MILAGROS KOTEICH KHATIB*

Autonomía privada y consentimiento informado

Sumario: Introducción. I. El consentimiento informado en el derecho comparado. II. La situación en el ordenamiento jurídico colombiano. A. La Corte Constitucional. B. La Corte Suprema de Justicia (Casación Civil). C. El Consejo de Estado. Reflexión final. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En materia de responsabilidad médica asistimos hoy a un cambio de paradigma, en virtud del cual hemos pasado de una medicina basada en el *principio de beneficencia* a una basada en el *principio de autonomía*; o en otros términos, hemos transitado de una medicina *paternalista* a una basada preponderantemente en la *autodeterminación* del paciente, principio este de carácter constitucional (arts. 16 y 28 CP) que impide al personal sanitario –salvo frente a determinadas excepciones– realizar cualquier procedimiento o intervención sin el previo consentimiento del paciente, dado con conocimiento de causa, lo cual implica no solo el derecho “a que no se actúe sin su consentimiento y a que se respeten sus decisiones”, sino también “el derecho a decidir libremente entre las opciones disponibles previa información adecuada; y [además] el derecho a negarse a tratamiento”¹.

Pero naturalmente que tal cambio de paradigma no se ha verificado ni a un mismo ritmo ni con la misma intensidad en todos los ordenamientos jurídicos, y en este sentido es marcada la diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho de tradición latina, pues mientras en el primero podría decirse que se encuentra completamente decantada y arraigada la necesidad del llamado “consentimiento ilustrado”, en el segundo, en cambio, la introducción y afianzamiento de la necesidad de este último ha encontrado mayor resistencia, dado que en materia médica, en nuestro medio, hemos confiado tradicionalmente en la “decisión discrecional” del profesional sanitario².

* Docente-investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho por la Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italia). Contacto: Milagros.koteich@uexternado.edu.co

1 XIOL, JUAN ANTONIO. “La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente”. En: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, p. 16.

2 Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero (cuya tesis se reitera en Corte Constitucional. Sentencia T-313 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, entre otras).

Más resistencia aún ha encontrado entre nosotros la posibilidad de derivar responsabilidad civil o patrimonial del incumplimiento de ese deber a cargo del médico o profesional de la salud, al cual normalmente se le han adosado solo consecuencias de carácter ético o disciplinario. Porque una cosa es que la exigencia del consentimiento informado exista, y otra distinta las consecuencias jurídicas que atribuimos a su incumplimiento.

La tesis tradicional sostiene que el incumplimiento del deber a cargo del médico o profesional de la salud de lograr el consentimiento informado de su paciente no produce consecuencias en términos de responsabilidad civil si tal incumplimiento no produce, a su tiempo, un detrimento en la salud o integridad personal del paciente; la tesis más contemporánea –y que aquí defendemos– es que la sola violación al derecho a la autodeterminación o autonomía del paciente –con prescindencia de cualquier posible y posterior efecto sobre su salud, vida o integridad personal– merece reparación, y no apenas un reproche de carácter ético o disciplinario. En otros términos, lo que se sugiere es que resulta necesario desligar el consentimiento informado de la pericia o impericia con la que ha actuado el médico, y de lo graves o leves que puedan ser las consecuencias de ese actuar en la salud o integridad de la persona; pues esa es la única forma en la que, en nuestra opinión, se puede ser coherente con el enunciado de acuerdo con el cual los derechos constitucionales fundamentales –como los de autodeterminación, dignidad e igualdad– son inviolables.

¿Cuál ha sido entonces el aporte del derecho comparado –o mejor, extranjero– en esta materia, y cuál el de nuestras altas cortes, que nos permita luego afirmar que –a pesar de cierta resistencia– existe hoy un derecho a exigir responsabilidad civil –y no solo ética o disciplinaria– del profesional que, no obstante haber empleado la *lex artis* en el tratamiento o procedimiento respectivo, no cumple con la exigencia legal³ y contractual⁴ del consentimiento informado?

3 La Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) habla en su artículo 15 del valor de la autonomía y del consentimiento del paciente: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”; art. 16: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 3380 de 1981, el cual

I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL DERECHO COMPARADO

Otrora, lo común era que se prescindiera de la voluntad del paciente en el marco del servicio sanitario, pero las cosas comenzaron a cambiar concretamente en Inglaterra en el siglo XVIII, a partir de la sentencia conocida como *Slater v. Baker & Stapleton* (del año 1767), donde se discutía el caso de una paciente, la Sra. Slater, a quien los cirujanos, al parecer para experimentar con un nuevo aparato (“una cosa pesada de acero que tenía dientes”), le desunieron, sin su consentimiento, la fractura de una pierna que en realidad no estaba cicatrizando satisfactoriamente. Pues bien, más allá del interés que revestirá este pronunciamiento para delimitar lo que constituye una inaceptable praxis médica, el mismo es relevante en la medida en que será citado como precedente en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América de finales del siglo XIX para comenzar a delinear la necesidad de un consentimiento del paciente frente a ciertas intervenciones⁵.

Sin embargo, en el precedente citado se produjo un reconocimiento, si se quiere, apenas incipiente de la necesidad del consentimiento, en el sentido de que no se aplicó frente a su incumplimiento alguna especial consecuencia jurídica desde el punto de vista de la responsabilidad civil o patrimonial. Será solo a partir de la sentencia *Schloendorff v. Society of New York Hospital* del año 1914^[6] que se reconocerá de manera enfática y autónoma el derecho del

señala en su artículo 10: “El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, 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”; art. 12: “El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”.

- 4 En este sentido, señala NAVIA ARROYO, FELIPE. “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, p. 158, que el consentimiento informado no se limita a “una exigencia normal y lógica en orden a obtener del paciente un consentimiento libre de vicios, esto es, para que la relación contractual que se forma entre ellos no se vea afectada por una causa de nulidad”, sino que se trata de un “deber de humanidad que debe ser cumplido incluso con prescindencia de cualquier contrato”.
- 5 BASTIDA, FRANCISCO JOSÉ. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”. En: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, pp. 153 ss.
- 6 “Como es bien conocido, se trataba del caso de una señora que había autorizado exclusivamente una prueba diagnóstica para saber la naturaleza del tumor que padecía en el cerebro. El cirujano

paciente a su autonomía y se desprenderá de su incumplimiento el derecho a reclamar indemnización por daños⁷. De hecho, “la sentencia establece que ‘todo ser humano de edad adulta y mente sana tiene un derecho a determinar qué debe hacerse con su propio cuerpo; y el cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente, comete un asalto a consecuencia del cual es responsable por daños’”⁸; exigencia que declina, naturalmente, frente a determinadas circunstancias que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran especificadas tanto en el artículo 11 del Decreto 3380 de 1981⁹ como en la jurisprudencia nacional¹⁰.

fue más allá de ese limitado cometido y operó el tumor. La consecuencia fue que la paciente sufrió graves secuelas”: BASTIDA. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, cit., pp. 155 ss.

- 7 Sin embargo, y tal como lo señala Bastida, hasta 1914 la falta de consentimiento del paciente no se tenía como un *daño autónomo*, sino como un elemento más del daño consistente en la *vulneración a la integridad psicofísica*. El posterior acento que se puso en “la protección de la autonomía de la persona y el control sobre la libertad de actuación del personal sanitario hace que, al inicio del siglo XX, haya sentencias que incluyan el consentimiento como parte del contenido del derecho a la integridad corporal, de manera que la intervención quirúrgica sin el permiso del paciente se califica como agresión (*battery*), haya o no negligencia médica. En todo caso el derecho que aparecía vulnerado era el derecho a la integridad física”: *ibíd.*, pp. 154 ss.
- 8 En este sentido, dice la sentencia, “esto es verdad, excepto en casos de emergencia, cuando el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que pueda ser obtenido el consentimiento”: citado *ibíd.*, pp. 155 ss.
- 9 Así: “El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.
- 10 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2016, M.P.: Gloria Ortiz: “Con todo, esta Corporación ha admitido que el principio de autonomía y el consentimiento informado no tienen un carácter absoluto y entran en tensión con otros postulados que orientan la práctica de la bioética como, por ejemplo, el principio de beneficencia. Aunque en esta colisión debe otorgarse prevalencia *prima facie* al principio de autonomía, la jurisprudencia constitucional ha identificado ciertos eventos en los cuales, excepcionalmente, tal principio cede frente a las demás normas y valores constitucionales involucrados.
“De este modo, las situaciones excepcionales en las que la exigencia del consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento”.

Entonces, esta sentencia introduce un planteamiento liberal—sin duda—, tendiente a impedir injerencias extrañas en la órbita personal del individuo, pero sin el ingrediente añadido—y social— consistente en la exigencia a cargo del médico de informar previamente al paciente para que este pueda decidir su suerte clínica con “conocimiento de causa”. Es decir, todo lo que exige esta sentencia es que medie consentimiento del paciente, independientemente de *cómo se forme él*.

Tendremos que esperar hasta mediados del siglo xx para que comience a hablarse del “consentimiento ilustrado”¹¹, probablemente gracias a lo que se observa con posterioridad—y como respuesta— a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), esto es, el afianzamiento de los derechos de la personalidad, entre los cuales el de autodeterminación, el de disposición del propio cuerpo, libertad, etc.¹².

La primera sentencia en la que, en efecto, se menciona el “*informed consent*” es una sentencia norteamericana (del Estado de California) del año 1957. Se trata del caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*, en donde lo que se dilucidaba era “la falta de información al paciente de los posibles riesgos y secuelas de la aortografía diagnóstica a la que se sometió. No estaba en litigio si se había prestado el consentimiento, sino si éste se había dado con conocimiento de causa, o sea previa ilustración por el médico al enfermo de las consecuencias que podría conllevar la intervención”¹³.

Algo similar ocurrió en el caso conocido como *Natanson v. Kline* de 1960, en el que se denunció al médico por no haber advertido de las posibles consecuencias posteriores a una radiación, que fueron efectivamente padecidas

11 Una definición acerca del consentimiento informado es ofrecida por HIGHTON, ELENA y WIERZBA, SANDRA. “Consentimiento informado”. En: Óscar Garay (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos; ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 191: “Se ha definido el consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”.

12 En este sentido, GHERSI, CARLOS. “Del contrato médico de ‘confianza subjetiva’, a la necesidad del servicio de salud masificado de ‘relativa confiabilidad objetiva’”. En: AA.VV., *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1998, p. 19: “A partir de la segunda guerra mundial, comienza un *afianzamiento* de los derechos de las personas—tal vez como respuesta a las atrocidades de aquella situación en donde el ser humano fue sometido a las más crueles vejaciones— en un inicio expresado como *derechos personalísimos*”.

13 BASTIDA. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, cit., pp. 158 ss.

por la paciente en cuestión. En dicha oportunidad, el juzgador determinó que de acuerdo con el principio de autodeterminación “todo el mundo es dueño de su propio organismo, y por tanto puede, si se halla en sus cabales, oponerse y prohibir expresamente la ejecución de operaciones quirúrgicas o cualquier otro tratamiento, aun cuando tenga por fin salvarle la vida”. Dice además la sentencia: “Un médico puede creer que una operación o alguna forma de tratamiento puede ser deseable o necesaria, pero la ley no le permite sustituir con su propio juicio el del paciente mediante ninguna forma de artificio o engaño”¹⁴.

Emerge así, pues, la órbita constitucional de la problemática, más allá de su relevancia en la formación del consentimiento del respectivo negocio jurídico¹⁵ (o contrato de prestación de servicios médicos o sanitarios), o de sus efectos en la responsabilidad civil. Y desde entonces se tiene que la única forma en la que el médico queda legitimado para actuar sobre la humanidad del paciente es a través del consentimiento que se presta reuniendo los presupuestos necesarios para que pueda configurarse como un verdadero acto de autodeterminación, esto es, siendo libre e informado. Prestado el consentimiento informado, el médico solo responde por su falta de diligencia o pericia en la prestación técnica de que se trate¹⁶ (lo cual es natural si se considera que el consentimiento informado no puede fungir, comoquiera que sea, como una especie de “protector corporativo de la mala práctica médica”¹⁷ o, dicho en otros términos, como un “derecho a la irresponsabilidad”).

Ahora bien, una lectura diversa que admite este pronunciamiento es la relacionada con la distribución de los riesgos en el marco de la asistencia sanitaria: si el médico cumple con el consentimiento informado, traslada los

14 Extractos citados *ibíd.*, pp. 160 ss.

15 En el que “la manifestación de voluntad, por parte del paciente, limita el objeto del contrato” (BLAS ORBÁN, CARMEN. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 78), y para cuya validez es necesario que “haya sido precedido de la adecuada información” (XIOL. “La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente”, *cit.*, pp. 32 ss.).

16 Cfr. WEINGARTEN, CELIA. “Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado”. En: AA.VV., *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1998, p. 54.

17 Expresión de Weingarten, *ibíd.*, p. 48.

riesgos de su intervención o tratamiento al paciente¹⁸; caso contrario, es él quien asume los riesgos previstos y previsibles de dicha intervención (a la manera en que ocurre también en el evento de mora contractual, en donde se invierte la carga del riesgo –tal como lo explica, aunque expresando sus reservas, Navia Arroyo¹⁹).

Y decir que en esa hipótesis el médico *soporta los riesgos* significa, en sana lógica, que en caso de daño a la salud o a la integridad psicofísica del paciente, si no se ha cumplido con el consentimiento informado, a pesar de haberse empleado la *lex artis*, el médico responde civil o patrimonialmente por los daños materiales e inmateriales sufridos por la víctima, hasta el límite del daño o riesgo previsible.

Pero, ¿y si ese daño corporal no se produce –nos preguntamos–, tendrá derecho el paciente a una reparación por la sola falta de información que le habría permitido decidir de manera ilustrada y autónoma su suerte clínica? Hay quienes responden negativamente, dado que aquí habría un *daño sin perjuicio*; o –en la terminología del ordenamiento jurídico italiano– un *daño-evento* y no un *daño-consecuencia*, único indemnizable en la lógica tradicional de la responsabilidad civil. La discusión acerca de la diferencia entre el daño y el perjuicio –o entre el *daño-evento* y el *daño-consecuencia*– se ha dado ampliamente en el ambiente europeo –concretamente en Italia y en Francia–, alrededor de la figura del daño a la salud, que para algunos, en efecto, constituye apenas un *daño-evento*, es decir, un “hecho” o una cuestión fáctica que no es la que debe resultar resarcible en términos de responsabilidad civil. Hoy, esa misma discusión se da alrededor de otros derechos fundamentales, distintos de la salud, como lo es el de autodeterminación (para cuya concreción, en materia médica, se requiere pues del cumplimiento del consentimiento informado).

18 XIOL. “La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente”, cit., p. 35: “El consentimiento informado prestado válidamente implica la traslación de la responsabilidad por los riesgos derivados de la intervención del médico al paciente. Sin embargo la existencia de consentimiento informado no excluye la existencia de responsabilidad si concurre una inadecuada actuación médica”.

19 NAVIA ARROYO. “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”, cit., p. 163: “Incluso el profesor Desbois ha llegado a sostener 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”.

Debe decirse que la responsabilidad civil ha cambiado profundamente en los últimos años, y hoy se tiende a reconocer que, en efecto, la sola violación de derechos (que no produce o que puede no producir ulteriores consecuencias) constituye un daño reparable²⁰.

II. LA SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Entre nosotros, la sola violación al derecho a la autodeterminación encontraría amparo indemnizatorio bajo el alero de la tipología del daño extrapatrimonial constituido por la “violación de derechos jurídicos constitucionalmente tutelados”, tal como ha sido concebido por la Casación Civil²¹ y también, con algunas variaciones, por el Consejo de Estado²².

Pero, ¿cómo llegamos a esta conclusión?, ¿cuál ha sido el camino recorrido para llegar a la enunciación de tan importante axioma del derecho contemporáneo de daños, consistente en que la violación de derechos constitucionales fundamentales constituye *per se* un daño resarcible, con independencia inclusive de sus posibles ulteriores consecuencias?

A. LA CORTE CONSTITUCIONAL

En esta materia, la Corte Constitucional colombiana ha tenido, desde la década de 1990, un papel destacado, no porque haya establecido el derecho

20 En este sentido se manifiesta GHERSI, CARLOS. *Responsabilidad por prestación médico-asistencial*, 1.^a ed. colombiana. Medellín: Diké, 1993, p. 74: “La obligación ética y jurídica de información emana entonces de esa relación contractual de confianza, es una especial situación que el paciente o sus familiares esperan de su médico, de allí que sostengamos que su incumplimiento cause un daño moral reparable. Esto aun cuando no se materialice ningún daño patrimonial, dada la autonomía que marcamos de ambos”; y véase también WEINGARTEN. *Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado*, cit., p. 53: “Admitida la existencia de un *deber legal y contractual* del profesional de informar, su ausencia o su cumplimiento defectuoso es de por sí violatoria de tal obligación, por lo que su *omisión genera responsabilidad en forma autónoma*”.

21 Véase, en este sentido, Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 agosto del 2014, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC10297.

22 Véanse, al respecto, las ocho sentencias de unificación: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto del 2014, exp. 26.251 (M.P.: Jaime Orlando Santofimio); exp. 32.988 (M.P.: Ramiro Pazos); exp. 27.709 (M.P.: Carlos Zambrano); exp. 31.172 (M.P.: Olga Mélida Valle de De la Hoz); exp. 36.149 (M.P.: Hernán Andrade); exp. 28.804 (M.P.: Stella Conto Díaz); exp. 31.170, (M.P.: Enrique Gil Botero); exp. 28.832 (M.P.: Danilo Rojas).

a reparación en estos casos, sino en virtud de las elaboraciones jurídicas iusfundamentales que más tarde le darán soporte a la pretensión indemnizatoria reconocida tanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria –Casación Civil– como de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para comenzar, la Corte Constitucional es consciente de que la violación del derecho fundamental a la libertad del paciente por parte del médico “tiene origen en una práctica inveterada de la medicina, demasiado centrada en propósitos asistencialistas que resultan incompatibles con los nuevos principios constitucionales definidos por la Constitución Política de 1991, “[a]ctitud que está llamada a transformarse y adecuarse a una nueva escala de valores”, pues hoy la relación médico-paciente se tiene como “una relación de confianza –no de autoridad– regida por los principios de la competencia científica del médico y de consentimiento del paciente”²³.

Así pues, partiendo de tal premisa, en 1993^[24] la Corte Constitucional señaló que con base en que “el derecho al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad [e]s un derecho constitucional fundamental”²⁵, se debe denegar la “acción de tutela encaminada a imponer un tratamiento específico a una señora que padecía una enfermedad grave”.

Tesis que fue sucesivamente reiterada por la corporación, entre otras, en sentencia de 1994^[26], donde se señaló que la persona humana es autónoma

23 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

24 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

25 “[P]ues no sólo así se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual hace parte del capítulo 1 del título II, denominado ‘De los derechos fundamentales’, sino que esa connotación le ha sido reconocida por esta Corporación, entre otras, en las providencias T-050 del 15 de febrero de 1993 y C-176 del 6 de mayo de 1993”.

26 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. También, Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero (cuya doctrina se reitera en sentencia de la Corte Constitucional T-313 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, entre otras), en la que se señala: “El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que éstos pueden afectar la dignidad humana de éste último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes, tal y como esta Corte ya lo ha reconocido en diversos fallos”. Ahora bien, dice la propia sentencia, el hecho de que “la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual”, “no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las llamadas medidas paternalistas, entendiéndolo ‘paternalismo’ en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como ‘la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren

en cuanto digna (art. 1.º CP) y que, en esa medida, “es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, *no puede limitársela* sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena” (resaltado fuera de texto).

De manera que el médico no puede coartar esa libertad o esa autonomía. Lo anterior no significa, sin embargo, que el médico quede a merced del consentimiento del paciente, pues en este caso estaríamos violando, ahora, la autonomía del profesional.

De tal “tensión”, de hecho, se ha ocupado nuestra Corte²⁷, al decir:

El Estado no es ajeno al desenlace de la controversia bioética entre paternalistas y autonomistas. En ella toman parte diversos intereses amparados constitucionalmente. De un lado, se protege la salud de la población, [y del otro] se establecen los principios de la autodeterminación (C.P. art. 16) y de la libertad (C.P. art. 28).

Corresponde a la interpretación judicial la búsqueda de un equilibrio entre intereses particulares y generales, de tal manera que ninguno de los dos sea subsumido o minimizado por el otro. Ni el ser humano debe convertirse en un objeto de manipulación de la organización médica, ni ésta debe supeditar todos sus propósitos asistenciales, científicos y curativos a la opinión de los pacientes.

En definitiva,

... la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26)²⁸.

exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”.

27 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

28 Señala en esta materia la sentencia de Corte Constitucional colombiana SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero: “el equipo médico que quiera abstenerse de obtener el consentimiento informado tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de ese distanciamiento, pues si no lo hace, la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace ineludible la obtención del permiso de parte del paciente”.

Entonces, cuando las partes, en el marco del ejercicio de su respectiva autonomía, no logran llegar a un entendimiento o acuerdo sobre el tratamiento a seguir, existe, de acuerdo con nuestra Corte²⁹, “la posibilidad de que ambas partes cuenten con la alternativa de retirarse de la relación médica. [...] En estos eventos, es preferible un comportamiento supeditado al principio de la autodeterminación del paciente, que una actitud simplemente paternalista”, pues ello es lo que imponen la “moderna bioética y [...] los principios mismos de la Constitución Política”, de acuerdo con los cuales debe soslayarse “el aspecto puramente técnico cuando este se encuentra en conflicto con el consentimiento del paciente”. No se trata, como se ha señalado ya, de “un sometimiento del médico a la voluntad del paciente, sino más bien de establecer una relación de comunicación que se disuelve por falta de acuerdo y no por la imposición de la voluntad de una de las partes”.

En definitiva, no puede partirse “del concepto equivocado de que tratándose de enfermedades y su curación el autónomo para decidir es el médico y no el paciente”³⁰, dado que “en sociedades fundadas en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (CP arts. 1.º y 16), toda intervención en el cuerpo de un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado (principio de autonomía)”, lo cual “deriva del reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de las personas (CP arts. 1.º, 12 y 16)”³¹.

Por último, en cuanto a la Corte Constitucional, tenemos que recientemente, en sentencia del 3 de agosto de 2016, la corporación, además de recordar la importancia constitucional del consentimiento informado³² y las

29 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994.

30 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

31 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

32 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2016, M.P.: Gloria Ortiz. La Corte Constitucional recuerda que la autonomía tiene “carácter de principio autónomo, materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual, el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona”. Es el paciente el “llamado a valorar en qué consiste la bondad o los riesgos de una intervención clínica y a determinar si quiere someterse a ella o no”. “Además, *el derecho al consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones sanitarias es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso*. Por ende, una actuación que impida al individuo decidir sobre su propio cuerpo constituye, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana”.

características que este debe reunir³³, señaló sin ambages que “el consentimiento previo e informado del paciente se requiere para ‘*todo tratamiento, aún el más elemental*’”, y que “entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso del tratamiento médico, ‘*más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada*’”³⁴, además de que en ocasiones dicho consentimiento deberá ser revestido de ciertas formalidades, como que *conste por escrito* o que sea *persistente*³⁵.

-
- 33 En este sentido indicó: “no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica”; el consentimiento debe ser libre e informado: “(i) Ser *libre*, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños. (ii) Ser *informado*, pues es necesario que se funde en un *conocimiento adecuado y suficiente* para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Por ello existe la obligación de proporcionar al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales incluyen la ausencia de cualquier tipo de tratamiento”.
- 34 Dice la sentencia: “Además de este criterio central, la Corte Constitucional precisó una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado. “En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del paciente, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstas y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona”, lo cual “evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto, *depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria*”.
- 35 En resumen de la propia Corte: “puede indicarse que: (i) el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud materializa importantes postulados constitucionales como el principio de autonomía, el derecho a la información y el derecho a la salud, entre otros. Pese a ello, este mandato no es absoluto y debe ponderarse con otros principios como el de beneficencia, que prevalece en situaciones excepcionales. “(ii) El consentimiento informado debe ser *libre*, es decir, voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; e *informado*, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa. “(iii) En algunos casos y debido al grado de complejidad e invasión del procedimiento médico a realizar, se requiere de un *consentimiento informado cualificado*. Bajo este criterio, la información suministrada al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionada con la complejidad del procedimiento y, por ello, éste tiene mayor capacidad de decisión sobre su cuerpo en relación a la intervención quirúrgica anticonceptiva. Así mismo, en estos escenarios *se deben exigir ciertas formalidades para que dicho consentimiento sea válido, tales como que se dé por escrito y que sea persistente*. Lo anterior, con miras a reforzar las garantías de autonomía, información

Pero probablemente lo que mayor controversia genera en esta materia es lo que *no dijo* la Corte —en realidad no le correspondía—: que del incumplimiento del consentimiento informado puede derivarse responsabilidad civil o patrimonial del profesional de la salud o de la estructura sanitaria. De hecho, de algún modo dijo todo lo contrario cuando señaló: “la decisión que se tomará respecto del médico, condenará su comportamiento, sin deducir de ello una responsabilidad individual, sino un reproche genérico”.

De modo que, si bien es cierto la Corte Constitucional ha delineado, con base en los nuevos principios constitucionales, un derecho a la autonomía del paciente, que se concreta en nuestra materia a través de la exigencia del consentimiento informado, no quiere ello significar que de allí haya derivado o decantado responsabilidad civil (o patrimonial) en cabeza del personal sanitario. Tal consecuencia, y su magnitud, han sido establecidas por parte de aquellos a quienes realmente corresponde: la Casación Civil y el Consejo de Estado colombianos.

B. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (CASACIÓN CIVIL)

En el marco de la jurisdicción ordinaria, probablemente la sentencia más célebre en esta materia sea una del año 2011^[36] donde se recordó que el incumplimiento de la obligación legal a cargo del profesional de la salud sobre

y salud del paciente”. Véase, en el mismo sentido, Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez: “En cuanto al ‘consentimiento informado’ la Corte Constitucional ha establecido una extensa línea jurisprudencial sobre la definición y las características del ‘consentimiento informado’, cuando se refiere a tratamientos que tienen que ver con la salud del paciente. El grado de especialización del concepto de ‘consentimiento informado’ que tutela los principios de la dignidad humana, de autonomía, de libre desarrollo de la personalidad, de la libertad individual —mandato *pro libertate*—, de pluralismo, de salud, y de la integridad de la persona humana, ha dado lugar a que la Corte Constitucional establezca a través de la solución de casos concretos subreglas a este derecho. Por ejemplo, se ha dicho que el consentimiento informado del menor de edad o de las personas incapaces generalmente se obtiene mediante el consentimiento informado de los padres y excepcionalmente mediante fallo judicial; también se ha establecido que cuando se trata de intervenciones o tratamientos de carácter invasivos, riesgosos o de incertidumbre se debe dar un ‘consentimiento informado cualificado’, en donde la información libre e informada sobre el tratamiento o la intervención debe ser detallada, formalmente suministrada, sopesada y mantenida durante cierto tiempo”.

36 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre del 2011, M.P.: William Namén Vargas, exp. 1999-00533.

el consentimiento informado no solo vulnera derechos fundamentales (libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad), sino además “la relación jurídica”, el negocio jurídico, que —ciertamente— tiene, en virtud de su objeto, un innegable cariz humanista.

Es precisamente en torno al interés jurídico quebrantado y a los correspondientes efectos sobre la responsabilidad *civil* (y ya no solo disciplinaria —o incluso penal—, como otrora) que giran algunas de las reflexiones de esta sentencia. En este sentido, se señala en ella que existen tres diferentes tesis:

1. Una primera, que sostiene que estaríamos aquí frente a “la conculcación de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad o autonomía para disponer de su propio cuerpo o vida y decidir si rehúsa o somete al tratamiento u opta por otros, *limitando la reparación al daño moral, porque el causado a la vida o salud de la persona es diferente, carece de relación causal con el incumplimiento de la obligación, el consenso omitido y se presentaría aún obtenido*” (resaltado fuera de texto);

2. Luego, se tiene una segunda tesis que “acentúa el quebranto de la relación jurídica prestacional o asistencial médica al incumplirse el deber legal de informar y obtener el consentimiento del paciente para someterse al tratamiento o procedimiento, por no haberlo aceptado y *concernir no sólo a tales derechos, sino a la vida, salud e integridad sicofísica de la persona*. En esta línea, una postura, empero *limita la responsabilidad a los riesgos típicos o previstos*” (resaltado fuera de texto).

3. Finalmente, está la tesis que *extiende la responsabilidad incluso “a los riesgos imprevistos, todos los cuales asume el médico”* (resaltado fuera de texto).

Entre las tres tesis, la sentencia se decanta por la segunda³⁷; es decir, aquella que hace responsable al médico, en caso de incumplir con el consentimiento informado, hasta el límite del riesgo previsible sobre la salud (aunque añade que se “permite la exoneración con la demostración [de] que

37 “[L]a omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no solo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica 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’ (L. 23/81, art. 16)”.

a pesar del cumplimiento de la prestación de informar y obtener el consentimiento informado, el daño se habría generado de todas formas”). Tal límite no existiría si el médico “expone al paciente a riesgos injustificados (art. 15, *ibíd.*), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, se 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”.

Esta tesis ha sido reiterada, por fortuna, en la jurisprudencia reciente³⁸.

C. EL CONSEJO DE ESTADO

Pasemos ahora, y por último, al Consejo de Estado colombiano. En esta corporación las cosas no han sido muy distintas³⁹, salvo por el hecho de que en cierta

38 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de marzo de 2016, M.P.: Margarita Cabello Blanco, exp. 2506, entre otras.

39 Véase Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014, M.P.: Danilo Rojas, exp. 2019013, 25000-23-26-000-2000-01924-01, 26660, donde se hace un recuento de la evolución de la figura del consentimiento informado en la jurisprudencia colombiana, que se transcribe *in extenso*: “El tema del consentimiento informado y previo otorgado por el paciente frente a las intervenciones, tratamientos y procedimientos que se le realizan, ha contado con pronunciamientos judiciales que se sintetizan a continuación: En 1993 esta Corporación se pronunció frente a un caso en que a una paciente durante una cesárea le practicaron también ligadura de las trompas de falopio sin su consentimiento [...] En 1994 la Corte Constitucional se pronunció sobre un caso en el que al paciente renal le fue cambiado el tratamiento de diálisis, no solamente sin su consentimiento, sino en contra de su voluntad [...] La Sección Tercera en sentencia del 15 de noviembre de 1995 consideró 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. [...] En 1998 se decidió el caso en el que una paciente consintió ser operada de una hernia inguinal en el lado izquierdo y el médico la operó del lado derecho, con lo que a juicio de esta Corporación, aparte de la falla médica se extralimitó el consentimiento otorgado por la paciente [...] En 1999 la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca del caso en el cual a una menor cuyos padres habían firmado un formato de exoneración de responsabilidad se le practicó una biopsia en la médula espinal. A juicio de la Sala dicho formato no exonera a la entidad demandada por carecer de la información y aceptación propias del consentimiento informado [...] En el 2002, se resolvió un caso en el que a un militar retirado que tenía una lesión tumoral en el cuello, le fue practicada una cirugía para extirpar la masa sin advertirle de los riesgos o secuelas de la intervención y después de la operación padeció parálisis del lado derecho de su cara y como secuela presentó dificultad en el habla [...] En el año 2004 esta Corporación se refirió a la importancia del consentimiento informado en un caso obstétrico [...] En el año 2007 la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció así en un caso en el que a una mujer al realizarle una cirugía para extracción de quistes de los ovarios se le practicó una histerectomía o extracción del útero. [...] En el 2008 la Sección Tercera resolvió el caso de un

jurisprudencia de otrora encontramos que el daño que derivaba del incumplimiento del consentimiento informado se tenía –tal como en la jurisprudencia francesa⁴⁰– como la “pérdida de la oportunidad” de sobrevivir o de sanar⁴¹;

hombre de 35 años que no podía miccionar sino por una sonda uro-rectal y se sometió a una cirugía para dar funcionalidad a la uretra, lo que se logró parcialmente pero acarreado una disfunción eréctil. El demandante afirmó que no le habían advertido de tal riesgo, sin embargo la Sala encontró probado que el paciente había sido debidamente informado y que había otorgado consentimiento tácito. [...] En el mismo año la Sección Tercera conoció el caso de una señora con displasia de cadera que fue intervenida para corregir dicha patología sin advertirle a ella ni a sus familiares que podría resultar con invalidez, riesgo que se materializó. [...] En junio del mismo año, la Sala se pronunció con motivo del caso de una pareja cuya bebé nació sin vida al parecer por demora en la atención del parto (sufrimiento fetal) y mientras el padre solicitaba la necropsia de la menor, le informaron que la habían cremado. Lo anterior sin contar con el consentimiento de los padres. [...] En octubre del 2008, la Corporación resolvió el caso de un menor que cayó de un tercer piso fracturándose el brazo. Los médicos ortopedistas lo intervinieron de inmediato sin el consentimiento informado de los padres y lo anestesiaron sin percatarse de un trauma craneoencefálico que padecía el menor y que al parecer fue la causa de un paro cardio-respiratorio que le dejó en estado vegetal y posteriormente le causó la muerte. [...] En el año 2009 la Sección Tercera resolvió el caso de un paciente que fue operado de unas cataratas y en el post-operatorio adquirió una infección que le causó la pérdida del ojo. [...] [L]a Subsección en el año 2011 se pronunció en los siguientes términos –caso de una señora a la cual le practicaron un legrado que implicó la perforación de las trompas de falopio, por lo que le fueron extraídas sin su consentimiento– [...] En el año 2012, la Subsección B resolvió el caso del señor [...], a quien le fue amputada una pierna por encima de la rodilla cuando había autorizado la amputación a la altura del antepié. [...] En el año 2013, la Subsección B de la Sección Tercera resolvió un caso en el que un paciente que fue sometido a varias intervenciones porque padecía colitis ulcerativa, resultó con perforación de la vejiga y disfunción eréctil. El paciente había firmado el consentimiento informado pero no le habían advertido de todos los riesgos de las intervenciones [...] En la misma fecha se resolvió el caso de una señora que tenía una ránula en la boca y al someterse a la cirugía de extracción de la misma, se vio comprometida la glándula salival que tuvo que ser extraída durante el procedimiento sin consentimiento previo de la paciente. NOTA DE RELATORÍA: Consultar Colombia: Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia de 21 de septiembre de 1994, exp. T-401-94. Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 9 de julio de 1993, exp. 7795; 15 de noviembre de 1995, exp. 10301; 29 de enero de 1998, exp. 10807; 3 de mayo de 1999, exp. 11169; 24 de enero de 2002, exp. 12706; 13 de diciembre de 2004, exp. 14722; 3 de mayo de 2007, 3 de junio de 2007, exp. 16098; exp. 16098; 23 de abril de 2008, exp. 15737; 23 de mayo de 2008, exp. 16095; 5 de junio de 2008, exp. 16174; 15 de octubre de 2008, exp. 16350; 11 de febrero de 2009, exp. 14726; 11 de marzo de 2009, exp. 14726; 28 de febrero de 2011, exp. 20027; 27 de abril de 2011, exp. 20636; 22 de agosto de 2012, exp. 26025; 29 de agosto de 2012, exp. 24966; 13 de febrero de 2013, exp. 25870; 6 de marzo de 2013, exp. 25715; y de 12 de diciembre de 2013, exps. 24493 y 26656”.

⁴⁰ Tal como se recuerda en Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017, M.P.: Ramiro Pazos, exp. 17001 23 31 000 2000 00645 01 / 25706.

⁴¹ “En el caso *sub judice*, se recopilaron elementos demostrativos que conducen a evidenciar a la vez, la diligencia y cuidado, pero en cambio la omisión en la debida e ilustrada información a que tenía derecho el paciente”, por lo que “habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en

tesis esta que se encuentra hoy superada (porque de sobrevivir o de sanar no se trata, sino de *decidir*).

Lo que es importante para nosotros es que el Consejo de Estado ha insistido en que “el derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad”⁴². Y que desde el punto de vista del médico, tal consentimiento ilustrado se constituye en una *causal capaz de “exonerar[lo] de toda responsabilidad”*, siempre que aquel haya sido “ilustrado, idóneo y concreto, previo”⁴³. Pero, aclara,

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”: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, M.P.: Jesús María Carrillo, exp. 12706. Y agrega: “Se recuerda que la falla no consistió en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna (ver su copiosa historia clínica contenida en el c. 3), sino en la pérdida de oportunidad del paciente, ampliamente comentada. Esto nos conduce necesariamente a reflexionar sobre el monto de la condena. / [...] Entonces, tomando como referencia el ya deteriorado estado de salud presentado por [...] antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado, reconocer a los demandantes las siguientes sumas...”. En el mismo sentido, Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011, M.P.: Stella Conto, exp. 17001-23-31-000-1999-00695-01, 20636: “La omisión del deber jurídico que tiene el médico de obtener previamente el consentimiento informado, constituye, por sí misma, falla del servicio, porque afecta directamente el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en su expresión de la autonomía de la voluntad privada. [...] [L]a omisión de este consentimiento también puede afectar jurídica e indirectamente los derechos a la salud y a la integridad física y moral, por cuanto priva al paciente de la oportunidad de explorar alternativas médicas, con posibilidades y resultados más satisfactorios, frente a su condición clínica”.

42 “[C]onstituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente. Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio”: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, M.P.: Jesús María Carrillo, n.º 12706.

43 Cuya prueba “corre a cargo del demandado, en atención a la situación de privilegio en que se encuentra fácticamente”: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, M.P.: Jesús María Carrillo, n.º 12706.

... el *consentimiento que exonera*, no es el otorgado en abstracto, *in genere*, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico⁴⁴ (resaltado fuera de texto).

En definitiva, vemos que el Consejo de Estado⁴⁵, en sintonía con la Casación Civil, sostiene que “cuando el médico decide unilateralmente aplicar un tratamiento no consentido por el paciente,

... [a]sume unilateralmente los riesgos del tratamiento y compromete su responsabilidad, así como la de la entidad prestadora del servicio. Esto último implica que los riesgos propios o inherentes al tratamiento, que comúnmente asume el paciente por el otorgamiento del consentimiento informado, dejan de ser suyos y los asume el médico desde el momento en que procede sin tal requisito⁴⁶ (resaltado fuera de texto).

Sin embargo, a renglón seguido, la corporación limita el daño indemnizable al solo daño moral⁴⁷ cuando, en ausencia del consentimiento informado, se han producido daños en la salud o integridad psicofísica del paciente sin mediar culpa técnica del médico en el procedimiento o tratamiento respectivo⁴⁸, pues –de acuerdo con esta lógica– la lesión a la salud o a la

44 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, M.P.: Jesús María Carrillo, exp. 12706.

45 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011, M.P.: Stella Conto, exp. 17001-23-31-000-1999-00695-01, 20636.

46 Y agrega: “Probado que se materializaron los riesgos, causando daño, se debe indemnizar al paciente”.

47 En este sentido es oportuno citar la opinión de XIOL. “La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente”, cit., p. 122: “Este daño moral, por ser objetivo, no requiere conciencia de pérdida ni tampoco de sufrimiento o padecimiento alguno. Sería el caso de la lesión a la dignidad de la persona, a su autonomía o a su integridad física, incluso en el caso de inconsciencia (gran lesionado en coma vegetativo)”.

48 Lo que recuerda la doctrina alemana sobre la “conducta alternativa conforme a Derecho”, esto es, un “(comportamiento alternativo lícito o *Rechtmässiges Alternativverhalten*), en virtud de la cual un daño no será imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a Derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión”: XIOL. “La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente”, cit., p. 121; quien, utilizando un símil, hace, a su vez, una fuerte crítica al señalar que “la privación de libertad es en sí un daño, y no cabe probar que la persona no hubiera hecho uso de ella”.

integridad psicofísica no tendría relación de causalidad con el incumplimiento del deber de informar⁴⁹⁻⁵⁰. En este sentido, señala la corporación que es preciso distinguir:

... cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y [...] cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la *lex artis* pero sin el mencionado consentimiento. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral.

En definitiva, para el Consejo de Estado,

... no todos los daños padecidos por las personas después de ser intervenidas quirúrgicamente son imputables a las clínicas u hospitales que fallaron en obtener el consentimiento informado del paciente. Algunas consecuencias o secuelas que sufre la persona, hacen parte del desarrollo de la enfermedad que padecían antes de ser tratados, por lo que resultaría injusto atribuir dichos resultados al servicio médico. Por esta razón la falla del servicio consistente en la falta de consentimiento

49 A este respecto señala BASTIDA. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, cit., p. 152: “Sin perjuicio de admitir que existen muchas reclamaciones razonables, cabe concluir que, en no pocas demandas, de lo que se trata es, también aquí, de *matar al mensajero*, simplemente porque no informó de manera suficiente de que el mal aparecido podía aparecer, aunque haya sido prevenido o tratado de manera adecuada”.

50 Tesis a la que adhiere (citando la posición de R. Savatier y J. Carbonnier) NAVIA ARROYO. “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”, cit., pp. 162 ss.: “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 propio cuerpo, lesiones que pueden proyectarse en sufrimientos o padecimientos, esto es, en un daño moral”. Sin embargo, reconoce que, “cuando además de faltar o de ser deficiente la información, y dando por supuesto que no se ha incurrido en ninguna culpa de carácter técnico (el médico ha actuado según la *lex artis*), el resultado final de la intervención o actuación médica es el empeoramiento en el estado de salud, una invalidez o la muerte del paciente, la tendencia general de la jurisprudencia ha sido la de condenar al médico o a la institución que ha prestado el servicio a pagar la totalidad del daño” (p. 163). En cualquier caso, señala el autor que debe distinguirse entre la falta de información frente a un procedimiento o tratamiento ineluctable (que el paciente no habría podido rechazar) y la falta de información frente a otro no indispensable. Solo frente a este último habría responsabilidad por el resultado final (daño corporal o a la salud); en el primero solo podría haber lugar al daño moral (p. 165).

informado antes de efectuar un procedimiento genera un daño autónomo que no se puede confundir con el resultado concreto de una intervención⁵¹.

De modo que aquí se aprecia un importante contraste con la Casación Civil, que se inclina en cambio por trasladar de manera efectiva los riesgos del procedimiento al profesional sanitario cuando este no ha cumplido con el consentimiento informado aun si ha actuado de acuerdo con la *lex artis*.

Una alternativa realmente gravosa para el gremio médico, de manera que nos unimos aquí al llamado que hiciera el propio Consejo de Estado a las autoridades en materia de salud, al decir:

El tema del consentimiento informado ha sido tratado con laxitud por parte de algunas clínicas, hospitales y en general, entidades prestadoras del servicio de salud en Colombia encargadas de efectuar tratamientos y procedimientos a los pacientes. [...] Esta situación vulnera los derechos de las personas que acceden al servicio de salud, y va en contravía con los objetivos del milenio, por esta razón, esta Corporación se ve en el deber de llamar la atención de las autoridades de salud para que tomen las medidas correctivas frente a la descrita circunstancia, aclarando que no basta con obtener la autorización del paciente (o de sus familiares en aquellos casos descritos en la ley), sino que debe informársele a cabalidad, en qué consisten los riesgos y las posibles secuelas derivadas de los procedimientos y tratamientos a realizar. Por esta razón la Sala exhortará al Ministerio de Salud para que imparta una directriz en esta materia encaminada a fortalecer la práctica de la obtención adecuada del consentimiento informado de los pacientes, que atienda a los parámetros explicados y en especial a la dignidad de los usuarios del sistema de salud.

En este recorrido jurisprudencial no podemos dejar de mencionar una sentencia del Consejo de Estado del 5 de diciembre del 2016^[52] en la que, al abordar el tema de la anticoncepción fallida (*wrongful conception*) en virtud –se dice– de la falta de información a la paciente sobre la falibilidad del respectivo tratamiento anticonceptivo, se expresó:

... aunque la demandante acudió en procura de asesoría en materia de planificación familiar, solo le fue administrado un medicamento sin entregarle información

51 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014, M.P.: Danilo Rojas, exp. 2019013, 25000-23-26-000-2000-01924-01, 26660.

52 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016, M.P.: Ramiro Pazos, exp. 41262.

esencial sobre su adecuada utilización, circunstancia que le impidió ejercer su derecho en forma plena, lo que a juicio de la Sala le produjo un daño antijurídico resarcible, en cuanto generó cambios drásticos en el proyecto personal de familia que previamente había desarrollado al decidir limitar el número de sus hijos.

Ello, dice la corporación, “produjo un daño inmaterial indemnizable, el cual se compensará a través de una indemnización bajo la categoría de daño moral”⁵³.

De acuerdo con este pronunciamiento, entonces, el Estado es responsable por el hecho de que la paciente resultó en embarazo en virtud de que no se le advirtió acerca de que el método anticonceptivo aplicado era, en un cierto porcentaje y como todo método anticonceptivo, falible. Más concretamente, la culpa del Estado consistió en que “se limitó el prestador del servicio a administrarle el medicamento, sin advertirle sobre su porcentaje de efectividad y el margen de error inherente a este”.

Ciertamente, los efectos de esta sentencia están por verse, pero desde ya puede vislumbrarse una interesante discusión alrededor de dos ejes principales, a saber, el daño indemnizable y la relación de causalidad.

REFLEXIÓN FINAL

A pesar de la severidad que para algunos comporta la exigencia misma y las consecuencias aplicables al incumplimiento del consentimiento informado a cargo del personal sanitario, ello debe contrastarse con la labor profiláctica que está llamada a absolver la responsabilidad civil: en unos pocos años, el estupor habrá dado paso a un escenario en el que difícilmente habrá médico o profesional de la salud que no cumpla con el deber constitucional, legal y contractual del consentimiento ilustrado de su paciente. Atrás, pues, habrán quedado los tiempos en que el médico decidía de manera autónoma, y sin especiales consecuencias jurídicas, nuestra suerte clínica. Este es al menos

53 “En este caso no cabe duda de que está comprometida una garantía constitucional y convencionalmente protegida de la demandante (libertad reproductiva)”. Y añade: “El ejercicio pleno del derecho a la libertad reproductiva trae aparejada la garantía a ser informado de las particularidades de la planificación familiar, sus beneficios, riesgos, margen de error y efectos adversos”, “lo que conlleva un estándar de respeto a la dignidad del paciente y a su derecho a conocer y autorizar el tratamiento que habrá de suministrársele, lo que la doctrina explica como un tema de horizontalidad en la relación médico-paciente”.

el escenario más probable, a pesar de cierta resistencia tanto del gremio médico como del de los abogados.

REFERENCIAS

- BASTIDA, FRANCISCO JOSÉ. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”. En: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.
- BLAS ORBÁN, CARMEN. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003.
- GHERSI, CARLOS. “Del contrato médico de ‘confianza subjetiva’ a la necesidad del servicio de salud masificado de ‘relativa confiabilidad objetiva’”. En: AA.VV., *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1998.
- GHERSI, CARLOS. *Responsabilidad por prestación médico-asistencial*. Medellín: Diké, 1993.
- HIGHTON, ELENA y WIERZBA, SANDRA. “Consentimiento informado”. En: ÓSCAR GARAY (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos; ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- NAVIA, FELIPE. “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, pp. 157-170.
- WEINGARTEN, CELIA. “Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado”. En: AA.VV., *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1998.
- XIOL, JUAN ANTONIO. “La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente”. En: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.

JURISPRUDENCIA

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, M.P.: Jesús María Carrillo, n.º 12706.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011, M.P.: Stella Conto, rad. 17001-23-31-000-1999-00695-01, 20636.

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014, M.P.: Danilo Rojas, n.º 2019013, 25000-23-26-000-2000-01924-01, 26660.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016, M.P.: Ramiro Pazos, exp. 41262.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017, M.P.: Ramiro Pazos, rad. 17001-23-31-000-2000-00645-01, 25706.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-313 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2016, M.P.: Gloria Ortiz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre del 2011, M.P.: William Namén Vargas, 1999-00533.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de marzo de 2016, M.P.: Margarita Cabello Blanco, n.º 2506.