

# DERECHO Y VIDA

ius et vita

ISSN 1692-6455  
Octubre de 2014, número CVI

## Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información del médico: reflexiones a partir de la experiencia francesa (segunda parte)

Jorge Herrera M.\*.\*\*

En el número anterior de este Boletín<sup>1</sup> se exploró la evolución del derecho francés, explicando en la última parte cómo la jurisprudencia francesa discurrió de una actitud severa hacia al paciente al no admitir la existencia de otros daños diferentes al de la pérdida de oportunidad de decidir no someterse al acto médico, hacia una postura más rigurosa para el médico al reconocer la indemnización de un daño moral, bastando para su caracterización la sola constatación de la transgresión del derecho del paciente a decidir bien informado. Se enunció la existencia de una evolución posterior, a la que nos referiremos en las siguientes líneas.

La consagración del daño de *impréparation* resulta de la sentencia dictada por la Primera Sala Civil

de la Corte de Casación el 23 de enero de 2014. Una vez estudiemos a fondo la evolución que ella implica, podremos hacer algunas consideraciones más generales en nuestro tema.

### C. La consagración del daño de “*impréparation*”.

En una sentencia de 23 de enero de 2014<sup>2</sup>, la Corte de Casación analizó el caso de una persona que había recibido, entre los años 1996 y 1999, cinco inyecciones de una vacuna (GenHevac B) contra la hepatitis B. Posteriormente, le fue diagnosticada una esclerosis lateral amiotrófica (ELA), que ella atribuía a la administración de esas dosis. En lo que a nuestro tema concierne, el paciente solicitaba la declaración de responsabilidad del médico por la falta de información sobre los riesgos de la vacuna. En el proceso, la mayoría de los expertos y los científicos descartaron todo vínculo de causalidad entre esa vacuna y la aparición de la ELA, y se indicó que, en consecuencia, tal riesgo no aparecía mencionado por la noticia de la vacuna ni por los diccionarios médicos de referencia.

Excluido de esa forma todo nexo de causalidad entre la vacuna y el padecimiento del enfermo, así como la materialización de un riesgo no informado por el galeno, la Corte de Casación francesa aprobó la sentencia del

\* Abogado y especialista en Derecho médico de la Universidad Externado de Colombia. Realizó un Diploma Superior de Universidad (D.S.U.), especialidad en derecho civil, y una maestría en Derecho privado general en la Universidad Panthéon-Assas-Paris II, y actualmente es doctorando en la misma universidad.

\*\* Las traducciones que aparecen en este escrito son traducciones libres del autor.

1. HERRERA, J. “Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información del médico: reflexiones a partir de la experiencia francesa (primera parte)”. *Boletín Derecho & Vida*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, n.º CV, septiembre de 2014.

2. Corte de casación francesa. Primera sala civil, 23 de enero de 2014, n.º 12-22.123.

tribunal de instancia que desestimó las pretensiones del demandante y afirmó que “independientemente de los casos en los cuales la falta de información de los riesgos inherentes a un acto de investigación, de tratamiento o de prevención, hace perder una oportunidad de evitar el daño derivado de la realización de uno de esos riesgos, negando someterse a él, la violación, por un profesional de la salud, de su obligación de información, causa a aquel que debía ser informado, cuando el riesgo se realiza, un daño derivado de la falta de preparación a las consecuencias de ese riesgo, que el juez no puede dejar sin reparación”.

La admisión de ese denominado daño de *impréparation* conduce a una convergencia oportuna de jurisprudencia de las cortes francesas, ya que el cambio de postura de la Corte de Casación constituye un alineamiento con la posición jurisprudencial que el Consejo de Estado había introducido poco tiempo antes. En efecto, en una sentencia de 10 de octubre de 2012 dicha Corporación había afirmado que “independientemente de la pérdida de la oportunidad de rechazar la intervención, el incumplimiento de los médicos de su obligación de informar los riesgos abre al interesado, cuando esos riesgos se realizan, el derecho de obtener reparación de la perturbación que él ha podido padecer por el hecho de no haber tenido ocasión de prepararse a esa eventualidad, especialmente tomando ciertas disposiciones personales”<sup>3</sup>.

El punto de arribo es, entonces, el reconocimiento de un nuevo tipo de daño para la hipótesis en la cual el paciente no pueda demostrar los presupuestos del daño de pérdida de oportunidad. Ello implica para el paciente que la omisión del médico será sancionada, en el plano resarcitorio, aun en los casos en que él hubiese aceptado la intervención luego de haber recibido una información completa por parte del profesional de la salud. Ello aumenta, entonces, las posibilidades de que el médico sea condenado, ya que se deja intacta la consolidada corriente que admite el daño de pérdida de oportunidad y se añade una nueva hipótesis de reparación de daño.

La exigencia de que el riesgo no informado haya sido el riesgo realizado en la esfera corporal del paciente tiene como consecuencia que se descarte toda indemnización por la simple violación de la obligación de información<sup>4</sup>, como en la hipótesis en la que el riesgo realizado no fue el riesgo no informado, o cuando el resultado de la intervención fue favorable al paciente. Ello significa, entonces, que el perjuicio de *impréparation* no es autónomo sino accesorio, ya que es condición para su invocación que en la corporeidad del paciente se haya realizado el riesgo de cuya eventual ocurrencia no fue avisado. Es lo que un autor calificó como la vuelta a los fundamentos de la responsabilidad civil<sup>5</sup>.

El principal factor para la evaluación del daño de *impréparation* sería la gravedad del riesgo realizado, del cual no fue informado y que el paciente tuvo que enfrentar de sopetón. Así, el juez tendría que apreciar en qué medida la realización del riesgo no informado afectó las condiciones de vida del paciente y cuál fue el impacto de encarar esa situación en sus circunstancias personales, familiares y profesionales, por el hecho de no haberse podido representar ese escenario, comparándola con la situación esperable de la realización del procedimiento médico.

Con respecto a su prueba, parece haber lugar a una diferencia entre la postura de las dos cortes francesas. Concretamente, de la afirmación de la Corte de Casación según la cual el paciente sufre un perjuicio de *impréparation* que “el juez no puede dejar sin reparación”, la doctrina ha deducido que opera una presunción de realización de ese daño por el hecho de haberse materializado el riesgo no informado, mientras que el Consejo de Estado parece exigir de la víctima la prueba de la consistencia de la perturbación del paciente<sup>6</sup>. A ese respecto parece más lógica la posición de la Corte, ya que de la gravedad del daño corporal sufrido por el paciente es posible inferir el choque del paciente al tener que encarar una afectación de su salud de la cual nunca pudo representarse su ocurrencia. Siguiendo el modelo de la prueba del daño moral en algunas hipó-



tesis<sup>7</sup>, en este caso resultaría más conveniente admitir una presunción de acuerdo con la gravedad del daño corporal sufrido por el paciente.

Surge el interrogante de si la consistencia, la sustancia, de dicho daño de *impréparation*, podría llevar a que el paciente lo solicite como un perjuicio adicional en el caso en el que pruebe la existencia del daño de la pérdida de la oportunidad de no practicarse la intervención. En efecto, ¿es que en ese caso él sufre simultáneamente la privación de la posibilidad de alistarse y tomar las medidas para la eventual ocurrencia del daño que finalmente se realizó? ¿O es que el daño de pérdida de oportunidad excluye la caracterización del daño de *impréparation*?

Dada la diferencia en cuanto a su contenido, nos parece que se abre la posibilidad de acumular el daño de *impréparation* y el daño de pérdida de oportunidad. En efecto, mientras que el primero resarce la perturbación emocional del paciente al tener que enfrentar las consecuencias de un efecto negativo del acto médico que nunca pudo considerar o prever al no haber sido enterado del mismo, el segundo resarce la privación de la posibilidad de haber decidido de una manera diferente a como finalmente lo hizo. Mientras que para su evaluación el primero tiene en cuenta el impacto psicológico para el paciente, tomando como referencia principalmente la gravedad del

riesgo realizado, el segundo tiene en cuenta la probabilidad de que aquel hubiese rechazado el tratamiento y la aplica, en términos porcentuales, al daño entero sufrido.

En todo caso, si teóricamente el contenido de los dos tipos de daños puede diferenciarse, el juez en la etapa de evaluación de las consecuencias del daño corporal sufrido por el paciente, en su esfera patrimonial y extrapatrimonial, debe evitar un doble resarcimiento de los perjuicios finales sufridos por aquel. Verbigracia, si el daño de *impréparation* lleva a la reparación de un daño patrimonial sufrido por el paciente debido a que él no pudo tomar las medidas para finiquitar un negocio dentro del marco de su actividad profesional, lo que generó una pérdida de ingresos, entonces esa merma patrimonial sufrida no podría ser indemnizada a título de lucro cesante dentro de la evaluación del daño de pérdida de la oportunidad que será indemnizado.

La doctrina francesa ha recibido con opinión favorable la admisión de ese nuevo tipo de daño por la jurisprudencia, pues parece constituir una postura de justa ponderación, ya que, de un lado, se sanciona la conducta del médico en los casos en que no hay lugar a indemnizar el daño de pérdida de oportunidad y, de otro lado, se rechaza la idea de que la transgresión del derecho a la información del paciente constituya en sí mismo un

3. Consejo de Estado francés. 10 de octubre de 2012, n.º 350046. V. GOUT, O. “L’obligation d’information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique”, *Revue Lamy Droit Civil*, n.º 115, mai 2014, p. 22, según el cual el alineamiento de la Corte de Casación a la jurisprudencia del juez administrativo constituye una bella ilustración del diálogo entre jueces, y es conforme al interés de las víctimas, ya que recibirán un tratamiento idéntico en ambas jurisdicciones, que es además uno de los objetivos perseguidos por la Ley 303 del 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema de salud.

4. BACACHE, M. “Réparation du défaut d’information médicale: revirement ou affinement de jurisprudence?”, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 590.

5. LEVENEUR, L. “D’importants précisions sur le préjudice causé par le manquement du médecin à son devoir d’information”, *Contrats Concurrence Consommation*, n.º 4, abril de 2014, comm. 68, p. 86.

6. GOUT, O. “L’obligation d’information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique”, cit., p. 23. BACHACHE, M. *Réparation du défaut d’information médicale: revirement ou affinement de jurisprudence?*, cit., p. 590.

7. Ver con respecto a la prueba del daño moral, entre otras muchas, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Olga Mélida Valle, 24 de enero de 2011, radicación 25000-23-26-000-1998-00656-01(18190). Actor: Arturo Infante y otros. Demandado: Nación-Rama Judicial.



perjuicio que deba ser reparado. La única incertidumbre, que deberá resolverse con el paso del tiempo, es la relativa a la evaluación que harán los jueces de instancia de ese nuevo tipo de daño.

Dicho todo lo anterior, el daño de *impréparation* podría definirse como aquel daño, principalmente inmaterial, que resulta de la situación psicológica del paciente de tener que enfrentar, de sopetón, las consecuencias de la realización de un riesgo del cual no fue informado, habiéndosele privado así de la posibilidad de asimilar y prefigurarse las consecuencias de la realización del mismo, así como, eventualmente, de tomar, prever, o al menos considerar, las medidas para tratar dichas secuelas, en todos los ámbitos de su vida (personal, profesional, familiar y social). Su carácter es accesorio al daño corporal, pues su existencia está sujeta a la materialización del riesgo específico que el médico omitió informar, y para su prueba podría operar una presunción según la gravedad del daño sufrido por el paciente.

También se podría reconocer un daño de *impréparation*, esta vez de carácter material, por ejemplo,

8. El médico podrá oponer a ello, por ejemplo, que la intervención no podía posponerse o que su práctica, en el menor tiempo posible, brindaba mayores posibilidades de éxito al paciente, por lo que hubiese sido más probable que la intervención fuera practicada en la misma época.

en la hipótesis en la que el paciente demuestre que, debidamente informado, con anterioridad a la práctica del procedimiento médico hubiese dejado finiquitados ciertos asuntos o terminado ciertos trabajos o negocios, los cuales interrumpió con el objetivo de someterse al procedimiento terapéutico, pero sin que efectivamente luego los pudiera reanudar, debido a la afección sufrida como consecuencia de la realización del riesgo no informado<sup>8</sup>. Sin embargo, se debe aclarar que este componente material no necesita un reconocimiento particular por la jurisprudencia, ya que en cualquier caso el paciente puede pedir su indemnización si logra demostrar los elementos tradicionales de la responsabilidad civil, y por ello no ocupa nuestra atención en este escrito.

En conclusión, el derecho francés en la actualidad despliega una trilogía de *typus* de daño para permitir al paciente una reparación en caso de que el médico no haya cumplido fielmente su obligación de información. En primer lugar, el caso excepcional de reparación integral del perjuicio, si el paciente logra demostrar que de haber sido correctamente informado, él habría

rechazado la proposición médica. En segundo lugar, el daño de pérdida de oportunidad, en el marco del cual al paciente le basta probar la existencia de una probabilidad de una negativa de su parte para el caso en el que el galeno lo hubiese informado diligentemente. En fin, si de las circunstancias se deduce que el paciente, aun si hubiese sido plenamente informado, el carácter ineluctable de la intervención lo hubiese llevado a aceptarla, tiene la posibilidad de instar al juez a la reparación de su perjuicio de *impréparation*.

#### I. Reflexiones a la luz del derecho colombiano

El panorama presentado lleva a interrogarnos sobre la situación en derecho colombiano y su diferencia con el orden jurídico francés. Examinaremos, en primer lugar, las características e identidad del perjuicio de “*impréparation*” (A), el tratamiento que ha dado nuestra jurisprudencia al daño inmaterial que puede ser reclamado por el paciente en nuestro tema (B) y, por último, la cuestión del rol del elemento de causalidad en los procesos de responsabilidad (C).

A. Partiendo de la experiencia francesa y de la definición antes mencionada del daño de *impréparation*, en nuestra opinión, resulta indiscutible su identidad y consistencia propia, así como la legitimidad e importancia del interés lesionado que pretende proteger.

Se trata de un daño más susceptible de presentarse en el campo médico, pues, de un lado, es en ese contexto donde en ocasiones el ser humano se ve enfrentado a sucesos inesperados, que perturban hondamente el desarrollo de su vida, y donde el embate de tener que hacer frente a esa situación, puede causar una perturbación psicológica más o menos importante, según la gravedad de la alteración que cause el padecimiento a la relación del paciente con su cuerpo y entorno. De otro lado, el progreso y la experiencia médica acumulada, así como el cambio de paradigma en la relación médico-paciente hacia una visión más autonomista, conducen a que uno de los objetivos de la ilustración recibida por el paciente sea la de permitirle reconocer hasta qué punto él está dispuesto a aceptar la eventualidad de la realización de ciertos riesgos o la fatalidad del avance de su enfermedad, y proyectar su existencia en condiciones diferentes.

9. Expresión utilizada por MOLFESIS, NICOLÁS, en su intervención titulada “Le préjudice, entre objectivisme et subjectivisme”, en una presentación en el coloquio titulado “Quelle avenir pour la responsabilité civile?”, realizado el 11 de abril de 2014 en París, para referirse a la creación o admisión en las últimas décadas de nuevos tipos de daños que buscan compensar la afección de diferentes expresiones de la psiquis, de sentimientos o embates al fuero interno del ser humano. Ejemplo típico de ello es el daño de *impréparation*.

Y es por ello que, aun en el caso en que el paciente se hubiese sometido al procedimiento médico porque, por ejemplo, de aquel dependía su vida, la posibilidad de representarse vivir la vida en otras condiciones, con base en la información suministrada por el médico, constituye sin duda un interés digno de protección. Precisamente, como se ha visto, el reconocimiento de ese daño en la jurisprudencia francesa obedeció a la percepción de una situación específica de exoneración de responsabilidad del médico que no había cumplido diligentemente su obligación de ilustración, en el caso en que no existía ningún vínculo causal entre esa omisión y la determinación final del paciente.

Si se afirma la protección de un interés legítimo, con entidad propia y con una estimación de protección particular, en realidad, su admisión por el ordenamiento jurídico, de una parte, entra en la discusión más general, en el derecho de la responsabilidad civil, del reconocimiento de nuevos daños inmateriales, que merecen una reparación autónoma, y, de otra parte, ello puede obedecer, en todo caso, más a una política judicial de favorecer, en todas las hipótesis, la reparación del daño corporal sufrido por el paciente como consecuencia de un acto médico.

Con respecto a lo primero, y sin entrar en el debate más amplio de la tendencia al reconocimiento de nuevos tipos de daños, la crítica a admitir uno nuevo puede radicar, en primer lugar, en lo que algunos han denominado la “psicologización” de la responsabilidad civil<sup>9</sup>, es decir, la creación de nuevos tipos de daños –que por consiguiente son reparados en forma separada– cuando se logra individualizar una forma particular de alteración psicológica o emocional del ser humano. Se trataría, en cierta forma, de una diversificación o descomposición del daño moral, entendido, en una acepción general, como aquel que pretende compensar los atentados al fuero interno de la persona.

Ello tendría como consecuencia que, de un lado, podría legitimarse la compensación autónoma de múltiples formas de perturbación del fuero psicológico del ser humano, como, por ejemplo, el sentimiento de zozobra o temor experimentado por una persona debido a la potencialidad de sufrir una enfermedad por haber estado



expuesto a un evento o producto determinado<sup>10</sup>. De otro lado, esos nuevos daños tienen vocación a extenderse a diversas hipótesis. Concretamente en nuestro tema, la legitimidad de la compensación del choque causado por la forma brusca como una persona debe asumir una desventura, que nunca pudo prefigurarse debido a la conducta negligente de quien estaba obligado a suministrar una información, podría aplicarse, por ejemplo, al caso del *wrongful birth*<sup>11</sup>.

Con respecto a la política judicial que lleve al reconocimiento de este nuevo tipo de daños, todo dependerá de la extensión que quieran reconocer los jueces al daño moral en el ordenamiento patrio. En efecto, como se trata de un daño que atenta contra el fuero íntimo de la persona porque tiene en cuenta la afectación del proceso interno de asimilación de una nueva situación ocurrida de manera abrupta, surge la pregunta de si él podría entenderse subsumido en la categoría de daño moral, cuya reparación pretende compensar diversos afecciones de la esfera interna de la persona, o es que debería reconocerse el impacto psicológico sufrido por el paciente por no haber podido representarse el daño sufrido.

10. Es el caso por ejemplo de la persona que, en su lugar de trabajo o vivienda, estuvo expuesta durante mucho tiempo al asbesto, que es un material utilizado en construcción, que se ha identificado como agente cancerígeno, y que por ello experimenta un sentimiento de zozobra, amenaza o temor, debido a la probabilidad de desarrollar un cáncer producido por ese producto. Así, en Francia, en esa hipótesis la Corte de Casación ha reconocido el denominado “perjuicio de ansiedad” (Corte de Casación, Sala Social, 11 de mayo de 2010, n.º 09-42241).

11. Al respecto, MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 377, sobre los daños reparables en la hipótesis de *wrongful birth*, afirma: “Así, se alega en ocasiones que los progenitores sufren un daño moral por la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del niño que creían sano; esto es, por no haber podido prepararse psicológica o económicamente frente al nacimiento de un niño discapacitado. Se dice que cuando los progenitores se enteran del verdadero estado de salud de su prole futura experimentan una serie de sentimientos de sorpresa, frustración, rechazo y malestar –incrementados por la conciencia de que el conocimiento de esta información en un momento anterior podría haberles permitido optar por no concebir o por interrumpir el embarazo– que se tratan de identificar con el daño moral”. Para la autora, ob. cit., p. 383: “... la admisión del daño por la falta de preparación ante el nacimiento del niño encontraría un claro encaje en un concepto de daño moral basado en el dolor, angustia o sufrimiento, pues lo que se reclama en estos casos es daño por el impacto en la esfera anímica del progenitor ante el falso negativo”.

Siguiendo a MACÍA MORILLO, el concepto de daño moral no es unívoco sino que podemos encontrar principalmente tres concepciones: “las teorías que definen el daño moral por oposición al daño patrimonial (teorías negativas), las que lo definen como una lesión de bienes o intereses que carecen de entidad material, como son los bienes de la personalidad, y las que lo definen como el dolor o sufrimiento de una persona en su esfera anímica (aunque es cierto que no siempre se establece una distinción entre estas últimas)”<sup>12</sup>. Por su parte, nuestra jurisprudencia ha entendido el daño moral como “el producido generalmente en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien”<sup>13</sup> (el primer superíndice).

No hay duda que el reconocimiento de nuevos tipos de daños, que aumentan la posibilidad de los profesionales de la salud de ser condenados en procesos de responsabilidad civil comporta un efecto de exhortación para que ellos cumplan adecuadamente las obligaciones que, jurídica y deontológicamente, les corresponden. Sin embargo, no se puede pasar por alto que, en nuestro tema, ello puede llevar a que los médicos, para precaver cualquier potencialidad de reproche a su conducta, asuman actitudes que en últimas pueden llevar a afectar el proceso de toma de decisión de un paciente. Así, el médico-enciclopedia que pretende colmar a su paciente con todos los datos médicos sobre los riesgos de un procedimiento, o que no ajusta y proporciona la información teniendo en cuenta el posible estado de perturbación, inquietud o tensión del paciente, puede simplemente llevar a disuadir a éste de practicarse un tratamiento<sup>14</sup>.

Además, si saltamos fuera del campo de la responsabilidad civil es fácil advertir que nuestro tema

no debe tratarse aisladamente<sup>15</sup> sin tener en cuenta las transformaciones en las últimas décadas de la relación médico-paciente y, más aún, en consideración de las particularidades del caso colombiano todo lo relativo a la organización del sistema de seguridad social y al modelo económico del sector salud, que perturba la conducta de los profesionales de la salud en el cumplimiento de sus obligaciones legales y deontológicas. Además, el reconocimiento de un nuevo tipo de daño puede tener consecuencias no solamente sobre la ejecución del médico de su obligación de ilustración, sino también, desde el punto de vista económico, sobre el precio de los servicios y de las primas de los seguros que contratan los médicos y las instituciones de salud.

**B.** En lo que a nuestro derecho concierne, observamos un carácter marcadamente proteccionista, pues la jurisprudencia administrativa ha reconocido la existencia de un daño moral autónomo padecido por el paciente cuando el médico ha desconocido su derecho a tomar una decisión con base en una información completa. El Consejo de Estado en una sentencia del 23 de abril de 2008 afirmó que “el daño que se causa a una persona cuando en procura de mejorar su salud se la somete a un riesgo que de manera libre y conciente (sic) no aceptó, no es el daño corporal generado por la materialización del riesgo no consentido, sino el dolor moral que sufre por haber sido sometido, por voluntad de otro, desconociendo sus derechos a disponer de su propia vida, a un riesgo, que él no hubiera asumido, de generarle un mayor daño corporal o la muerte”<sup>16</sup>.

Ello constituye, en nuestro sentir, una ampliación del concepto de daño moral, pues éste puede ser reconocido con la sola constatación de la transgresión del derecho a la autodeterminación del paciente. Ya no se trata acá, al parecer, de probar o presumir la afectación

12. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, op. cit., p. 381.

13. Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de julio de 2003, exp. 14083, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Reiterado posteriormente en otras sentencias, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de junio de 2011, exp. 19836, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

14. Esto tiene una relación directa con las discusiones en torno al tema del “privilegio terapéutico”, entendido como la facultad del médico de limitar la información que comunica al paciente “en el caso en el que el médico considere que demasiada información relativa a los riesgos y consecuencias posibles de un tratamiento pueden llevar al paciente a rechazar un tratamiento necesario o a causarle un traumatismo psicológico”. KNOPPERS, B. “Vérité et information de la personne”. En *La vérité et le droit*, Travaux de l’association Henri Capitant, t. XXXVIII, Paris, Economica, 1987, p. 98.

15. Para un estudio interdisciplinar sobre el consentimiento informado en la práctica médica en el caso específico de los pacientes con cáncer, ver WIESNER, C. y MONSALVE, L. *Interactuar, comunicar, deliberar. Un estudio de caso: el consentimiento informado en el Instituto Nacional de Cancerología*, Cuadernos del CIDS, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, 102 p.

16. Consejo de Estado. Sección Tercera. 23 de abril de 2008. C.P. Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA. Actor: Carlos Alfredo Muños. Rad. 5737.

de la esfera anímica sufrida por el paciente, sino de reconocer la existencia un daño moral derivado de la consciencia de la violación de su derecho a decidir plenamente informado. Esa posición fue rechazada por la Corte de casación francesa en la sentencia de 23 de enero de 2014 arriba mencionada, pues para ella en estos casos los perjuicios inmateriales son accesorios, en el sentido que se impone como talanquera a su reconocimiento que el paciente haya sufrido un daño corporal.

Lo que es más, nuestro Consejo de Estado ha afirmado expresamente que dicho daño moral es reconocido “a pesar de que dicho riesgo no se materialice en un agravamiento de su condiciones de salud”<sup>17</sup>. Se prescinde entonces del daño corporal como limite al reconocimiento de daños de carácter inmaterial. Sin bien es cierto, de un lado, ello refuerza la función conminatoria de la responsabilidad civil en la medida en que apremia a los profesionales de la salud a cumplir diligentemente sus obligaciones; de otro lado, ello conduce a una judicialización de la relación médico-paciente y a un aumento de las demandas por responsabilidad civil en ausencia de un daño corporal sufrido por el paciente.

Además, ello suscita múltiples inquietudes sobre la evolución del derecho de daños en el ordenamiento patrio: ¿es que la violación de todo derecho fundamental o de la personalidad implica en sí mismo la existencia de un perjuicio que el juez no puede dejar sin compensación? ¿Se exige la prueba de la consistencia de ese daño moral o se aplica una presunción por el hecho de la violación de ese derecho? ¿Se concedería una compensación cuasi-automática en esas hipótesis? ¿En la práctica, cuáles son los límites para la compensación monetaria de este tipo de daños?

Ahora bien, si bien teóricamente es posible admitir la existencia de un daño de “*impreparation*”, el reconocimiento de un concepto amplio de daño moral por nuestra jurisprudencia administrativa lleva a considerar

que, en la actualidad, el derecho del paciente a tomar una decisión suficientemente informado es rigurosa y severamente protegido, y que la introducción de otros daños de carácter inmaterial no es oportuna. Concretamente, la admisión de ese concepto amplio de daño moral, conduce a pensar que es improbable el reconocimiento de un daño como el de “*impreparation*” en nuestro ordenamiento, puesto que, en nuestro sentir, en un futuro la jurisprudencia podría establecer que la compensación del daño moral sufrido por el paciente, cubre también el contenido del daño de “*impreparation*”. La individualización de un daño inmaterial adicional no se muestra necesaria y, por el contrario, significaría extender demasiado la esfera de daños reconocidos al paciente por la afectación sufrida por la transgresión de su esfera volitiva.

C. Con respecto al nexo de causalidad, nuestro propósito es ahora comparar la experiencia francesa con la postura de la jurisprudencia colombiana, concretamente la plasmada en una sentencia del Consejo de Estado de 12 de diciembre de 2013<sup>[18]</sup>, en la que, a diferencia de otras decisiones anteriores, se descartó la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad. En el caso se trataba de una paciente que padecía de colitis ulcerativa y para tratarla le fue practicada una colectomía<sup>19</sup>. Posteriormente, la paciente presentó complicaciones que llevaron a que en los años sucesivos se le practicaran otros procedimientos médicos, lo que condujo al deterioro progresivo de su estado de salud. En el fallo se tiene por probada la irregularidad en la obtención del consentimiento de la paciente, debido a la falta de comunicación de los riesgos específicos del acto médico al que fue sometida.

El Consejo de Estado aplica la teoría de la transferencia o asunción de los riesgos<sup>20-21</sup>. Siguiendo el discurso de la Corporación, cualquier atentado de una persona a la esfera física de otra implica que aquella



deba responder por las consecuencias de dicha intrusión. En materia médica, los riesgos de la intervención se encuentran, en principio, a cargo del galeno, dada su formación y la especificidad de los conocimientos médicos, que no se encuentran al alcance de cualquier persona del común. Partiendo de esa idea, la comunicación adecuada al paciente de los riesgos de un procedimiento médico permite transferir dichos riesgos y que sea éste el que asuma las consecuencias de los mismos<sup>22</sup>.

Para el Consejo de Estado, el hecho de que el médico afecte la integridad física del paciente implica que él asume, jurídicamente, las consecuencias de dichos riesgos. La imputación jurídica de los mismos solamente se hace al paciente mediante la comunicación y aceptación de ellos por éste. Al aplicar la teoría de la asunción de riesgos, la discusión en nuestro ordenamiento se presenta en términos diferentes a los planteados en derecho francés, pues la pregunta que se plantea no es aquella de si la violación del derecho del paciente a decidir plenamente informado genera un perjuicio, sino

que nuestros jueces administrativos deben simplemente examinar si hubo o no trasferencia jurídica al paciente de los riesgos del procedimiento médico. La incorrección en la comunicación de la información tiene como resultado que, jurídicamente, es el médico quien conserva la posibilidad de ocurrencia de los mismos y quien debe responder por las consecuencias negativas en caso de que ellos sucedan. Dicho de otro modo, el médico solamente responderá si el riesgo realmente ocurrido fue un riesgo no transferido al paciente.

Ello lleva a afirmar al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que “se puede decir que la ausencia de consentimiento es *per se* generadora de responsabilidad en cabeza del tratante, aun cuando los resultados negativos que de la operación se sigan no sean otra cosa que la realización de un riesgo inherente o, incluso, una consecuencia inevitable. En otras palabras, se puede decir que el paciente asume los riesgos consentidos (y previamente informados), mientras que por lo que vaya más allá de tal consentimiento responde el médico, se-

sable al médico de los daños causados a la persona “a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto”, salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados”, o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos *expressis verbis*, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño” (subrayado nuestro).

22. En palabras del Tribunal, “queda claro que lo que da su relevancia jurídica a la operación, no es *per se* el procedimiento, sino una formalidad propia del derecho. Concretamente, se puede decir que lo que hace jurídicamente relevante a la operación (hecho físico) radica en la finalidad del agente en concurrencia con consentimiento del paciente. Únicamente, en virtud de esta conjunción se puede decir que el acto físico de la intervención en el cuerpo cuenta para el derecho como un acto médico-quirúrgico, que permite diferenciarlo del acto criminal o simplemente del abusivo o antijurídico y en virtud del cual se puede decir que el paciente, al consentir la operación, asume como suyo el riesgo, dentro de los límites de la buena fe”.

17. *Ibidem*.

18. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz. 12 de diciembre de 2013. Demandado: Ministerio de Salud e I.S.S. Rad. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493).

19. La colitis ulcerativa es una enfermedad que consiste en la inflamación y ulceración de la pared interna del intestino grueso (colon) y del recto. En los casos graves, para su tratamiento se extirpa una parte o la totalidad del colon y del recto (proctocolectomía). Información tomada de: <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000250.htm>>, consultado por última vez el 27 de mayo de 2014.

20. Al respecto, véase la explicación de dicha teoría en HERRERA, J. “Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico”. *Boletín Derecho & Vida*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008, n.º 77, octubre de 2008, p. 5.

21. La Corte Suprema, Sala civil, parece sentar la misma posición en una sentencia de 17 de noviembre de 2011, MP. William Namen, exp. 5497, al afirmar que la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace respon-

gún el régimen de la responsabilidad objetiva”. Y en la parte conclusiva de la sentencia se afirma: “Por todo lo anteriormente dicho, para la Sala es claro que el actor no asumió los riesgos derivados de los procedimientos a los que fue sometido, razón por la cual se declarará la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales”.

La aplicación de la teoría de la asunción de riesgos hace innecesaria toda discusión en torno al nexo causal entre la conducta reprochable al médico y la decisión del paciente de someterse al procedimiento médico. A diferencia del derecho francés, el paciente no deberá probar la certeza de dicho vínculo para pedir reparación integral del daño sufrido o, la existencia de al menos una probabilidad de rechazo a la intervención, para solicitar el daño de pérdida de oportunidad. El juez colombiano debe verificar simplemente la ausencia de comunicación del riesgo que en la realidad de los hechos sufrió el paciente. Ello muestra, entonces, una actitud considerablemente favorable a las acciones de reparación del paciente.

Con respecto al elemento del daño, la postura del Consejo de Estado excluye que el paciente pueda pedir reparación por la simple violación de su obligación de decidir correctamente informado, es decir, en los casos en que la intervención tuvo efectos positivos. Dicho de otra forma, y en ello arribamos –por una vía distinta– al mismo resultado que en derecho francés a la postre de la sentencia del 23 de enero de 2014, la violación de la obligación de información del paciente no se puede desligar del daño corporal sufrido y sancionar al médico por la sola violación de la autonomía del paciente. Asimismo, se excluye la reparación en aquellos casos en los que el médico no informó un riesgo importante, y que tenía la obligación de informar, pero el paciente sufrió un riesgo diferente al que no fue informado, y que el galeno no tenía la obligación de informar.

Dicho lo anterior, no se entiende por qué en la misma sentencia del Consejo de Estado se afirma que “dado que el principal derecho de un paciente es el derecho de recibir atención adecuada y acorde con su dignidad, se puede decir que el incumplimiento de estas exigencias de orden constitucional y legal *constituyen en sí mismas una lesión, de donde se colige que, incluso en ausencia de otros daños, tendría que ser indemnizada*” (cursivas nuestras). En efecto, al aplicar la teoría de la

transferencia de los riesgos, el Consejo de Estado reconoce que solamente habrá lugar a reparación en caso de ocurrencia de perjuicio corporal sufrido por el paciente, descartando así toda autonomía de un daño por la sola violación de su esfera de decisión. Como en derecho francés, la reparación de la violación de la obligación de información es accesoria al perjuicio corporal sufrido por el paciente.

En la misma sentencia de 2013 se transcriben los apartes de otra sentencia de 2002<sup>23</sup>, en la que el Consejo de Estado había aplicado el daño de pérdida de oportunidad para indemnizar un paciente en el caso también del incumplimiento de la obligación de información del médico. Como se ha visto, el daño de pérdida de oportunidad supone un razonamiento diferente al de la teoría de la transferencia de riesgos aplicada en la sentencia de 2013, pues mientras en aquella se debe probar la duda en la decisión del paciente de someterse al tratamiento si hubiese sido correctamente informado, en esta solamente es relevante probar la ausencia de comunicación al paciente del riesgo realizado.

Podríamos criticar la doctrina del Consejo de Estado en esa sentencia de diciembre de 2013, en el sentido de que su posición elude toda discusión sobre el nexo de causalidad, y si bien ello facilita la tarea probatoria del paciente, lleva a razonamientos cómodos que impiden el estudio profundo de los elementos tradicionales de la responsabilidad civil. Además, parece no dar una respuesta apropiada a todos los casos, pasando por alto circunstancias específicas que los actores del acto médico, galenos y pacientes, tienen en cuenta, los primeros en su práctica médico-científica de orientadores de la decisión de otro, y los segundos, en el momento de decidir su porvenir, tales como los relativos a la existencia o no de otras alternativas terapéuticas para tratar el padecimiento del enfermo o el desenlace a que llevaría la oposición a la realización del acto médico.

Así, por ejemplo, teniendo en cuenta ello, nos preguntamos si ¿resulta justo condenar al médico o a la institución de salud a reparar el entero daño, aun cuando dada la situación de peligro de muerte en la que se encontraba al paciente, de las circunstancias del caso, resulta factible pensar que él se hubiese sometido al procedimiento si hubiese sido correctamente informado por el médico? ¿O cuando se trata de una enfermedad

incurable y progresiva que va mermando la salud del paciente hasta el desenlace fatal? ¿O cuando su oposición hubiese tenido consecuencias mortales inmediatas?

La teoría de la transferencia de los riesgos es demasiado simple para tratar esas situaciones. Parece más adecuado que se analice en cada caso concreto si en realidad se privó al paciente de la oportunidad de tomar una decisión diferente al no informársele adecuadamente de los riesgos de la operación, o si se llega a la convicción que él en todo caso habría tomado la misma decisión, sancionar la conducta del médico imponiendo la reparación del perjuicio de *impréparation*. No se encuentra justificación a la negativa del Consejo de Estado de aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en todos los casos, más aun cuando lo ha venido haciendo desde hace varios años y cuando puedan formularse críticas en lo relativo a la forma de fijar el monto de su reparación<sup>24</sup>.

En suma, si bien es cierto que la pérdida de la oportunidad conlleva una mayor dificultad en la valoración de la prueba, la teoría de la transferencia de los riesgos conduce a un razonamiento simplista, en exceso desfavorable para los médicos, y por ello propugnamos por la aplicación de aquella teoría en todos los casos, porque –como se ha mostrado– un sano razonamiento jurídico debe llevar a considerar que en los procesos que atañen a nuestra materia la discusión sobre el elemento causal y su apreciación en cada caso por los jueces resulta ineludible.

En fin, muestra de esto último es que el elemento del vínculo de causalidad es igualmente el punto central de análisis en derecho inglés, y ello se percibe especialmente luego de un cambio de jurisprudencia de la *House of Lords*, en una decisión importante, de referencia en el tema, y aún vigente en nuestros días: el caso *Chester v. Afshar* del 14 de octubre de 2004<sup>25</sup>. En el fallo la *House of Lords* atempera su posición tradicional, conforme a la cual la única vía para que el médico resulte condenado es aquella de la demostración por el paciente de que si él hubiese recibido la información completa, *en ningún caso* se hubiese sometido al acto médico. Ello resulta de la aplicación de la concepción clásica de la causalidad,

24. Por ejemplo, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 24 de enero de 2002, actor: Luis Alfredo Sánchez, demandado: Hospital Militar Central, exp. 12706., dicha Corporación reconoce el daño de la pérdida de la oportunidad para condenar al demandado, pero no aplica un método de tasación del perjuicio sufrido por el paciente acorde con ese tipo autónomo de daño.

25. CHESTER V. AFSHAR [2004] 4 All E.R. 587.

23. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de enero de 2002, radicación n° 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706), C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.



a través de la aplicación del test *but for*, según el cual se debe examinar si, sin la ocurrencia del hecho X, el resultado Y no habría ocurrido.

En dicha decisión, la paciente alega que si el galeno le hubiese informado el riesgo, ella *podría no haberse sometido* a la intervención inmediatamente, pospuesto la intervención o consultado otras opiniones médicas. El cambio de jurisprudencia radica, entonces, en que al paciente, para obtener la reparación, ya no se le exige probar que él jamás se hubiese sometido a la intervención en caso de haber recibido una información sobre el riesgo que sobrevino, sino que le basta demostrar que la información omitida la habría hecho, al menos, dudar, reconsiderar, o posponer la intervención para consultar otras opiniones. Dicho fallo suscitó muchos comentarios, pues la *House of Lords* admite que la decisión no se funda solamente en razones jurídicas, sino también en otros principios (*policy*), y se admite un distanciamiento de los postulados tradicionales para el estudio de la causalidad<sup>26</sup>.

### III. Conclusión

Si es verdad que tanto el derecho colombiano como el derecho francés muestran una actitud favorable a la reparación del daño sufrido por el paciente en caso de la violación de su derecho de decidir plenamente informado, la discusión se da en términos diferentes. Así, si bien el Consejo de Estado colombiano ha aplicado la pérdida de la oportunidad para tratar el tema, en otras ocasiones, como lo ejemplifica la sentencia de diciembre

de 2013 examinada en este escrito, dicha Corporación aplica la teoría de la transferencia de riesgos, con lo cual la discusión relativa al nexo de causalidad se esquivo por completo. En derecho francés, las discusiones en torno al nexo causal son, por el contrario, el eje central para determinar si el paciente puede obtener la reparación entera del daño sufrido, un resarcimiento parcial en aplicación del daño de pérdida de oportunidad o simplemente la indemnización del ahora reconocido perjuicio de “*impréparation*”.

Además, nuestra jurisprudencia administrativa muestra una tendencia marcadamente proteccionista no solamente en lo relativo al análisis de la causalidad que aplica en estos juicios de responsabilidad, sino también en cuanto a la compensación de los daños inmateriales sufridos por el paciente, pues el Consejo de Estado ha reconocido un daño moral autónomo por la infracción de su derecho a decidir plenamente informado. De ello resulta que, a diferencia del derecho francés, la ocurrencia de un daño corporal no es una condición para el reconocimiento de una compensación por la violación del derecho a la autodeterminación del paciente.

Teniendo en cuenta lo anterior, dejamos planteado el interrogante de si es oportuno reconocer un daño de carácter inmaterial en todas las hipótesis de desconocimiento del derecho del paciente a decidir plenamente informado, aun en aquellas en las que él no resultó afectado en su salud, o si nuestra jurisprudencia debería imponer como límite a su reconocimiento la realización de un daño corporal que sea consecuencia de la materialización del riesgo del cual no fue informado.

26. Para profundizar sobre este caso, consúltense, entre otros, los siguientes comentarios de esa decisión: DEVANEY, S. “Autonomy rules ok, *Chester v. Afshar*”, *Medical Law Review*, 13, Spring 2005, pp. 102-115. STEVENS, R. “An opportunity to reflect”, *Law Quarterly Review*, 2005, 121, pp. 189-194. EDIS, W. “*Chester v. Afshar and Gregg v. Scott*: mixed messages for lawyers”, *Journal of Personal Injury Law*, 2005, 3, pp. 205-223.