

Artículo de reflexión

Los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de solicitar el consentimiento informado al paciente

Luis Felipe Giraldo Gómez*

* Abogado de la Universidad de Caldas. Especialista en Derecho procesal civil de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho, programa en responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia. lfelipegg@gmail.com

Resumen

El consentimiento informado como elemento indispensable del acto médico ha implicado a través del tiempo una evolución en cuanto a la concepción de la relación médico paciente, al punto de generar discusión al interior de la bioética entre paternalistas y autonomistas, respecto al reconocimiento o no, de la facultad del paciente de decidir sobre su propio cuerpo y sobre su destino.

Aunado a esta discusión, se agrega ahora desde el ámbito de la responsabilidad civil, la inquietud de saber qué tipo de perjuicios se causan al paciente y deben ser indemnizados por el profesional cuando se incumple con este deber; por lo cual se propone en este artículo hacer unas breves reflexiones sobre la forma como en la práctica la Jurisprudencia Colombiana, analiza y estudia el tema de la naturaleza de los perjuicios que se generan al paciente en este tipo de eventos.

Palabras Clave: Consentimiento Informado; Ética; Autonomía Personal; Libertad; Deber de Advertencia; Riesgo; Responsabilidad Civil; Causalidad.

The damage resulting from a breach of duty to seek informed consent from the patient

Abstract

Informed consent as an essential element of the medical act has involved an evolution over time in terms of the conception of the doctor-patient relationship, to the point of generating discussion within bioethics between paternalism and autonomy, regarding recognition or not, of the patient's right to decide over her own body and his destiny.

In addition to this discussion, is now added from the scope of civil liability, the anxiety of knowing what kind of damage they cause to the patient and should be compensated for the professional when it fails to comply with this duty, for which we propose in this article, is to make some a brief reflections on the way in practice

Colombian jurisprudence, analyzed and studied the issue of the nature of the harm to the patient that are generated in such events.

Keywords: Informed Consent; Ethics; Personal Autonomy; Liberty; Duty to Warn; Risk; Damage Liability; Causality.

Os prejuízos do não cumprimento do dever desolicitar o consentimento informado do paciente

Resumo

O consentimento informado como elemento indispensável do ato médico tem implicado, através do tempo, uma evolução quanto à concepção da relação médico-paciente, a ponto de gerar discussões ao interior da bioética entre paternalistas e autonomistas, sobre o reconhecimento ou não da faculdade do paciente decidir em relação ao seu próprio corpo e o seu destino.

Unido a esta discussão se acrescenta agora desde o âmbito da responsabilidade civil, a preocupação de saber o tipo de prejuízos causados ao paciente e se eles devem ser indenizados pelo profissional quando não se cumpre com este dever; por isso, se propõe, neste artigo, fazer breves reflexões sobre a forma como a Jurisprudência colombiana, na prática, analisa e estuda o tema da natureza dos prejuízos que se geram ao paciente com este tipo de evento.

Palavras chave: Consentimento Informado; Ética; Autonomia Pessoal; Liberdade; Dever de Advertência; Risco; Responsabilidade Civil; Causalidade.

Fecha de recibo: Enero/2013

Fecha aprobación: Marzo/2013

Introducción

Con el ánimo de abordar el tema de las consecuencias que se generan para el paciente cuando no se solicita el consentimiento informado o se hace de manera defectuosa o tardía, es necesario indicar que en la actualidad la relación médico paciente, escenario donde cobra vida esta figura, ha variado a través del tiempo, pues la mayoría de prestaciones en el área de salud ya no se realizan por un acuerdo privado entre el médico y el paciente, sino que ellas devienen de lo consagrado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado por la ley 100 de 1993 8 (1), tal y como lo reconoce la Corte Constitucional al indicar que “*Mediante el sistema para los efectos de la atención y protección de los afiliados a una EPS, éstos no contratan la prestación de los servicios de salud con el galeno en forma particular, sino con la misma institución, quien es la obligada a cubrir las asignaciones u honorarios por concepto de la labor realizada (...)*” (2).

Por su parte la Constitución Política de 1991 decidió consagrar y proteger el derecho a la salud como un derecho fundamental de carácter autónomo (3), y ordenó al legislador desarrollar su contenido y la forma de hacerlo efectivo, en los artículos 48 y 49 (4), pero a su vez, consideró importante dotar al legislador de la potestad de regular las profesiones, facultad que ha sido desarrollada en especial para la profesión médica y las de otras áreas de la salud, a través de los códigos de ética, en donde se consagran unos parámetros de conducta que sirven para regular la profesión y cumplen además la función de ayudar a salvaguardar los derechos constitucionales de las personas, que se convierten en pacientes al requerir de estos servicios.

En este escenario surge la figura del *consentimiento informado*, como uno de los derroteros o mandatos éticos que el legislador considera de suma importancia en el ámbito de la profesión médica, y que se erige como el mecanismo idóneo para garantizar los derechos a la libertad, la autonomía y la dignidad humana que le asisten a todos los pacientes por el hecho de ser personas. No obstante habrá que reconocer cómo para muchos este acto médico no pasa de ser un trámite administrativo que se cumple con la firma del paciente en una autorización, y para otros, se trata de un deber que solo debe cumplirse cuando sea un procedimiento invasivo, pero que en el resto de actos médicos no es necesario.

La Jurisprudencia Constitucional no ha dudado en resaltar la importancia del cumplimiento de este deber como componente fundamental del acto médico, reconociendo a su vez la existencia de unas excepciones donde se dispensa al profesional de cumplir con este mandato; pero en el esfera de la responsabilidad civil, existe un gran debate en cuanto a las consecuencias que deben derivarse para el profesional de la salud, cuando se ha constatado que no cumplió con esta obligación o lo hizo de manera defectuosa o tardía, al punto que si bien para la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado es claro, que con tal conducta se causa un daño al paciente que compromete la responsabilidad civil de ese profesional, lo cierto es que a la hora de entrar a hacer el análisis de las consecuencias que devienen de ese daño y que deberían ser indemnizadas, la situación es bien diferente, al punto que se encuentran vigentes actualmente varias posturas que parten de aquella que niega la existencia de un perjuicio, hasta la que propugna por hacer el traslado

de las consecuencias de los riesgos no informados ni consentidos al patrimonio del profesional de la salud.

Por lo anterior, se pretende con este trabajo reflexionar sobre las consecuencias que pueden devenir para el patrimonio de los profesionales de la salud que lleguen a incumplir con este deber, y sean demandados en procesos de responsabilidad civil, para que puedan saber de antemano cuál es el manejo que la Jurisprudencia y la doctrina le vienen dando a la discusión de la extensión de la reparación en estos eventos, es decir, a las posturas que existen en cuanto a los perjuicios que en caso de ser condenados, tendrían que entrar a indemnizar.

La noción 'consentimiento informado'

Si bien hoy se puede reconocer que para los profesionales de la salud y para varios de los pacientes, el concepto de consentimiento informado ya no es una noción desconocida, lo cierto es que pocos están al tanto de las implicaciones jurídicas, que tiene en la práctica el cumplimiento o no de este deber profesional.

Conforme a lo anterior, se inicia con la distinción en cuanto al significado de la acepción *consentimiento* desde el punto de vista de la teoría del acto o negocio jurídico, con relación de lo que puede entenderse en el campo de la prestación de servicios de salud.

Para el nacimiento de cualquier acto jurídico (5), en especial para el inicio del contrato, se hace necesario que converjan unos elementos, tales como: 1°. La manifestación de la voluntad; 2°. Su objeto y 3°. Que la manifestación sea legítima, esto es, conforme a las reglas

prescritas por el ordenamiento. Estos tres elementos se consideran indispensables para la existencia de cualquier acto jurídico, bien sea de declaración unilateral de la voluntad, o bien se trate de un acto bilateral o pluripersonal.

Ahora bien, en la prestación de los servicios de salud es común reconocer que en la mayoría de los eventos, el acto médico viene precedido de un acuerdo de voluntades, donde se puede verificar aquiescencia del médico para tratar al paciente, y el asentimiento de este último para ser atendido, tal y como lo permite el artículo 4 de la ley 23 de 1981 (6) al prescribir que "*La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho*" y el artículo 5° (6) que habla de las modalidades en las cuales puede crearse la relación médico paciente, incluyendo la decisión voluntaria de las partes, permite en numerosos casos la existencia de un verdadero consentimiento desde el punto de vista jurídico, al confluir las voluntades de los dos sujetos encaminadas a un mismo fin, que puede dar vida a un contrato. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de 1991, y en especial con la consagración del Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia con la ley 100 de 1993, la mayoría de las veces la relación médico paciente ya no nace por un acuerdo privado entre el profesional de la salud y el enfermo, sino entre este y el sistema.

Sin el ánimo de entrar en mayores detalles sobre este aspecto, lo cierto es que para comprender la noción de consentimiento, se requiere reconocer que esta acepción puede estar encaminada a regular la manifestación de la voluntad de las

partes tendiente a la formación de un acto jurídico, o también puede estar referida en el ámbito de la prestación del servicio médico a la verificación de una manifestación unilateral de la voluntad del paciente, encaminada no a la generación de un acto jurídico y a la consecuente producción de sus efectos jurídicos, sino, *a la declaración de un asentimiento o adherencia, respecto al acto médico que ya le ha sido propuesto.*

De ahí que el artículo 15 de la ley 23 de 1981 prescriba lo siguiente: *“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.*

En este orden de ideas la noción consentimiento informado, en tratándose de la atención en salud, no debe analizarse desde el terreno de los elementos necesarios para el nacimiento o existencia de un acto jurídico, si no que debe estudiarse desde el ámbito de la ejecución de la prestación ya convenida (7); de esta forma el consentimiento informado adquiere relevancia en un momento posterior a la formación del acto jurídico, y se refleja en el evento de manifestación de la voluntad unilateral que debe expresar el paciente como destinatario del acto médico.

La importancia del reconocimiento de esta segunda noción, que implica el deber de solicitar la manifestación unilateral del paciente, ha sido corroborada por la Corte Constitucional, al considerar que *“1. En términos generales, toda persona*

tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud” (8).

Resultado de lo anterior, se puede sostener que el consentimiento informado entendido como esa manifestación unilateral de voluntad del paciente, constituye un imperativo ético cuyo fin es lograr en la práctica un verdadero reconocimiento del derecho a la autonomía del paciente, para que este pueda de una manera informada decidir si quiere o no la realización del acto médico sobre su cuerpo, al punto que el profesional de la medicina deberá respetar la decisión del paciente de no consentir el tratamiento propuesto, si previamente se le ha dado la información de manera clara, veraz y oportuna, con relación al tipo de procedimiento, sus ventajas y desventajas, las alternativas de otros tratamientos, la urgencia o no del mismo, y los riesgos de la no aceptación del acto médico propuesto, con el fin de que esa negativa del paciente esté precedida de una verdadera conciencia sobre las consecuencias de su decisión.

Tanta importancia adquiere el cumplimiento de este mandato por parte del profesional, que la Corte Constitucional, al hacer alusión a los fundamentos del acto médico, expresa que *“En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica*

del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.” (8) (Subrayado fuera del texto)

En conclusión, para que un acto médico sea idóneo, requiere además de la capacidad del profesional que brinda la atención, cumplir con el deber de solicitar el consentimiento del paciente; manifestación de voluntad que se analiza, no como elemento indispensable para la creación de un acto jurídico, sino como el acto libre y voluntario de manifestación de la aceptación del paciente para que se ejecute la prestación del acto médico previamente propuesto.

La responsabilidad civil en la prestación de servicios de salud

La responsabilidad civil como instituto jurídico, tiene la función en nuestra sociedad de cumplir con el cometido de intentar restablecer las cosas al estado en el cual se encontraban antes de la ocurrencia de una acción lesiva, en los casos en que ello sea física y jurídicamente posible, o en su defecto, en generar un traslado patrimonial de esa situación negativa que se ha producido en el patrimonio de la víctima, al patrimonio de quien se considera como autor del daño, con el fin de que sea este quien sufra las consecuencias de su actuar, generando para la víctima el derecho correlativo de ser reparada.

Así lo ha entendido la Jurisprudencia Colombiana, al expresar que “La

responsabilidad civil, concebida *lato sensu* como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma” (9).

La actividad médica no escapa a esta regulación; por el contrario, en atención a los valores que entran en juego cuando se produce la interrelación entre el médico y el paciente, con mayor razón se debe estar atento a cualquier situación negativa que pueda llegar a presentarse en el patrimonio de la víctima, con el fin de verificar si se ha causado un daño, y en caso afirmativo, buscar la forma de repararlo, siendo entonces claro que los profesionales de la medicina en su práctica diaria también deben cumplir con el mandato constitucional de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

En este aspecto la Corte Suprema de Justicia indica con claridad, que “La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, [*sic*] es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las

del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8° decreto 2280 de 1981), naturalmente “*el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza*”, incluso éticos componentes de su *lex artis* (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio”. (10) (Subrayado fuera del texto)

Entonces, surge la pregunta *¿Cuáles son los perjuicios que estarán obligados a indemnizar el profesional de la medicina que no cumple con el deber de solicitar el consentimiento informado del paciente?* En otras palabras conforme a la Jurisprudencia actual *¿Cuáles son las consecuencias que debería sufrir el patrimonio de un profesional de la medicina que sea condenado en un proceso de responsabilidad civil, por no haber cumplido con el deber profesional de solicitar el consentimiento informado del paciente?*

Para tratar de responder este interrogante, se considera prudente hacer unas breves reflexiones sobre los conceptos de *daño* y *perjuicio*.

La diferencia conceptual entre *daño* y *perjuicio*

Una vez comprendido que en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional

existe un deber general de no causar daño a otro, deber que encuentra asidero en el artículo 95 de la Constitución Política, al indicar en su numeral 1, que se deben respetar los derechos ajenos y no se puede abusar de los propios, vale la pena entrar a hacer una distinción conceptual en cuanto al significado de *daño* y *perjuicio*, (11) para comprender cómo opera la figura de la responsabilidad civil, y en especial, cómo se aplicaría a los eventos donde falta el consentimiento informado del paciente o se solicitó de manera tardía o equivocada.

De esta manera se considera que el *daño* puede ser entendido como afrenta o situación negativa percibida a través de los sentidos, o como una vulneración de un derecho o de un interés legítimo, y por su parte el *perjuicio* serían las consecuencias (12) negativas que esa afrenta o situación produce en el patrimonio de la víctima.

Respecto a la mencionada distinción, expresan con acierto los autores Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez que, “se distinguen dos acepciones del *daño*: *daño* en sentido amplio y *daño* en sentido estricto. *Daño* en sentido amplio es toda lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo. *Daño* en sentido estricto es el detrimento o menoscabo producido en el ámbito patrimonial o extra patrimonial, derivado de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo” (13).

Esta forma de entender los conceptos de *daño* y *perjuicio*, será necesaria a la hora de revisar las consecuencias que se pueden generar para el paciente, cuando se ha omitido el deber de solicitar el consentimiento informado o se ha realizado de manera tardía o errónea, pues en estos casos se hace difícil saber cuál

es la verdadera afrenta que se causa al paciente, sobre todo cuando se demuestra que a pesar de la omisión del deber de información, el procedimiento fue el indicado y se llevó a cabo conforme a las reglas que dominan la materia *-lex artis-*.

Se da por sentado que es necesaria la distinción entre los conceptos de daño y perjuicio, para lo cual se revisará qué tipo de perjuicios, es decir, de consecuencias son admitidas en nuestro medio como rubros indemnizables del daño, tanto por la legislación civil como por la jurisprudencia nacional.

Tipología del perjuicio indemnizable

Para comprender como opera la tipología del daño indemnizable en nuestro ordenamiento, debe partirse de una distinción básica entre los llamados perjuicios materiales y los inmateriales, para lo cual se acoge lo expresado por el autor Juan Carlos Henao, quien "... propone borrar del lenguaje doctrinario y jurisprudencial la clasificación entre daños patrimoniales y extra patrimoniales, y conservar la misma idea, enunciada de manera diferente: daños materiales y daños no materiales, o si se quiere, daños materiales y daños inmateriales" (14).

De esta forma, los perjuicios denominados materiales, serían aquellos que hacen referencia a las consecuencias que se causan al patrimonio de la víctima y que permiten una valuación en dinero; dentro de este rubro estarían los perjuicios llamados daño emergente y lucro cesante.

Los perjuicios inmateriales serían aquellas situaciones negativas que también golpean al patrimonio, pero que en principio no

tienen un valor económico; este sería el caso de los derechos personalísimos y de otros derechos. Se consideran como rubros indemnizables de este tipo, el daño moral, el daño a la vida con relación -llamado también perjuicio fisiológico o daño a la salud- y la alteración en las condiciones de existencia.

Respecto a los perjuicios materiales, nuestro Código Civil (15) indica en el artículo 1613, que la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, y en el artículo 1614, define el primero como la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, de considerarse de manera imperfecta, de ocurrir retardo en su cumplimiento, y al segundo, como la ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación, cumplirlo imperfectamente o retardar su cumplimiento.

Acorde con esto se ha definido al daño emergente, como todas aquellas erogaciones que la víctima debe asumir con ocasión del daño sufrido; por ejemplo los gastos médicos hospitalarios, medicamentos, silla de ruedas, una persona para que ayude al lesionado, gastos de transporte, etc.

El denominado lucro cesante habrá de entenderse como todo aquello que dejará de entrar al patrimonio de la víctima como consecuencia del daño sufrido, por ejemplo, los salarios que no se percibieron mientras la persona estuvo incapacitada, los honorarios perdidos por el incumplimiento de los contratos pactados, los dividendos que brindaba un vehículo antes del daño y que no se produjeron por el hecho perjudicial, etc.

Indica el autor Eduardo Zannoni, que “... el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, *título*, al tiempo en que acaece el *eventus damni*” (16).

En contraste los perjuicios inmateriales no están definidos en nuestra legislación, y ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema y la doctrina, los que se han encargado de estudiar y definir estos rubros en nuestro medio, partiendo de la regla que indica en el artículo 2341 del Código Civil (15), que si se infiere daño a otro, habrá lugar a indemnizar sin hacer ningún distingo del tipo de consecuencias que se deben reparar. En su momento se creyó que con este artículo se permitía la indemnización de los perjuicios, tanto materiales como los inmateriales.

El primero de estos rubros de carácter inmaterial, es el denominado daño moral, que fue admitido por primera vez en nuestro medio en la sentencia del 21 de julio de 1922 (17), el cual puede ser entendido como el sufrimiento, el dolor, la congoja, la aflicción, que sufre la víctima en atención al daño padecido, o el que sufren sus familiares y allegados, al comprender el estado en el que subsiste el paciente luego de la acción nociva.

Según el autor Christian Larroumet, “Constituye un daño moral el atentado contra los intereses del deudor distintos de los que son de orden patrimonial. A diferencia del perjuicio económico, el perjuicio moral, puesto que recae sobre intereses extra patrimoniales, no es susceptible de ser objeto de una

evaluación en dinero de una manera precisa” (18).

Contiguo al daño moral, en Colombia ha existido una evolución en cuanto a los otros rubros de orden inmaterial que pueden ser indemnizados, los cuales se llaman perjuicio fisiológico, daño a la vida con relación, alteración en las condiciones de existencia, y hoy, daño a la salud.

Sin el ánimo de entrar a hacer un estudio de esta evolución, pues no es el tema que compete a esta reflexión, lo cierto es que se puede sostener que de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, hoy en día, cuando una persona ha sido víctima de una afrenta que le genera una afección física o psíquica, es decir, que ha sufrido un daño corporal o psicológico, solo le es posible solicitar como indemnización además de los perjuicios materiales que sean probados, el daño moral y el daño a la salud o también denominado perjuicio fisiológico, como rubros del perjuicio inmaterial. Por el contrario, cuando la víctima no sufra un daño corporal o psíquico, podrá solicitar además de los perjuicios materiales el daño moral y la alteración grave en las condiciones de existencia o daño a la vida, según sea el caso.

Así manifiesta el Consejo de Estado, que “En consecuencia, *la tipología del perjuicio inmaterial* se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca

una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación” (19).

Entendida así la tipología del perjuicio en nuestro medio, esto es, la clasificación de los perjuicios que son admitidos como rubros del daño indemnizable en Colombia, se revisará qué tipo de consecuencias serán las que se causan al paciente cuando no se cumple con el deber de solicitar el consentimiento informado o se hace de manera equivocada o tardía.

Perjuicios que se causan al paciente con el incumplimiento del deber profesional de solicitar el consentimiento informado

Para explicar cómo funciona la institución de la responsabilidad civil en cuanto a la consecuencia que genera para quien es hallado responsable, se debe partir del principio consagrado en el artículo 1616 del Código Civil (15), el cual indica que solo el perjuicio que proviene del daño alegado, puede abrir la posibilidad de ser reparado, de tal forma que únicamente las consecuencias que tengan un nexo con este daño serán consideradas para la eventual indemnización.

Sobre este tema expresa el autor Ramón D. Pizarro, que “Dentro del ámbito de la responsabilidad, la relación de causalidad asume una doble función, de singular

importancia: a) permite determinar, con rigor científico, cuándo un resultado dañoso es material u objetivamente atribuible a la acción de un sujeto determinado; b) brinda, al mismo tiempo, los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias” (20).

Si esta es la regla que impera en el ámbito de la responsabilidad civil, de solo considerar como indemnizables los perjuicios que provienen directamente del daño provocado, se revisará qué tipo de perjuicio se causa al paciente cuando se incumple con el deber de solicitar el consentimiento informado, para luego verificar las consecuencias que devienen directamente de esa situación nociva, y deberían ser indemnizadas por el profesional que ha incurrido en esa conducta.

La Jurisprudencia ha considerado que en efecto se compromete la responsabilidad civil del profesional de la salud, cuando se constata que ha faltado a su deber de solicitar el consentimiento informado del paciente, o si lo ha hecho defectuosa o tardíamente (21), y que esta conducta reprochable origina al paciente un daño que en este tipo de eventos hace alusión a una vulneración de sus derechos, en especial, el derecho a la libertad, la autonomía, la autodeterminación y la dignidad humana; así lo ha expresado el Consejo de Estado cuando dice que “Considera la Sala que el daño que se causa a una persona cuando se le aplica un tratamiento o se le somete a una intervención médica que no consintió libremente y que empeora sus condiciones de salud, como consecuencia de la materialización de los riesgos que no le fueron informados, es la vulneración de los derechos fundamentales a su

Dignidad, a su Autonomía, a su Libertad, para disponer de su propio cuerpo” (22).

Por el contrario, en cuanto a los perjuicios, esto es, a las consecuencias que deben ser indemnizadas y provienen de ese daño, la discusión no ha sido pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, al punto que se pueden reconocer fácilmente tres posiciones diametralmente opuestas que tratan de dar respuesta al anterior interrogante. La primera de ellas, la más radical, indica que en este tipo de eventos cuando el profesional de la medicina no cumple con el deber de solicitar el consentimiento informado del paciente, o cuando lo hace de manera tardía o insuficiente, se da un traslado de todos los riesgos de ese procedimiento al profesional, siendo él la persona que los asume, de tal manera que si en el procedimiento se materializa alguno de los riesgos que no fue informado y en consecuencia tampoco consentido, el médico deberá indemnizar todos los perjuicios que sobrevengan para el paciente, tanto los de índole material como inmaterial.

Esta postura ha sido planteada por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Por esta razón, cuando el médico decide unilateralmente aplicar un tratamiento no consentido por el paciente, en la forma prevista por la ley, asume unilateralmente los riesgos del tratamiento y compromete su responsabilidad, así como la de la entidad prestadora del servicio. Esto último implica que los riesgos propios o inherentes al tratamiento, que comúnmente asume el paciente por el otorgamiento del consentimiento informado, dejan de ser suyos y los asume el médico desde el momento en que procede sin tal requisito. Probado que se materializaron los riesgos, causando

daño, se debe indemnizar al paciente”. (23) (Resaltado fuera del texto)

La postura analizada propugna por generar una indemnización plena del paciente cuando no se ha solicitado el consentimiento informado, de tal manera que a pesar de reconocer que el daño en estricto sentido está representado en la violación de los derechos a la libertad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, considera a su vez que esa afrenta debe implicar un traslado de los riesgos del patrimonio del paciente al patrimonio del médico, al punto que, si se materializa uno de ellos, será este quien deba correr con todas sus consecuencias indemnizando al paciente por las secuelas que padezca, incluyendo las corporales.

Una segunda postura trata de explicar el daño que se causa en este tipo de casos, indicando que cuando no se cumple con el deber de solicitar el consentimiento informado, se genera para el paciente una pérdida de oportunidad, en tanto y en cuanto con ese proceder se le ha borrado de su patrimonio la posibilidad de elegir si quería o no ser sometido a un procedimiento o tratamiento.

Así lo ha considerado el Consejo de Estado al disponer que: “En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no.

En el caso sub análisis, la oportunidad habría consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría”. (24) (Subrayado fuera del texto)

Aunque se aplica en este caso la figura de la pérdida de oportunidad, al final se termina indemnizando todos los perjuicios, tanto los de índole material como inmaterial, tal y como sucede en la primera tesis analizada; de tal forma que solo es un cambio en cuanto a la naturaleza del daño que supuestamente se ocasiona al paciente en este tipo de situaciones, y no frente a la tipología del perjuicio que al final se debe indemnizar.

Se considera que la aplicación de la figura de pérdida de oportunidad en estos eventos es equivocada (11), por cuanto no se cumple con los requisitos para configurar este prototipo de daño y se hace indispensable analizar las oportunidades, las expectativas de la persona frustrada, indicando que estas dependían del azar, y es precisamente este elemento aleatorio lo que define la figura. Pero en tratándose de eventos donde no se solicita el consentimiento informado, por el contrario lo que está en juego es la facultad del paciente de optar por someterse o no a una intervención, y esta decisión es un derecho en sí mismo, y su ejercicio depende claramente de la propia voluntad de la persona y no de un evento aleatorio.

Respecto a las situaciones que dependen de la voluntad de una persona, indica con gran acierto el autor François Chabas, que “...en este caso, las oportunidades

no son cuantificables; inclusive no puede hablarse de oportunidad. Se trata de cálculos sobre la decisión que la víctima habría tomado en toda libertad. A veces se sabrá que ella habría tomado una decisión negativa (así, un testigo de Jehovah no se hará vacunar), o bien que ella habría tomado una decisión positiva (así, una persona cultivada, perteneciente al medio médico y de quien ha podido verificarse que tenía sus vacunas al día, se hará vacunar). Pero tales exámenes en concreto son posibles muy raramente. Con todo, ellos son obligatorios si se quiere saber qué decisión *habría* tomado la víctima y por fuera de esos casos de certeza real, no sabremos nada: calcularemos” (25).

Utilizar la figura de la pérdida de la oportunidad como un recurso para este tipo de eventos, no es el indicado, lo que en estos eventos se vulnera en realidad es un derecho del paciente de optar o no por la práctica de un procedimiento, es decir, no se vulnera una mera expectativa, se lesiona el derecho mismo.

Respecto a la tercera postura, se puede decir que se opone a considerar viable la tesis que implica hacer el traslado de los riesgos al profesional de la salud, cuando este no ha cumplido a cabalidad con el deber de solicitar el consentimiento informado del paciente, en atención a que no es viable establecer un nexo de causalidad, es decir, una relación causa efecto entre el riesgo materializado que puede generar una lesión corporal para el paciente, y la conducta del profesional al incumplir con su deber de solicitar el consentimiento informado. En otras palabras, el riesgo materializado con o sin consentimiento del paciente podría presentarse, lo cual confirma la ausencia de relación causal. No obstante se considera que en este tipo de eventos, se

causa al paciente un perjuicio moral, por la violación de su derecho a la autonomía, a la libertad y a la dignidad humana.

El Consejo de Estado en su momento indicó “A juicio de la Sala, no es acertado considerar que el daño que se causa como consecuencia de la omisión del consentimiento informado del paciente para aplicarle un tratamiento o intervenirle quirúrgicamente sea la materialización del riesgo propio de ese tratamiento o intervención, porque no existe nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño corporal. Con o sin consentimiento, el riesgo al cual se exponía el paciente hubiera sido el mismo, es decir, dicho riesgo no se hubiera suprimido o agravado porque el paciente hubiera consentido o no el acto médico. Por lo tanto, el daño corporal que se causa al paciente con el acto médico es imputable a la entidad que le prestó el servicio, cuando el mismo se hubiera producido como consecuencia de una falla, pero no por la falta de consentimiento del paciente” (22) (Subrayado fuera del texto)

En aras de la reflexión sobre este tema, se es partidario de esta última postura, en cuanto no considera de recibo hacer el traslado de los riesgos del procedimiento al profesional de la salud, cuando no ha solicitado el consentimiento informado del paciente, o lo ha hecho de manera defectuosa o tardía, en atención a que en efecto no existe argumento jurídico que pueda validar la tesis de la existencia de una relación causa-efecto entre esa omisión presentada o falla a la hora de solicitar el consentimiento, y los riesgos que puedan materializarse. Con o sin la aprobación del paciente, el riesgo de igual manera podía haberse presentado, lo cual descarta de tajo cualquier relación causal con la violación cometida

por el profesional, de no solicitar el consentimiento del paciente.

Por lo descrito, ya tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo Español, en un caso donde unos médicos decidieron intervenir a un menor de edad sin el consentimiento de los padres; con tan mala fortuna que en el procedimiento se materializó uno de los riesgos que eran previsibles pero no evitables, se dijo que “...la circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido (...) Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables” (26).

Esta postura que se critica y está actualmente vigente en la Jurisprudencia Colombiana, no puede sostenerse y menos si se hace bajo el pretexto de la existencia de una relación de tipo jurídico entre la violación del deber de solicitar el consentimiento y las consecuencias que puede padecer el paciente, tal y como lo indica el Consejo de Estado, al prescribir “Quede claro, entonces, que no se condenará al Instituto de Seguros Sociales con base en la mera existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre el procedimiento quirúrgico adelantado y las lesiones y secuelas padecidas por el demandante, sino con base en el análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, en tanto que privó al paciente de haber optado por una alternativa distinta de la realización del procedimiento quirúrgico que culminó el curso causal dañoso —y, por consiguiente, le cercenó

al aquí accionante la posibilidad de interrumpirlo—, hace jurídicamente atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la administración accionada.” (27) (Subrayado fuera del texto)

Se enfatiza en que una postura como la anterior, solo desconoce la regla de que únicamente pueden indemnizarse los perjuicios que provienen del daño causado, de tal manera que si en este caso el daño está representado en la violación de un derecho personalísimo como sería la libertad, la autonomía, la dignidad humana, no es posible considerar que una de las consecuencias de su vulneración sea la materialización del riesgo que puede producir un daño corporal; todo ello bajo la creencia que existe una relación de tipo jurídico entre el actuar del médico y los daños corporales.

Precisamente el nexo jurídico que debe verificarse en estos eventos, es el que impone la carga al actor de probar cómo los perjuicios que solicita son consecuencia inmediata o directa de la conducta reprochada al demandado y del daño padecido, y en estos casos es imposible concluir, que de la violación del deber de solicitar el consentimiento informado, sobreviene inmediata y directamente la producción de una lesión corporal. No se da la pretendida relación causa efecto, ni de desde el punto de vista físico, ni del jurídico.

Se debe recordar cómo el ámbito de protección de la norma, esto es, el objetivo jurídicamente relevante que se busca con la obligación de solicitar el consentimiento informado del paciente, es el reconocimiento de unos derechos constitucionales del mismo y no la protección o garantía de no padecer

unas secuelas como consecuencia de un procedimiento. Igualmente acordar que aunque la práctica médica comporte la existencia de unos riesgos, no por ello se considera una actividad riesgosa (28), por cuanto el riesgo que se pueda llegar a materializar, es propio de la evolución de la enfermedad, pero no ha sido creado por el profesional de la salud, este ya existía con antelación a la realización del acto médico, y hace parte de la situación misma que padece el paciente; diferente sería cuando se constate una actuación culposa del profesional, que conlleva a generar un riesgo o agravar el que ya existía; en estos casos es lógico pensar en una relación causa efecto entre la conducta y el resultado materialización del riesgo.

Pese a considerar que este es el deber ser, y que no es posible justificar la postura que implica hacer un traslado de los riesgos propios de la enfermedad o patología, al profesional de la salud por no advertirlos o no solicitar el consentimiento del paciente, debe aceptarse que tal conducta sí entraña un daño para el paciente, el cual está representado en la vulneración de su derecho a la autonomía, a la libertad y dignidad humana, que genera como consecuencia la existencia de un perjuicio moral (22), el cual si tiene relación directa e inmediata con el daño padecido o se ha lesionado un derecho personalísimo, deberá ser indemnizado por el médico, teniendo en cuenta para su cuantificación variables como el mayor o menor grado de desmejoramiento de salud del paciente, el carácter invasivo o no de la intervención realizada, la existencia de otras alternativas menos riesgosas que la finalmente dispensada, el carácter de urgente o electivo del procedimiento, entre otros.

REFERENCIAS

- 1 Karina Núñez Zambrano. *Responsabilidad civil médica de las E.P.S e I.P.S, derivada de la prestación del servicio de salud*. [Tesis de Maestría], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 7.
- 2 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-106. Marzo 6 de 1997. M.P. Dr.: Hernando Herrera Vergara.
- 3 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760. Julio 31 de 2008. M.P. Dr.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- 4 Colombia. Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991.
- 5 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición, Bogotá, Temis, 2000.
- 6 Colombia. Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Febrero 27 de 1981. Do. N° 35.711.
- 7 Carlos Ignacio Jaramillo J. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Colección Ensayos N°8. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 223.
- 8 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401. Septiembre 12 de 1994. M.P. Dr.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 9 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Agosto 24 de 2009. M.P. Dr.: William Namén Vargas. Exp. 01054.
- 10 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Noviembre 17 de 2011. M.P. Dr.: William Namén Vargas. Exp. 00533.
- 11 Luis Felipe Giraldo Gómez. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Noviembre 2011, p. 76; 152.
- 12 Michel Paillet. *La responsabilidad administrativa*, Primera reimpression, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, agosto de 2003, p. 259. Título original *La responsabilité administrative*, 2001, Trad. de Jesús María Carrillo Ballesteros, p. 255.
- 13 Luis Moisset De Espanés y José Fernando Márquez. *Reparación de daños y responsabilidad civil I*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallia S.A, 2009, p. 154.
- 14 Juan Carlos Henao. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Cuarta reimpression, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, Julio de 2004, p. 193.
- 15 Colombia. Código Civil. Ley 57 de 1887. Mayo 23 de 1873.
- 16 Eduardo A. Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Aestrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L, 1987, p.74.
- 17 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios Generales. Sentencia Julio 21 de 1922. M.P. Dr.: Tancredo Nannetti
- 18 Christian Larroumet. *Teoría general del contrato, Volumen II*, Bogotá D.C., Editorial Temis, 1999. Título original, *Droit civil. Les obligations. Le contrat. Tomo III, 2ème Edition*, 1990, trad. de Jorge Guerrero R, p.81.
- 19 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia Septiembre 14 de 2011. C.P. Dr.: Enrique Gil Botero. Exp. 38.222.
- 20 Ramón D. Pizarro. “Causalidad adecuada y factores extraños”, Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (Directores de la obra). *Derecho de daños, primera parte*, 1ª reimpression, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1991, p.255
- 21 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia noviembre 2 de 2011. C.P. Dr.: Danilo Rojas Betancourth. Exp. 21.157.
- 22 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia Agosto 23 de 2008. C.P. Dra.: Ruth Estela Correa Palacio. Exp. 15.737.
- 23 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera. Sentencia Abril 27 de 2011. C.P. Dr.: Estela Conto Díaz del Castillo. Exp. 20.636.

- 24 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia Enero 24 de 2002. C.P. Dr.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12.706.
- 25 François Chabas “La pérdida de la oportunidad (“chance”)* en el derecho francés de la responsabilidad civil”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, Medellín, N° 8, marzo de 2000, p.70.
- 26 España. Tribunal Supremo. Sala 3ª. Sentencia Abril 4 de 2000.
- 27 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera. Sentencia 10 de marzo de 2011. C.P. Dr.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.347
- 28 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Enero 30 de 2001. M.P. Dr.: José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5507.