

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN
DE INFORMACIÓN DEL MÉDICO¹**

PRIMERA PARTE

Jorge Iván Herrera Moreno²

En desarrollo de la relación médico-paciente a los dos sujetos que allí interactúan compete una obligación de información. Esa obligación se extenderá durante todo el desenvolvimiento del servicio médico, pues éste requiere la continua ejecución de prestaciones que implican una actividad informativa por parte del galeno y un acto de toma de decisión por parte del paciente. Entre los aspectos a los cuales se debe referir el galeno se encuentran aquellos efectos adversos que pueden devenir como resultado de un acto médico, como puede ser una intervención quirúrgica con fines terapéuticos o un procedimiento diagnóstico invasivo. Así, deberá informar de forma completa, clara y veraz sus *consecuencias*, definidas como aquellos efectos negativos que inevitablemente se producirán como corolario del procedimiento médico, v. gr., la pérdida de cabello en una quimioterapia, y los *riesgos*, concebidos como aquellos efectos negativos contingentes que previsiblemente se podrían derivar de aquél, v. gr., la impotencia sexual en el caso de una prostactomía.

El fundamento normativo de la obligación de informar esos aspectos se encuentra en los artículos 15 y 16 del Código de Ética Médica (ley 23 de 1981), que establecen que el médico explicará a su paciente anticipadamente las consecuencias y los riesgos previsibles que se puedan derivar del tratamiento o intervención. Y, por su parte, el decreto 3380 de 1981 dispone que el médico cumple la advertencia del riesgo previsto³ “con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica-médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”⁴.

En este escrito nos referiremos fundamentalmente a la responsabilidad que surge por la omisión

¹ Un agradecimiento a la Dra. María Cecilia M'Causland por las valiosas observaciones realizadas a este escrito, especialmente por su sentido crítico y rigurosidad conceptual.

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Investigador del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la misma Casa de Estudios.

³ Aunque la legislación utiliza la expresión “riesgos previstos”, de acuerdo con la definición que al respecto proporciona el decreto 3380 de 1981 se aprecia que la expresión correcta es “riesgos previsibles”, pues se refiere a todos los riesgos que en campo de la medicina se puedan presentar derivados de la intervención a la que se va a someter el paciente y no solamente a los que en un momento determinado se estableció que podían sobrevenir.

⁴ La Resolución 13437 de 1991 dispone que el paciente tiene “derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve...”.

en el suministro de información en los aspectos de los riesgos previsible y las consecuencias seguras derivadas de la intervención o procedimiento médico, que son los que más originan controversias judiciales⁵. Para ello debemos aclarar tres aspectos sobre el desarrollo de un juicio indemnizatorio de estas características y sin los cuales el problema jurídico versaría sobre un punto distinto al de la responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de informar exigible al médico.

En primer lugar, el impulso de un proceso por incumplimiento de la obligación de informar parte, en la mayor parte de los casos, de la premisa de que en desarrollo del procedimiento el médico observó todos los protocolos técnicos que rigen el ejercicio de su profesión, pues en caso contrario el centro del debate en el juicio será la mala práctica médica en la intervención⁶. Por eso, al demandado no le servirá probar la correcta práctica técnico-científica, porque, precisamente, es un juicio que se centra en otro punto: el incumplimiento de la obligación de información por parte del galeno. En oposición, los detractores de la teoría del consentimiento informado razonan en el sentido de que si se prueba que hubo una correcta práctica médica no habrá lugar a hacer un juicio por ningún otro aspecto de la conducta del médico, pues la labor principal de éste fue cabalmente cumplida.

En segundo lugar, en un pleito de esta naturaleza, el reproche a la conducta del galeno radica en el no cumplimiento o en el cumplimiento imperfecto de la obligación de informar que tiene a su cargo. Esa obligación es inobservada cuando el médico no informa los aspectos que está obligado a informar⁷, o cuando la información que suministra es incompleta o insuficiente, o cuando oculta información importante para la decisión del paciente, o cuando brinda información artificiosa o falsa o en términos no comprensibles. Como se ha dicho, en este escrito nos ocuparemos de la inobservancia de la obligación de informar, específicamente en lo que concierne a los aspectos de los riesgos y consecuencias de la intervención o procedimiento, según las definiciones antes indicadas.

Por último, se debe tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no basta el incumplimiento de una obligación o la violación de un deber de conducta para el surgimiento de la responsabilidad civil. En nuestro caso, la omisión en el suministro de información al paciente

⁵ La responsabilidad civil del médico por insuficiencia en el suministro de información se puede referir a otros aspectos: por ejemplo, información sobre el diagnóstico, como en el caso en el que no se informa a la mujer embarazada alguna anomalía genética del feto que haya sido detectada o se brinda al paciente una información errada sobre la enfermedad o lesión que padece o por ejemplo, por falta de información respecto a los cuidados postoperatorios, como en el caso en el que no se advierte al hombre que se practicó la vasectomía la importancia de que se realice dos exámenes de azoospermia antes de volver a tener relaciones sexuales sin protección; o por ejemplo, falta de información con respecto a las alternativas terapéuticas, caso en el que el paciente se ve apremiado a someterse a la única opción que se le presenta como posible, existiendo en el estado de la técnica otras alternativas igual o más eficaces y menos o igual de riesgosas.

⁶ De todas formas, no se descarta que en la atención médica del paciente se haya presentado tanto una falla técnica del médico en la intervención como una falla en el deber de información, caso en el que el demandante podría alegar ambas para tener mayor probabilidad de que sus pretensiones prosperen por cualquiera de las dos vías.

⁷ La delimitación del contenido de la obligación de informar es uno de los temas más complejos en el estudio de la teoría del consentimiento informado. Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha afirmado que esa obligación tiene la naturaleza jurídica de principio, porque “la información que el médico le suministra al paciente no resulta exigible siempre en igual grado, y aun cuando en tal sentido no se puedan formular reglas generales *a priori*, dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado”. Sentencia T-850 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

constituye una violación de una obligación de carácter legal y, además, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, se erige como un error de conducta (culpa)⁸. Pero a más de este elemento, para pretender una declaración de responsabilidad patrimonial, se deben probar el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre éste y la conducta del demandado. Estos dos elementos tienen íntima relación, pues sólo en la medida en que se logre probar que el perjuicio que se reclama es resultado de la conducta culposa del médico, podrá demandarse la correspondiente reparación. En esos elementos se sitúa el problema medular de la responsabilidad civil médica por deficiencia en el suministro de información: ¿cuál es el perjuicio que puede reclamarse como consecuencia de una omisión de información al paciente?

Para responder de manera adecuada ese interrogante se deben diferenciar dos hipótesis. La primera es aquélla en que los resultados del acto asistencial han sido exitosos, caso en el cual, así no se haya producido un daño físico, no se descarta la causación de un perjuicio inmaterial derivado de los sentimientos de inquietud, angustia, malestar moral o amargura, debido a la privación del derecho a decidir con fundamento en una información completa. Hasta el momento no se han ventilado ante la judicatura presupuestos fácticos de esta naturaleza, pues siempre que la víctima ha acudido a ella es porque ha sufrido un daño corporal.

Considero que, conforme a la jurisprudencia construida por nuestros altos tribunales de justicia —de llegar a plantearse el caso—, la única forma de reconocer esa afectación interior sería mediante la categoría del daño moral, pues —como lo expresa NAVIA— “al incumplir con ese deber de humanidad para con el paciente, el médico vulnera su dignidad como persona y la autonomía para disponer de su cuerpo, lesiones que pueden proyectarse en sufrimientos o padecimientos, esto es en un daño moral, que tendría que reconocérsele al paciente”⁹ ¹⁰. Así pues, este perjuicio inmaterial derivado de la lesión de los derechos de la personalidad (libertad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad), que se traduce en la afectación del fuero interno del paciente, deberá ser indemnizado independientemente del resultado favorable del procedimiento asistencial, aunque su existencia será más evidente y tendrá un componente adicional en el evento que a continuación estudiaremos. Por otra parte, en esta hipótesis no se aprecia *prima facie* una eventual afectación de la interacción del sujeto con el mundo que lo circunda (daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia).

La segunda hipótesis —que es el objeto de estudio de este escrito— ocurre cuando la consecuencia o el riesgo no informados se realizaron, v. gr., cuando, como consecuencia de una tiroidectomía, el paciente sufrió una disfonía permanente, riesgo del cual no fue advertido con

⁸ Sobre la discusión de la definición de culpa como un error de conducta en el campo de la responsabilidad civil médica V. FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucia. *La responsabilidad médica: problemas actuales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, 608 p.

⁹ NAVIA ARROYO, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰ En derecho comparado, concretamente en la jurisprudencia española, se ha reconocido la falta de suministro de información al paciente como un daño moral para proceder a su indemnización. Concretamente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha expresado que: “Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

anticipación¹¹. En esta hipótesis se descarta el caso en el que el médico omitió suministrar un dato importante para la toma de decisión del paciente, pero esa falta no tuvo relación con el daño a la salud ocasionado porque, por ejemplo, no fue el riesgo que se materializó o no fue la complicación que sobrevino. Por otra parte, si se realizó una consecuencia o un riesgo que fue correctamente informado, el médico cumplió cabalmente la obligación de información que le competía y, por consiguiente, en esa materia, su conducta se ajustó a lo exigido por el ordenamiento. Eso no quiere decir que el paciente deba asumir todas las consecuencias o los riesgos provenientes de una intervención, por más que hayan sido informados o sean imprevisibles, pues pueden haber sucedido por la incorrecta práctica del profesional de la salud, caso en el cual él deberá responder por ellos.

A continuación estudiaremos si la omisión del médico puede dar lugar al nacimiento de una obligación resarcitoria cuando la consecuencia o los riesgos no informados ocurrieron para el paciente y, en caso afirmativo, cuál es su alcance y dimensión, para proceder a la subsiguiente reparación.

En ese escenario se plantea si el daño final está dado por las lesiones corporales que sufrió el paciente por la materialización de la consecuencia o del riesgo no informado. Por eso, el primer cuestionamiento que surge es si de la desidia del médico en el suministro de la información al paciente se deriva causalmente la realización del riesgo o consecuencia no advertidos. Un razonamiento lógico lleva a una respuesta negativa, pues el deterioro de la salud del paciente por causa de esos efectos adversos derivados de la intervención puede proceder de la *praxis* del médico o de factores ajenos a su actuación como la evolución de la enfermedad, predisposiciones biológicas, y aún, en ocasiones, de factores desconocidos, pero nunca del hecho del incumplimiento de la obligación de informar¹². Ello se patentiza, además, en la posibilidad de que el paciente, debidamente informado, podría haber consentido en la intervención y, de todas formas, se podrían haber presentado esas consecuencias desfavorables.

De la no existencia de un nexo causal entre la desatención en el suministro de información por parte del médico (conducta culposa) y el estado de salud del paciente por la ocurrencia de la consecuencia o el riesgo no advertido se deriva la inevitable absolución de aquél en lo que concierne a los perjuicios que surgen del daño corporal ocasionado, es decir, solamente subsistiría la posibilidad del surgimiento de una obligación resarcitoria referida a los sentimientos de frustración por el despojo del derecho a decidir con base en una información completa (daño moral-primera hipótesis).

¹¹ V. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Daniel Suárez Hernández, 15 de noviembre de 1995, actor: Emilse Hernández de Pérez, demandado: Caja Nacional de Previsión, exp. 10.301.

¹² El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 9 de agosto de 1991, proferida en el proceso radicado en el Consejo de Estado con el número 7.139, afirmó: “Todo da a entender que el paciente y sus familiares inmediatos no fueron informados, de una manera cabal y completa, sobre los riesgos que implicaba la cirugía. Pero cabe preguntar: ¿dicha omisión significa que el procedimiento quirúrgico fue hecho con impericia o torpeza? No lo significa. No existe una relación directa entre el acto previo de guardar silencio sobre la gravedad de la situación y la cirugía que se lleva a cabo posteriormente (...). La omisión inicial configura, innegablemente, un grave desacato contra el paciente y sus parientes cercanos, pero no quiere decir que los médicos hayan incurrido en algún error en el momento de la operación quirúrgica”. Comentando esta sentencia GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 228, afirma que: “En este supuesto, el Tribunal declara que no existe responsabilidad, por ausencia del nexo de causalidad entre la no información sobre los riesgos al paciente y su fallecimiento, producido por el tratamiento quirúrgico (...)”.

Sin embargo, esa aplicación rigurosa del requisito del nexo causal, con la consecuente disminución del espectro de reparación para la víctima y de la dimensión de la obligación resarcitoria para el agente responsable, puede resultar injusta por cuanto “se minoraría, hasta límites inadmisibles, el derecho de autodeterminación del paciente, y ello, en último extremo, haría regresar a los cánones de la medicina paternalista, con palmaria y reiterada trasgresión de la autonomía del paciente”¹³, y además, desde otro punto de vista, se enviaría un mensaje equivocado a los médicos, en el sentido de que su conducta de inobservancia de la obligación legal de informar, aunque podría tener consecuencias en el campo de la ética profesional, no las tendría de modo suficientemente enérgico en el ámbito de la responsabilidad civil (función preventiva).

Así las cosas, la doctrina ha elaborado algunas construcciones para que ese comportamiento trasgresor de la esfera volitiva, de la libertad y del poder soberano del paciente sobre su cuerpo no quede “impune” civilmente, en lo concerniente a los perjuicios derivados del daño corporal producto de la realización de los efectos adversos de la intervención que no fueron avisados, teniendo en cuenta los postulados tradicionales de la responsabilidad civil. En últimas, se trata de indagar sobre la responsabilidad civil del médico cuando, si bien ha realizado su actividad médica en forma intachable desde el punto de vista técnico-científico, la única conducta reprochable es la de no haber informado al paciente el riesgo o consecuencia que posteriormente sucedió¹⁴.

De la admisión por la jurisprudencia de la relación entre la conducta culposa del médico y el daño corporal sufrido por el paciente resultaría la posibilidad de reclamar una indemnización que tenga en cuenta las categorías de perjuicios —reconocidos por nuestra jurisprudencia— derivados de la producción de un daño de esa especie. Así, la reparación de los daños inmateriales no se reduciría a compensar el malestar derivado de la violación de su derecho a decidir de manera informada, sino también todas aquellas perturbaciones a su sensibilidad, ánimo y espíritu por el deterioro de sus condiciones físicas, además de la afectación a sus relaciones con su entorno material y humano. También se deberá tener en cuenta el menoscabo económico en las dos categorías que se distinguen de antaño.

En seguida se examinarán las teorías que ha expuesto la doctrina para establecer la relación entre la omisión del médico en el suministro de información y el efecto lesivo sufrido por el paciente en su salud, que no necesariamente será considerado el daño.

1) TEORÍA DE LA TRANSFERENCIA O ASUNCIÓN DE LOS RIESGOS

Aunque la actividad médica no puede catalogarse como riesgosa, es evidente que en la práctica de una intervención o procedimiento de ese tipo entran en juego factores de diversa naturaleza, como las condiciones biológicas del paciente, sus predisposiciones genéticas, la evolución y naturaleza de la enfermedad, la *praxis* del médico, que llevan a que puedan sobrevenir efectos nocivos para su salud.

¹³ GALAN CORTES, *op. cit.*, p. 222.

¹⁴ VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 46.

Nos preguntamos: ¿quién debe asumir las consecuencias desfavorables para la salud del paciente que se derivan de la actividad médica? La medicina es una labor que se realiza en procura de la conservación o mejoramiento de la salud del mismo hombre. Es el paciente el que acude al médico para que le indique cuáles son los procedimientos médicos adecuados para el objetivo que persigue, sea la curación de una lesión, la prevención de una enfermedad, la merma del dolor, entre otras. Y él aceptará ser intervenido o irrumpido en su cuerpo mediante distintos recursos médicos (intervenciones quirúrgicas, medicamentos, terapias, etc.), previo el sopesamiento de las consecuencias, riesgos y beneficios para su salud que le sean informados.

A ese respecto, se puede afirmar que el paciente asume los efectos adversos que se derivan de un procedimiento médico, siempre que el galeno lo realice de acuerdo a la *lex artis*, es decir, no sean imputables a una falla técnica suya, y que los haya conocido antes de la realización del procedimiento, pues se entiende que al aceptar éste, acepta también las consecuencias que de él se pueden derivar. Dicho de otro modo, el adecuado cumplimiento de la obligación de informar genera que el paciente pueda ponderar los beneficios, las consecuencias y los riesgos que conlleva el procedimiento propuesto por el galeno y, en ese sentido, en caso de aceptarlos, la asunción de los efectos adversos que de su concreción pueden provenir. En el caso contrario, incumplido el deber de informar, el paciente se ve abocado, por una conducta imputable al médico, a una intervención en su cuerpo cuyos riesgos no tuvo ocasión de conocer y valorar y, en su caso, asumir, por lo que se trasladan al profesional¹⁵.

Propulsor de esta tesis ha sido el profesor belga ROGER DALQ, que —según lo indica GALÁN CORTES— afirma que “cuando el médico actúa sin obtener la voluntad debidamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos, aunque no exista culpa en la producción del daño”¹⁶. Según esta postura, en la actividad médica ocurre una asunción de los riesgos en virtud del conocimiento que de los mismos tengan los dos sujetos que allí intervienen¹⁷. Así, si el médico es el que tiene conocimiento de las consecuencias y los riesgos de la operación que va a realizar, deberá comunicarlos al paciente para que, previamente a la toma de la decisión, pueda ponderarlos, y en ese sentido, se entiende que éste, al consentir someterse al acto médico, igualmente está asumiendo la contingencia de la materialización de los efectos adversos advertidos.

En caso de que el galeno no informe esos efectos y el paciente acepte la intervención, éste no los habrá asumido por no tener conocimiento de ellos; serán asumidos por el médico en virtud de no haber avisado sobre su posible ocurrencia. En sentido similar, el profesor francés DESBOIS ha sostenido que “si el daño se produce, el médico debe repararlo, por cuanto su silencio hace que opere, como en el caso de la mora, una inversión en la carga del riesgo”¹⁸.

¹⁵ ARCOS VIEIRA, María Luisa. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 85.

¹⁶ GALÁN CORTES, *op. cit.*, p. 220.

¹⁷ Aunque nos referimos a “dos sujetos”, es palmario que en un tratamiento pueden intervenir varios médicos (médico general, especialista, cirujano, anestesista, terapeuta, junta médica), y en cuanto al paciente, en ocasiones por su edad o su estado mental, intervienen terceras personas, como sus representantes legales, familiares o allegados.

¹⁸ Citado por NAVIA ARROYO, Felipe. *Consentimiento informado y responsabilidad civil médica*. En: Revista de Derecho Privado, N° 11, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 163.

Esta teoría elude el estudio tradicional del problema del nexo de causalidad y, más específicamente, se desvía por una construcción basada en la transferencia o asunción de los riesgos por el conocimiento que sobre ellos se tenga, acercándose de esa manera a la teoría normativa de la imputación objetiva, que tiene aplicación en diversos ámbitos del derecho y dentro de la cual se estudian las fuentes de creación de riesgos jurídicamente desaprobados y la imputación a un sujeto determinado de las consecuencias que sobrevienen por su realización¹⁹. En nuestro caso específico, se diría que el médico crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el paciente, al no haberle informado, previamente a la realización de la intervención, los riesgos que podían sobrevenir para que pudiera ponderarlos en el momento de tomar su decisión y, por consiguiente, en caso de que se materialicen, se atribuirá al galeno su realización y la subsiguiente reparación de sus consecuencias. Además, por ello mismo, no tiene en cuenta que el paciente igual habría podido someterse a la operación si hubiera sido correctamente informado y que, en todo caso, esos riesgos habrían sucedido. Por otro lado, reduce el debate probatorio a su mínima expresión, porque el demandante sólo tendrá que probar que no se suministró la información o que se suministró en forma deficiente²⁰ y, por su parte, el médico solamente podrá exonerarse si prueba que cumplió con su obligación legal de información en forma correcta. En las otras teorías, el debate probatorio devendrá más complejo.

En el plano reparatorio, conforme a esta teoría, en caso de que se demuestre que el médico asumió los riesgos unilateralmente al no haberlos informado al paciente, deberá indemnizar la totalidad de los perjuicios materiales e inmateriales derivados de la lesión corporal ocasionada, que en este caso la constituye la concreción del riesgo o la consecuencia no informada. Al respecto, se critica que obligar a indemnizar todos los daños causados al margen de la prueba de la relación de causalidad con la conducta omisiva del médico, conlleva la pérdida del carácter indemnizatorio de la condena, que adquiriría claros matices sancionadores²¹, y adicionalmente, se afirma que no pueden atribuirse las mismas consecuencias en el plano indemnizatorio a la conducta negligente del galeno durante la intervención —mala práctica técnico-científica— que a su conducta omisiva en el suministro de información.

La teoría de la transferencia no tiene asidero en norma alguna de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la única vía para su aplicación práctica es su consolidación en la jurisprudencia de los altos tribunales que estudian los casos de responsabilidad civil médica en Colombia. En ese sentido, los jueces, sin apartarse de las fuentes del derecho interno, bajo la regla de que sus providencias deben fundarse en argumentos sólidos y suficientes, guiados además por el sentido de la justicia, deben proponer soluciones dinamizadores frente a los nuevos desafíos que surgen para el derecho en la sociedad actual.

¹⁹ Igualmente, siguiendo los estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, algunos autores proponen aplicar al tema que tratamos el “*criterio de la conducta alternativa a derecho*, en virtud del cual no cabe imputar daño a quien incumple una norma si, considerando la conducta conforme a derecho, el resultado hubiera sido el mismo. Ello implica —en cierto tipo de supuestos— valorar lo que hubiera decidido el paciente en el caso de haber contado con la información omitida, o de haber sido pedido el consentimiento previo”. V. ARCOS VIEIRA, *op. cit.*, p. 88.

²⁰ Esta afirmación de que no se suministró información constituye una negación indefinida, por lo que de todas formas la carga de la prueba se trasladaría al médico en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

²¹ ARCOS VIEIRA, *op. cit.*, p. 61. Esta crítica se soporta en el estudio clásico de los elementos que conforman la responsabilidad civil, dejando de lado teorías —como la de la imputación objetiva— que pueden influenciar el estudio de esta materia puramente civil, especialmente en lo concerniente al elemento del nexo causal.

El Consejo de Estado adoptó esta postura en sentencia de 3 de mayo de 1999, para desechar la validez de un escrito con base en el cual se pretendía probar por parte de la institución demandada el cumplimiento de su obligación de informar al paciente, al afirmar que “En síntesis, considera la Sala con el profesor belga Roger O. Dalcq que cuando el médico no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico, este los asume en forma unilateral y compromete su responsabilidad personal y la del centro asistencial en el cual presta sus servicios”²².

En nuestra opinión, dicha Corporación utiliza un razonamiento similar en sentencia de 5 de diciembre de 2002, en la que estudió el caso de la falta de suministro de información sobre los riesgos que podían sobrevenir a nivel facial como consecuencia de un procedimiento quirúrgico para solucionar un problema auditivo, al expresar que: “Por lo anterior, se concluye que a la paciente no se ilustró sobre todos los riesgos posibles, pues, de lo contrario, la señora RUBIELA CARDONA CARMONA hubiese tenido la posibilidad de elegir voluntariamente si asumía todas las posibilidades de éxito o fracaso de su operación, pero ello no ocurrió, en cambio fue sometida a la cirugía que concluyó con un resultado adverso a la paciente, ocasionándole una Parálisis Facial Periférica Derecha Post-operatoria”²³.

En este último caso, el Consejo de Estado concluyó que el procedimiento quirúrgico se había realizado en forma correcta, pero en razón de la omisión en la advertencia del riesgo que finalmente se materializó, la condena abarcó la totalidad de los perjuicios —materiales e inmateriales— derivados de la lesión corporal sufrida por la paciente. Por su parte, en la sentencia de 3 de mayo de 1999, aunque la condena se dictó en la misma forma, es decir, teniendo en cuenta todos los perjuicios derivados del daño corporal, se debe anotar que en este proceso el Alto Tribunal, además del incumplimiento de la obligación de información del médico, encontró una falla científica por omisión en la realización de exámenes previos a la intervención que habrían conducido a un diagnóstico acertado.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 3 de mayo de 1999, actor: Vicente Segundo Sierra. Demandado: Instituto Nacional de Cancerología, exp. 11.169.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 5 de diciembre de 2002. actor: Rubiela Cardona Carmona. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones, exp.13662.

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN
DE INFORMACIÓN DEL MÉDICO²⁴**

SEGUNDA PARTE

Jorge Iván Herrera Moreno²⁵

En la primera parte de este escrito, publicada en el Boletín anterior, presentamos las dificultades que suscita en el campo de la responsabilidad civil el tema de la omisión del deber de informar por parte del médico, y explicamos la teoría de la transferencia o asunción de los riesgos, que es una de las tres teorías por medio de las cuales se ha querido establecer una relación entre el incumplimiento del médico y la lesión corporal sufrida por el paciente, para derivar de allí consecuencias de orden patrimonial. En esta entrega, empezaremos por la presentación de las otras dos teorías, realizaremos algunas consideraciones sobre la forma de la reparación teniendo en cuenta las circunstancias específicas que se presentan en esta hipótesis, para por último llegar a una conclusión.

2. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

Esta postura establece una relación de causalidad entre la omisión de información al paciente y los daños sufridos producto de la intervención que se le practicó. Según uno de sus exponentes, si se logra demostrar que el paciente de haber conocido los riesgos a los cuales estaría expuesto en la intervención no la hubiese aceptado, como él era autónomo para rechazarla válidamente, se debe dar por establecido el nexo causal. De esta forma, el juez tendrá por probado ese elemento si llega a la conclusión de que, de haber sido consultado, el paciente no habría consentido en la intervención; y en caso contrario, siguiendo el mismo razonamiento, si llega a la convicción de que, en todo caso, el paciente (por ejemplo, por su estado de salud) hubiese aceptado el tratamiento, dicha omisión carecerá de incidencia causal²⁶.

Además, afirma la misma autora que, desde la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, el nexo causal es directo, porque si el paciente es adecuadamente informado y no acepta el procedimiento “y el médico respeta la voluntad del paciente (cumpliendo su deber) y no aplica el procedimiento, jamás se habrían producido los riesgos terapéuticos mencionados”²⁷.

²⁴ Un agradecimiento a la Dra. María Cecilia M’Causland por las valiosas observaciones realizadas a este escrito, especialmente por su sentido crítico y rigurosidad conceptual.

²⁵ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Investigador del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la misma Casa de Estudios.

²⁶ CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 400.

²⁷ *Ibid*, p. 401.

La misma posición comparte NAVIA al expresar que “la circunstancia de haberse negado al paciente la posibilidad de rechazar el acto médico que se le practicó o decidirse por otro, opera como una de las condiciones equivalentes en la producción del daño y, en consecuencia, siendo suficiente, conforme a dicha teoría, con que una de esa (sic) condiciones le sea imputable al demandado para condenarlo a reparar la totalidad del perjuicio, ésta, y no otra, es la verdadera justificación de la responsabilidad total del médico por falta o insuficiencia de información”²⁸.

Así las cosas, se observa que esta postura establece una doble cadena causal que se encamina a conectar los dos extremos de las mismas. En primer lugar, un nexo causal entre la omisión de información y la decisión del paciente de someterse a la intervención, pues si el paciente hubiese sido informado del riesgo que posteriormente se materializó, no se hubiese sometido a la intervención. En segundo lugar, un nexo causal entre la realización de la intervención y el resultado lesivo final, porque si no se hubiese realizado la intervención no se hubieran materializado los riesgos no informados. Finalmente, se dice que de la omisión de información resulta (causalmente) que el paciente se hubiera sometido a la intervención de la cual se derivaron (causalmente) los daños a su salud y, por consiguiente, dado que existe culpa en la conducta del galeno, éste debe responder por todos los perjuicios.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, pone de presente ese doble nexo de causalidad en sentencia de 5 de diciembre de 2002 ya citada, en la que expresa: “Con todo, la administración resulta responsable por el daño causado, porque de no haberse practicado la cirugía, no se habría producido la Parálisis Facial Periférica Derecha post-operatoria, con seguridad se habría agudizado su patología relacionada con la audición del oído derecho, pero esta lesión obedece a una entidad diferente con consecuencias distintas. En otras palabras significa que de no haber sido intervenida la lesión causada en el quirófano no se hubiera presentado. Sin duda en este caso concreto, el daño resulta imputable a la entidad demandada, pues, como consecuencia del procedimiento quirúrgico se lesionó el nervio facial derecho, lo cual arrojó como resultado final la Parálisis Facial Periférica Derecha Post-operatoria”²⁹.

El debate probatorio se centrará en demostrar el sentido de la decisión del paciente en caso de haber sido cabalmente informado. Para exonerarse de responsabilidad el médico deberá probar que, por las circunstancias que rodeaban la situación del paciente, en caso de haber cumplido perfectamente su obligación de advertir los riesgos y consecuencias de la intervención, de todas formas el sentido de su decisión habría sido el mismo. Por su parte, al paciente, como estamos ante una negación indefinida (art. 177 C.P.C.), no le corresponderá realizar actividad probatoria alguna con respecto al hecho de que no fue informado de forma completa o adecuada y que, por consiguiente, no se obtuvo su consentimiento válido; pero para el éxito de sus pretensiones deberá demostrar las consecuencias de esa conducta del galeno en su esfera volitiva, es decir, que

²⁸ NAVIA ARROYO, *op. cit.*, p. 164. Este autor plantea que el problema de causalidad por falta de información se resuelva con base en la teoría “de la causalidad adecuada, con todas las dificultades que le son inherentes y que hacen difícil llevarla a la práctica” (p. 167). En nuestra opinión no es posible plantear con base en esta teoría el estudio del tema de la responsabilidad civil por falta de información al paciente, pues un razonamiento lógico indica que el hecho de la omisión de información al paciente no es apto o adecuado para —o de él no se deriva normalmente— la producción de un daño consistente en la realización de los riesgos o de las consecuencias no informadas para el paciente.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de diciembre de 2002, exp.13662, ya citada.

si hubiese sido correctamente informado, no habría dado su autorización para la práctica del acto médico.

En contraposición a esta teoría, se sostiene que el método de la *conditio sine que non*, a más de extender la cadena causal en forma indefinida, no permite determinar si la conducta del médico fue esencial para la producción del perjuicio, porque —como su propio nombre lo indica— ese “método se aplica eliminando antecedentes y no incluyendo conductas alternativas”³⁰.

Además, en nuestro parecer, no es conveniente crear para el operador jurídico una disyuntiva de esa naturaleza: tener por demostrado según lo incorporado en el acervo probatorio si el paciente habría autorizado o no el procedimiento médico de haber conocido la información que el médico no le suministró. El juez para tomar esa decisión debe colocarse en las circunstancias del paciente antes de tomar la decisión positiva, teniendo en cuenta factores como su estado de salud, la necesidad de la intervención, su edad, el pronóstico, entre otras. Pero en ningún caso, por tratarse de una decisión de carácter meramente subjetivo, podrá llegar con absoluta certeza a ninguna de las dos opciones que le plantea la teoría. Un dilema de esa naturaleza propiciaría la toma de decisiones injustas. Adicionalmente, partiendo de esa crítica se podrá apreciar una ventaja en la teoría que a continuación se expondrá.

En el plano indemnizatorio, en caso de probarse que el paciente no habría dado su consentimiento para ser sometido a la intervención si hubiese recibido la información que estaba obligado a suministrarle el médico, la condena será por la plenitud de los perjuicios derivados de las lesiones corporales producidas por la realización del riesgo o consecuencia no avisada. En caso contrario, el médico quedará exonerado de toda responsabilidad pecuniaria. Así las cosas, también se puede predicar de esta teoría la crítica según la cual no pueden resultar las mismas consecuencias indemnizatorias para el médico que ha actuado negligentemente en desarrollo de la intervención que para aquel al que se le imputa una omisión en el deber de suministro de información (pero no causó el daño por mala práctica técnico-científica).

3) DAÑO: PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

Esta posición parte —al igual que la anterior— de que al paciente se le despojó de la posibilidad de tomar una decisión en sentido diferente a la de someterse a la intervención, es decir, que la omisión del médico tuvo relevancia causal para la realización de la operación de la cual se derivaron las afecciones. Sin embargo, en este caso, el daño no son las lesiones corporales, sino que se recurre a otra categoría de daño diferente: la pérdida de la oportunidad, aunque luego para calcular el monto indemnizatorio se tomen como referencia aquellas.

En este caso, la relación de causalidad se aprecia bajo el espectro de la teoría francesa de la pérdida de la oportunidad, pues el paciente al desconocer los posibles efectos adversos de la operación, no pudo rechazar el procedimiento médico u optar por otro y, de ese modo, perdió la oportunidad de sustraerse de ellos ³¹ y mantener su estado de salud inicial (así estuviera ya

³⁰ ARCOS VIEIRA, *op. cit.*, p. 71.

³¹ La Corte de Casación Francesa afirmó “que la falta de información que se le reprochaba el médico, solamente priva al enfermo de una oportunidad de escapar, mediante la decisión tal vez más sensata, del riesgo que finalmente

deteriorado). Aunque, por lo general, esta figura se refiere a la desaparición de una probabilidad de ganancia, en el caso que presentamos se trata de una pérdida de la probabilidad de evitar un perjuicio.

Al respecto, ZANNONI expresa que cuando el daño consiste en la pérdida de una *chance*, existen a la vez un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. El primero consiste en que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida, v. gr., en el caso típico del caballo de carreras el hecho dañino gravitó en la conducta negligente del transportador consistente en no haber llegado a tiempo al hipódromo para que aquél pudiera participar en la carrera; y el elemento de incertidumbre, en que no se puede tener conocimiento de que, si se hubiera mantenido la situación de hecho o de derecho presupuesto de la *chance*, la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado, v. gr., no se puede afirmar con seguridad si el caballo hubiese ganado o perdido la carrera en caso de haber participado en ella³².

En nuestro tema, el hecho dañino consiste en la omisión de la información que privó al paciente de tomar una decisión con base en una información plena y, por consiguiente, de otorgar un consentimiento libre de vicios al aceptar la intervención a la que se sometió; mientras que la incertidumbre se refiere a que no se puede saber con seguridad cuál habría sido el sentido de la decisión del paciente si la conducta del médico hubiese sido impoluta. Así pues, mientras en el primer ejemplo el presupuesto de la *chance* es la participación del caballo en la carrera por haber llegado a tiempo el transportador, en nuestro evento es el suministro al paciente de una información completa.

No compartimos el criterio según el cual en este caso no se puede hablar de una pérdida de la oportunidad porque ella solamente se presenta cuando se produce la interrupción de un suceso, que por tal razón no puede llegar a su fin, y con respecto al cual no se puede hablar de un resultado final o un daño efectivo³³. En nuestra opinión, así como el transportador impidió que el caballo corriese la carrera, en este caso el médico con su conducta impidió que el paciente decidiera con base en una información plena, y en ambos casos, una conducta ilícita, como es incumplir una obligación legal (por parte del médico) o contractual (por parte del transportador), obstruyó el libre desenvolvimiento de un suceso y derivó en una situación definitiva, que ya no

se realizó, pérdida que constituye un perjuicio distinto de los daños corporales”. Sentencia citada por NAVIA ARROYO, *op. cit.*, p. 165.

³² ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 50.

³³ V. GALÁN CORTÉS menciona esta posición al decir “podemos apreciar, asimismo, esa relación de causalidad en base a la teoría francesa de la pérdida de la oportunidad (*perte de chance*), pues el paciente al desconocer ese riesgo no pudo sustraerse al mismo, esto es, perdió la oportunidad de evitarlo, optando por otra terapia o incluso rechazándola”. En oposición, NAVIA ARROYO, *op. cit.*, p. 167, expresa que no existe pérdida de la oportunidad “por la muy simple razón de que el proceso se desarrolló hasta el final; la probabilidad o el chance suponen que un proceso normal se interrumpa, de modo que no puede saberse si el resultado final se habría dado o no (...) En cambio en el caso de la pérdida de sobrevivir o de curarse, el proceso se desarrolló en su totalidad, llegó al final, puesto que se produjo la muerte o el estado de salud del paciente no mejoró”. Con respecto a la opinión de este autor, es importante anotar que en el caso de la omisión en el suministro de información, existe una pérdida de la oportunidad con respecto a la posibilidad de sustraerse a los riesgos que se realizaron como consecuencia de la intervención a la que se sometió el paciente y, por consiguiente, no se debe hablar de la pérdida de la oportunidad de curarse o sobrevivir, que se puede predicar de otras situaciones, como en el caso de la falta de atención oportuna o error en el diagnóstico que no permite iniciar un tratamiento a tiempo.

podrá ser modificada debido a la imposibilidad de devolver el tiempo. Y, de todos modos, más allá de plantear una discusión dogmática, es palmario que el paciente, debido a su desinformación o ignorancia, perdió en algún grado la posibilidad de rechazar el acto asistencial, lo que le habría permitido cambiar su destino al sustraerse de los riesgos que finalmente quebrantaron su salud. Como se verá, esta última ha sido la posición adoptada por el Consejo de Estado.

La consecuencia en el plano reparatorio es que la suma indemnizatoria no se fijará por la totalidad de los perjuicios derivados del daño corporal ocasionado, sino con base en el cálculo de las probabilidades de que el paciente no se hubiera sometido a tal procedimiento, para lo cual se deberán tener en cuenta factores como “el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad de su proceso patológico, las alternativas terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica, su carácter preferente o no, la entidad del riesgo típico materializado, circunstancias personales, familiares y profesionales del paciente”^{34 35}.

Esa forma de valuación del daño tiene sustento en la posición doctrinal de varios autores, según la cual la indemnización, en el caso de la pérdida de la oportunidad, debe calcularse según el grado de probabilidad que tenía la víctima de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio³⁶. Nunca podrá ser por la totalidad de perjuicios sufridos por la víctima, porque en este caso no podríamos referirnos a una pérdida de la oportunidad. Al respecto, autores como LARROUMET reconocen que el daño en este caso “no es fácil de evaluar y da lugar, como para el perjuicio moral, a la arbitrariedad”³⁷.

En este punto advertimos que, por ejemplo, en sentencia de 24 de enero de 2002³⁸, aunque en la parte motiva el Consejo de Estado expresa que el daño consiste en la pérdida de la oportunidad “de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”, luego en la parte de la liquidación de perjuicios parece olvidarse de ese concepto autónomo de daño, pues no utiliza un método de tasación consecuente con la naturaleza del mismo. Por eso, así teóricamente el Consejo reconozca ese tipo de daño, no habrá un progreso real hasta que no se establezcan y utilicen unas reglas específicas para su tasación, en las que se tengan en cuenta sus características

³⁴ GALÁN CORTÉS, *op. cit.*, p. 237.-

³⁵ Se debe agregar que, en nuestra opinión, no resulta defensa suficiente para exonerar de responsabilidad al médico el alegato según el cual la operación propuesta al paciente era la única alternativa para tratar la respectiva enfermedad o lesión, pues él tiene siempre el derecho a dar una respuesta negativa, así esa decisión conduzca al agravamiento de su estado de salud o a su muerte. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la que se pone de presente que “la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente el valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”, además “que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales” y por eso la persona tiene “el derecho a elegir, en caso de grave enfermedad, si se enfrenta la muerte o se prolonga la existencia por medio de tratamiento médico”.

³⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 153. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*, T. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 33. ZANNONI, *ob. cit.*, p.52.

³⁷ LARROUMET, Cristian. *Droit civil: les obligations, le contrat*, T. III, 2a ed., Ed. Economica, Paris, 1990, p. 663.

³⁸ 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.

propias y su diferencia con los daños derivados de otro tipo de conductas médicas constitutivas también de falla del servicio.

Es evidente la similitud de esta teoría con la precedente; sin embargo, la diferencia radica en que, mientras la planteada con anterioridad propone una disyuntiva frente a la decisión del paciente: si habría autorizado o rechazado la intervención, la última postura se fundamenta en un cálculo de probabilidades de la decisión negativa del paciente si hubiese sido cabalmente informado. De ese modo, para establecer el monto resarcitorio, se tomará como base el perjuicio final sufrido por el paciente (perjuicios materiales e inmateriales reconocidos por nuestra jurisprudencia) y a esa suma se aplicará el porcentaje de probabilidades de haber rechazado el procedimiento, dando como resultado el monto pecuniario al que será condenado el demandado (médico o institución) por haberlo privado de la oportunidad de rechazar la intervención de la cual se derivaron las afecciones que sufrió en su cuerpo.

En nuestro parecer, es más conveniente la postura de la pérdida de la oportunidad, porque, como nos encontramos ante la prueba de un hecho subjetivo (decisión del paciente), es peligroso imponer al juez una disyuntiva de todo o no nada, teniendo en cuenta todos los factores que son ponderados por el paciente antes de tomar una decisión de esa naturaleza, que conlleva que no se pueda llegar a una conclusión definitiva acerca de su sentido (positivo o negativo), sino solamente a una conclusión aproximada según las circunstancias en que se encontraba. Así por ejemplo, en una situación de incertidumbre extrema acerca del sentido de la decisión del paciente, el médico podría ser condenado a pagar solamente el 50% de los perjuicios finales sufridos por aquél. Conforme a la anterior teoría ello no sería admisible, porque la parte resolutive de la sentencia tiene que ser o absolutoria o condenatoria por la totalidad de los perjuicios³⁹.

El Consejo de Estado en sentencia de 24 de enero de 2002, en la que estudió un caso de falla del servicio por omisión de información sobre los riesgos que podían derivarse de una intervención quirúrgica para extirpar un tumor en el cuello del paciente, parece seguir el razonamiento que propone esta última teoría. Concretamente expresa que: “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 riesgo que corría”⁴⁰ (cursivas nuestras). Sin embargo, reiteramos la crítica en cuanto a que estas consideraciones no guardan coherencia con la condena finalmente impuesta, que, en definitiva, no reconoce la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo y, en consecuencia, en ella no utiliza un método particular para tasarlo.

³⁹ Los argumentos fundamentales sobre los cuales están construidas las dos últimas teorías expuestas llevan a que su utilización pueda igualmente procurarse con respecto a otra falta en la actividad informativa del médico: cuando no informa la existencia de un tratamiento alternativo que tendría menos riesgos para la salud del paciente y una eficacia asimilar al que fue aplicado y del cual se derivó el daño corporal.

⁴⁰ 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.

* * *

En nuestra opinión, todo lo expuesto anteriormente —como se anotó al principio— demuestra que es un sentimiento generalizado de la doctrina y la judicatura la promoción del respeto de los derechos de los pacientes, lo que a su vez genera que no se conciba que la conducta culposa del médico de informar de manera insuficiente al paciente no tenga implicaciones más allá del campo ético o disciplinario o no genere una reacción del ordenamiento jurídico más vehemente, especialmente cuando se advierte una afectación a la integridad física del sujeto. De esa forma, en presencia de esta hipótesis de daño corporal, se buscan, se construyen y se erigen los cimientos teóricos para que los perjuicios sufridos por el paciente derivados de ese menoscabo a su salud resulten, en la medida de lo posible, resarcidos, respetando en todo caso los postulados tradicionales de la responsabilidad civil.

En ese mismo orden de ideas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al estudiar el tema de la responsabilidad civil por ausencia de suministro de información al paciente o por falta de la obtención de su consentimiento, en los pocos casos que han llegado a su conocimiento, ha utilizado argumentos de diversa índole para sustentar la indemnización derivada de esas conductas, entre los cuales se incluyen los antes expuestos en cada una de las teorías. Y aunque no se puede afirmar que ese Tribunal acoge definitivamente alguna de ellas, pues en ocasiones ni siquiera se refiere a esa problemática o la trata superficialmente, lo importante es resaltar que ha tenido una posición uniforme en cuanto a considerar que del incumplimiento de la obligación de informar o de obtener el consentimiento del paciente se deriva una consecuencia en el campo indemnizatorio. Expresamente ha dicho, por ejemplo, que “el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada”⁴¹.

Sobre el aspecto reparatorio se deben realizar observaciones adicionales a las referidas en cada una de las teorías. En efecto, esa Corporación, en las sentencias revisadas en las que se consideraron pretensiones de responsabilidad civil médica por omisión de información o por ausencia de consentimiento del paciente⁴², condenó por la totalidad de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados (y probados) por el demandante, es decir, admitió la consecuencia reparatoria que se deriva de las dos primeras teorías aquí expuestas. Solamente en un caso esa Corporación dedujo de la suma indemnizatoria final un porcentaje, razonando que por “el ya deteriorado estado de salud presentado por LUIS ALFREDO SANCHEZ antes del 13 de mayo de

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, 3 de mayo de 2007, actor: Emilse Josefina Salom Herrera, demandado: Instituto de Seguros Sociales, exp. 16.098.

⁴² Las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, en las que se estudia la falla del servicio por omisión en el suministro de información al paciente son: 15 de noviembre de 1995, exp. 10.301, ya citada; 24 de enero de 2002, exp. 12706, ya citada; 5 de diciembre de 2002, exp. 16662, ya citada; 5 de diciembre de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, actor: Jean Daysi Holguin, demandado: Caja Nacional de Previsión Social, exp. 13546. Las sentencias de esa misma Corporación que estudian la falla por ausencia de consentimiento del paciente son: 9 de julio de 1993, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, actor: Aracelly Valencia Salazar, demandado: Hospital General de Medellín, exp. 7795; 13 de diciembre de 2004, C.P. Germen Rodríguez Villamizar, actor: William Franco Agudelo, demandado: Instituto de Seguros Sociales, exp. 14722; 3 de mayo de 2007, exp. 16.098, ya citada.

1993, y el dictamen laboral rendido con posterioridad, considera justo y proporcional [condenar] al 50% del perjuicio causado”⁴³.

De esta deducción porcentual para calcular el monto indemnizatorio final emerge un interrogante sobre la función resarcitoria de la responsabilidad civil, pues si ella se define como colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría de no haber acaecido el hecho dañino, en algunos casos se evidencia que el paciente antes de la intervención no se encontraba en las mejores condiciones de salud, o que si él no se hubiera sometido a la intervención para la cual otorgó su consentimiento viciado, la evolución natural de la enfermedad hubiese llevado a colocarlo en similares o peores condiciones de salud con respecto a las que quedó luego de dicha intervención o, en todo caso, a su deterioro progresivo, y en algunos casos, a su muerte.

Son dos hipótesis las que deben distinguirse, pues son dos perspectivas probatorias diferentes las que se observan en cada una de ellas. En primer lugar, si el paciente antes de la intervención, como fruto de su enfermedad, presenta ya un deteriorado estado de salud, el juez deberá tener en cuenta esa circunstancia que, por la naturaleza de su prueba, puede ser fácilmente acreditada en el proceso. Por ejemplo, la enfermedad originó una disminución del 30% de la capacidad laboral del paciente y, luego de efectuado el procedimiento —sobre el cual no se suministró una información completa—, resulta con una disminución del 50%. En este caso, el juzgador podrá calcular el rubro indemnizatorio del lucro cesante sobre la base de una disminución de la capacidad laboral del 20%. Además, por tratarse de una persona enferma, no podrán utilizarse las tablas de expectativa de vida promedio de un colombiano sano, sino remitirse a la esperanza de vida en el caso concreto, según la naturaleza de la afección y otros factores.

Diferente es la hipótesis en la que un paciente, en buenas o normales condiciones de salud, así no se hubiera sometido al acto médico, de todas formas el avance natural de su enfermedad o lesión habría producido un deterioro progresivo de su salud hasta conducirlo a un estado más o menos grave o, incluso, hasta su muerte. Al respecto, observamos que, aparte de ser la prueba de dicha evolución negativa más enrevesada, en nuestra opinión el juez deberá exigir una probabilidad elevada de que el paciente realmente se encontraría en ese maltrecho estado de salud, y no contentarse con una mera posibilidad o suposición. Además, el juzgador tendría que valorar igualmente las otras alternativas que tenía el paciente —aparte de la intervención que se le realizó— para tratar su enfermedad, la probabilidad de que se hubiera sometido a alguna de ellas en caso de que existieran y el posible efecto para su salud, porque, si se parte de la situación hipotética de que no se hubiera efectuado el acto asistencial con el objetivo de valorar las condiciones en las que —probablemente— se encontraría, también se debe tener en cuenta que —probablemente— habría acogido otra alternativa.

Se aprecia que, en este segundo evento, las valoraciones en el terreno probatorio se pueden convertir en extremo especulativas, razón por la que, seguramente, en la práctica solamente será posible tener en cuenta ese deterioro natural que con el paso del tiempo habría producido la enfermedad si no existía otra opción diferente para el paciente que la de someterse a la intervención que se le practicó. Si existía otra alternativa a la que probablemente se hubiera sometido la víctima, que habría podido producir buenos resultados, el juzgador ya no podrá tener en cuenta esa probabilidad de proyección negativa futura de la salud del paciente, para no caer en

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de enero de 2002, exp. 12706, ya citada.

un razonamiento demasiado conjetural o incierto. Son consideraciones generales en atención a la naturaleza casuística del tema, que exigiría analizar cada caso en concreto.

En cualquiera de las dos hipótesis, el porcentaje que podría deducir el juez como producto de la valoración del deteriorado estado de salud del paciente antes de la intervención o del estado en el que probablemente se encontraría como consecuencia del desarrollo progresivo de su enfermedad o lesión, en el caso de que no se hubiera efectuado el procedimiento, se debe aplicar a los rubros que resarcen los daños tanto materiales como inmateriales.

Sin embargo, se debe anotar la dificultad con respecto a estos últimos, pues aunque es indiscutible que la afectación al fuero espiritual o a los lazos sociales de la víctima puede variar en intensidad y, por lo tanto, la reparación debe ser diferente en cada caso, de todas formas para el juzgador, en la mayoría de los casos, es en extremo engorroso apreciar la forma como la persona asimila la enfermedad o un estado de salud específico y, en esa medida, más problemático resulta comparar la afectación a la dimensión inmaterial que padeció y padecerá por la materialización de los efectos adversos no comunicados, con la afectación que sufría antes por la dolencia que padecía o con la que probablemente hubiera sufrido si la enfermedad hubiera seguido su curso evolutivo natural.

Todo lo anterior abre paso a cuestionar la condena por la totalidad de los perjuicios derivados del daño corporal ocasionado en los eventos en que se presentan esas circunstancias, especialmente luego de advertir ese yerro en varias de las sentencias del Consejo de Estado aquí estudiadas. Sin embargo, es innegable que esta crítica se encuentra con un obstáculo consistente en que en esos casos el juzgador tiende a favorecer la situación de la víctima y a sobredimensionar el deber de reparación integral del daño.

Por último, que a la consecuencia desde el punto de vista ético profesional se sume un efecto patrimonial, apremia al cuerpo médico a realizar una labor lo más diligente posible en lo que concierne a la obtención del consentimiento informado del paciente, so pena de resultar condenados en los tribunales de justicia⁴⁴. Ese efecto lógico derivado de la función preventiva de la responsabilidad civil no basta para que en nuestro medio se logre el adecuado cumplimiento de esas obligaciones, pues falta concientizar a los médicos sobre que el respeto a esas normas reviste especial importancia, no sólo por las consecuencias que genera su incumplimiento, sino por la necesidad de respetar al paciente como ser digno, libre y autónomo, soberano de su cuerpo, capaz de tomar —con una información adecuada, suficiente y clara— las decisiones que determinarán su estado corporal, así como el curso de su existencia física, espiritual, individual y en sociedad.

⁴⁴ No se puede olvidar que, a más de existir una responsabilidad médica individual, también existe una responsabilidad de las instituciones en las que aquellos desarrollan sus actividades profesionales, y que, adicionalmente, en muchas ocasiones, el contexto en el que se presta el servicio de salud en nuestro país lleva a que, por diversos factores (tiempo, trámites, recursos), los galenos no puedan realizar su labor adecuadamente.