesthesiólogo se había asegurado, a través de sus preguntas al padre, y por la insistencia antes mencionada, de que la madre también estaba suficientemente involucrada<sup>49</sup>.

## 2. Opinión y recomendaciones de actuación para médicos

Cabe señalar críticamente que la decisión del BGH resumida en el párrafo anterior causa cierta inseguridad jurídica para los médicos, lo que va de la mano con la dificultad de calificar un caso como este con el adjetivo de "simple"; para ésta calificación existen ciertos criterios, como la complejidad, el alcance y perfil de riesgo de la intervención<sup>50</sup>. La consideración de este tipo de casos como "simples", podría provocar considerables dificultades para un médico, especialmente porque incluso la clasificación hecha por el BGH en el caso comentado puede ser puesta en tela de juicio. En la disputa, la anestesia era, en opinión del experto jurado, de perfil de exigencia y de riesgo bajo o medio como máximo. Sin embargo, tenía un riesgo de consecuencias graves, aunque raras, para recién nacidos. De hecho, luego de producida la intervención, la recién nacida sufrió consecuencias graves, que afectaron gravemente su sistema motor central, afectando en particular sus habilidades motoras finas y gruesas, su coordinación y capacidad de articulación. Aún todo esto, el BGH consideró la anestesia como "un caso simple".

Sumado a lo dicho, el caso reseñado tiene una peculiaridad que deriva importante en la práctica: en la llamada telefónica con el padre, el anestesista insistió en que ambos progenitores estuvieran presentes la mañana anterior a la operación, por lo que, en una ocasión adicional, tuvieron la oportunidad de hacer preguntas. También, ellos debieron firmar el consentimiento, aceptándolo con todas las notas manuscritas.

Por lo tanto, el médico no sólo aconsejó al padre del recién nacido una comparecencia por la mañana antes de la operación o, incluso, no solo señaló en esa oportunidad la posibilidad de hacer más preguntas, sino que insistió en ello y, además, exigió que se firmara el consentimiento por ambos padres<sup>51</sup>. A través de su insistencia, el anesthesiólogo ha dejado más que en claro a los padres que su presencia y firma son requisitos previos y necesarios para llevar a cabo la operación. Por eso, la aclaración realizada no se agotó en la mera conversación telefónica.

Falta dilucidar a partir de la decisión del BGH, si éste consideró que la insistencia del médico constituye una condición previa para la admisibilidad de las explicaciones telefónicas en "casos simples"<sup>52</sup>. Por esto, se recomienda a los médicos, que, a más de la conversación telefónica con el paciente o destinatario responsable de prestar el consentimiento<sup>53</sup>, se ofrezcan otras oportunidades para realizar más preguntas y tener una conversación personal, si así lo desea<sup>54</sup>. Tal enfoque parece aconsejable, ya que el Tribunal de Apelaciones de Múnich citó en aquella oportunidad, como posible argumento adicional para la admisibilidad de la aclaración telefónica, que se puedan hacer otras preguntas. Lo mismo fue enfatizado por el BGH, sosteniendo el requisito del consentimiento del paciente a una comunicación telefónica y su derecho a un diálogo personal<sup>55</sup>. La obtención de este consentimiento se puede combinar, en la práctica, con la oferta por

---

<sup>49</sup> Véase FINN, Markus (2010), p. 858.

<sup>50</sup> Véase. FINN, Markus (2010), p. 860.

<sup>51</sup> Para más detalles, véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 860.

<sup>52</sup> FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861.

<sup>53</sup> En el caso del tratamiento de menores, los padres que tienen derecho a la custodia.

<sup>54</sup> Véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861.

<sup>55</sup> *Ibid.*

parte del médico al paciente, de poder realizar más preguntas en una conversación personal. Para tener evidencias al respecto, también se recomienda encarecidamente a los médicos no solo documentar el contenido del diálogo llevada a cabo por teléfono, sino que también la oferta y, cuando corresponda, el otorgamiento de la oportunidad a los pacientes de hacer más preguntas en una conversación personal, a más de la ya tenida telefónicamente, y finalmente el consentimiento del paciente a la educación telefónica. En general, en la práctica, la posibilidad abierta por el BGH debe tratarse con precaución, esto porque es difícil negar que, en una conversación llevada a cabo cara a cara, las dudas, preocupaciones o reservas del paciente sean más fáciles de reconocer<sup>56</sup>. Además, el encuentro personal provee mejores herramientas para evaluar las habilidades intelectuales del paciente, al poder tener una impresión directa de éste, lo opuesto a lo que ocurre con las conversaciones telefónicas<sup>57</sup>.

La admisibilidad del consejo telefónico también dependerá de si el médico puede garantizar que el paciente o responsable haya entendido realmente todo de la educación y haya recabado toda la información relevante de su parte<sup>58</sup>. Además, la falta de contacto personal será absorbida por el médico, quien debe asegurarse en mayor medida la comprensión y aprobación del paciente<sup>59</sup>.

A todo ello, hay que sumarle que, tanto el centro de salud como el médico, corren el riesgo de ser responsables por informar al paciente del riesgo en una forma inadecuada y, por lo tanto, el consentimiento del paciente posteriormente será considerado inadecuado, pues carece de un consentimiento válido.

Solo en casos claramente no complejos, con riesgos menores, se debe usar la posibilidad de informar telefónicamente, en particular cuando el médico no tiene interés en proporcionar información telefónicamente. La necesidad práctica de la aclaración de riesgos solo por teléfono con el motivo de evitar por ejemplo traslados, costos y pérdida de tiempo, termina siendo beneficioso para el paciente<sup>60</sup>. Aun cuando la información telefónica pueda resultar favorable a aquél, esto puede no ser así para el médico, quien debe correr con el riesgo de que el primero invoque posteriormente que la información proporcionada ha sido insuficiente<sup>61</sup>.

## V. Oportunidad para realizar la educación en el riesgo

La información debe darse a tiempo para que el paciente pueda llevar a cabo un balance completo de los pros y los contras de la intervención, a fin de poder ejercer su derecho a la autodeterminación de manera apropiada<sup>62</sup>, como lo indica la regulación legal en § 630e, 2ª frase, 1, N° 2 del Código Civil alemán.

Existen varios criterios relevantes para determinar el tiempo requerido entre educación e intervención médica, por ejemplo, su severidad, complejidad, perfil de riesgo y urgencia<sup>63</sup>. En definitiva, la pregunta debe responderse de manera individual.

Como regla general, puede decirse que, en el caso de las intervenciones quirúrgicas,

<sup>56</sup> Véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861 y FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 350.

<sup>62</sup> Véase Boletín Oficial del Bundestag (2012), p. 24 y s.

<sup>63</sup> Véase FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 349.



normalmente debe darse una explicación el día anterior a más tardar, no solo en las vísperas de la operación<sup>64</sup>. Así, la explicación debe, en principio, hacerse al determinar la fecha de la intervención<sup>65</sup>. En casos urgentes, una aclaración puede ser suficiente hasta el mismo día. En tratamientos ambulatorios normales y de diagnóstico, la educación sobre los riesgos puede, en principio, brindarse el día de la intervención médica<sup>66</sup>.

Sin embargo, se debe tener en cuenta el perfil de riesgo concreto que, en parte, se ha incrementado significativamente en el transcurso del tiempo en cirugías ambulatorias. La jurisprudencia decidió que una explicación haya sido dada el mismo día de la operación no era a su debido tiempo porque el paciente no pudo decidir bajo su propia responsabilidad sobre la intervención, cuando tuvo que asumir la operación en forma inmediata y tuvo que temer a no tener la posibilidad de escaparse del curso de los eventos, por ejemplo en el caso de una información al momento de ingresar a la sala de operaciones<sup>67</sup>. Por ello, se recomienda en atención a la protección de las pruebas que siempre se documente también la fecha y hora de cada una de los diálogos con el paciente en el historial médico.

---

---

<sup>64</sup> Véase BGH, NJW 1992, pp. 2351, 2352.

<sup>65</sup> Véase BGH, NJW 2003, pp. 2012, 2013.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, BGH, NJW 2000, pp. 1784, 1787.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FINN, Markus (2016): „Krankenhaustaftung“ en SCHMOLA, Gerald y RAPP, Boris (ed.): „Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus“, Wiesbaden, Springer Gabler, pp. 341-387.
- FINN, Markus (2015): Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética, Revista Chilena de Derecho Privado N° 25, pp. 55-75.
- FINN, Markus (2010): Grundsätzliche Zulässigkeit einer telefonischen Risikoauflärung in „einfach gelagerten Fällen“, Medizinrecht 2010, pp. 857-858 y 860-861.
- GEIß, Karlmann y GREINER, Hans-Peter (2014): Arzthaftpflichtrecht, München, Verlag C. H. Beck.
- JAEGER, Lothar (2013): Patientenrechtegesetz, Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft.
- LAUFS, Adolf y KATZENMEIER, Christian y LIPP, Volker (ed.) (2015): Arztrecht, München, Verlag C. H. Beck.
- LAUFS, Adolf y KERN, Bernd-Rüdiger (2010): Handbuch des Arztrechts, München, Verlag C. H. Beck.
- MARTIS, Rüdiger y WINKHART-MARTIS, Martina (2014): Arzthaftungsrecht - Fallgruppenkommentar, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt.
- SIMMLER, Christiane (2012): „Der Aufklärungsfehler“ en WENZEL, Frank (ed.): Der Arzthaftungsprozess. Medizinschaden. Fehler-Folgen-Verfahren, Köln, Verlag Luchterhand.

## Otra documentación utilizada:

- Deutscher Bundestag (2012): Boletín Oficial del Bundestag [Bundestags-Drucksache], N° 17/10488 de 15 agosto de 2012, disponible en <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf> [fecha de consulta 31 de octubre de 2017]

## TRADUCCIÓN:

La traducción del alemán al castellano de este artículo fue realizada con la colaboración de Gonzalo Gabriel Carranza, siendo controlada por el autor.