

DERECHO Y VIDA

ius et vita

ISSN 1692-6455

Septiembre de 2014, número CV

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

Jorge Herrera M.*.**

En un número anterior se trató este tema en derecho colombiano¹ y, como resulta siempre valioso estudiar sistemas diferentes al nuestro, a continuación daremos un vistazo a la experiencia del derecho francés, no solamente en razón a que él ha constituido de antaño un referente en el campo de la responsabilidad

civil para el derecho colombiano, en lo público y en lo privado, sino también por la actualidad del tema en la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa y la pista de reflexión que ella puede brindar para nuestro orden jurídico. En efecto, luego de una interesante evolución que muestra todas las dificultades del tema, la Corte de Casación francesa dictó una sentencia de 23 de enero de 2014 que parece constituir un punto de consenso, en la que reconoce la existencia de un nuevo tipo de daño para sancionar la conducta del médico que incumple la obligación de informar al paciente, que la doctrina ha denominado *préjudice d'impréparation*².

Se debe mencionar, en primer lugar, que en derecho francés la obligación de información que corresponde al médico –y más ampliamente a todo profesional de la salud– se encuentra consagrada en nuestros días en el artículo L. 1111-2 del Código de Salud Pública³, originariamente previsto en la Ley

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

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

1. HERRERA, J. “Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico”. *Boletín Derecho & Vida*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008, n.ºs 77 y 78, octubre y noviembre de 2008.

2. Como no es posible realizar una traducción literal al español como daño de *impreparación*, podríamos referirnos a “daño de privación de la posibilidad de prepararse a la ocurrencia de un daño” o “daño de falta de preparación”. Para ser más breves, nos referiremos a él en ese escrito simplemente como daño de *impréparation*.

3. El primer inciso de dicho artículo establece: “Toda persona tiene derecho de ser informada sobre su estado de salud. Dicha información se refiere a las diferentes investigaciones, tratamientos o acciones de prevención propuestos, su utilidad, su urgencia eventual, sus consecuencias, los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que ellos comportan, así como sobre las otras soluciones posibles y sobre las consecuencias previsibles en caso de rechazo. Cuando, posteriormente a la ejecución de las investigaciones, tratamientos o acciones de prevención, son identificados nuevos riesgos, la persona debe ser informada, salvo en caso de imposibilidad de localizarla”.

Kouchner del 4 de marzo de 2002. Conforme a él, la información relativa a los riesgos de una intervención está delimitada por “los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles”⁴, así como las alternativas y consecuencias en caso de rechazo al tratamiento.

Además de su consagración en el Código de Salud Pública, la Corte de Casación francesa ha afirmado que dicha obligación se funda en el respeto al principio constitucional de protección de la dignidad de la persona⁵. Dicho tribunal ha hallado su justificación en el artículo 16, inciso 1.º del Código Civil francés, que prohíbe todo atentado contra la dignidad humana, y en su inciso 3.º, que consagra el derecho al respecto de la integridad corporal y que indica la necesidad de obtener el consentimiento previo del paciente antes de cualquier intervención médica.

Es importante también anotar que si tradicionalmente⁶ la jurisprudencia francesa atribuía a la responsabilidad del médico por violación de su obligación de información un carácter contractual, pues la obligación se integraba al contrato entre el médico o la institución y el paciente, en época reciente la Corte de Casación proclamó su naturaleza extracontractual, dictando los fallos relativos a ella con fundamento en el artículo 1382 del Código Civil francés (equivalente al artículo 2341 de nuestro Código Civil)⁷.

Ello es consecuencia natural del reconocimiento cada vez más importante de los fundamentos que subyacen a dicha obligación legal, pues no se trata ya simplemente de un deber que se integra naturalmente al contrato médico, sino de un imperativo que se funda en los más importantes principios de protección de la dignidad, la autonomía y la libertad

del paciente y que constituye la base sobre la que se edifica la relación médico-paciente. En realidad, la naturaleza extracontractual de ese derecho no obedece tanto a que la información se suministre en la etapa previa a la formación del contrato médico, sino a que él ahonda sus raíces en principios infranqueables de respeto de la persona humana, consagrados expresamente por el ordenamiento jurídico.

Conforme a los principios generales que guían la responsabilidad civil, una vez establecido que el médico incurrió en culpa al no ejecutar correctamente la obligación que le corresponde por ley de informar al paciente de los riesgos previsibles del acto médico, el demandante debe demostrar el vínculo causal entre dicha conducta y el perjuicio reclamado por el paciente. No será aquí el lugar para examinar el contenido y alcance de la obligación de información, ni los medios por los cuales el médico puede probar que cumplió correctamente su obligación, sino solamente aquellos relativos al perjuicio y al nexo de causalidad. Con respecto a la prueba de su ejecución, basta indicar que el médico debe probar que cumplió su obligación de informar al paciente de manera clara, completa y apropiada sobre los riesgos del tratamiento de su enfermedad⁸.

Como ya lo habíamos planteado en otro escrito, el problema jurídico que se plantea es el de saber cuál es el perjuicio que puede reclamarse como consecuencia de una omisión de información al paciente⁹, y tener presente la diversidad de situaciones que pueden presentarse cuando se incumple dicha obligación: en efecto, puede suceder que el riesgo no informado se realice; que la operación resulte exitosa y que luego el paciente conozca que no fue



informado de un riesgo previsible de la operación, o que simplemente la operación resulte calamitosa para el paciente pero a causa de otros riesgos diferentes a los no informados. El derecho debe dar una respuesta a esas situaciones y, más aún, velar por la coherencia entre todas ellas.

Generalmente, el paciente solicita el resarcimiento de los perjuicios, materiales e inmateriales, derivados del daño corporal padecido como consecuencia de la intervención médica realizada. El elemento de la responsabilidad que genera dificultad en este caso es el nexo de causalidad entre la conducta reprochada al médico por no haber cumplido cabalmente su obligación de informar al paciente y los daños corporales sufridos por éste y, asimismo, en ausencia de estos, la posibilidad o no de invocar la producción de otros tipos de daños.

Dicho elemento causal solamente se tendrá por demostrado con la prueba de que el paciente, en caso de haber sido correctamente informado de los riesgos previsibles de la operación, se habría negado a practicársela. No hay entonces mayor dificultad en aquellos casos de intervenciones de carácter estético o cuando existan otras alternativas terapéuticas igual de eficaces y menos riesgosas. Si el demandante logra

aportar dicha prueba, el vínculo de causalidad entre la incorrección del comportamiento del médico y el daño corporal sufrido estará demostrado y el médico deberá resarcir al paciente la totalidad de los perjuicios padecidos.

En realidad, dicha alegación en la mayoría de los casos no puede ser demostrada con una solidez suficiente, de manera que el juez llegue a la convicción de la existencia del elemento del nexo causal. En efecto, la prueba que debe ser aportada consiste en el sentido de la decisión del paciente, que es un hecho hipotético y netamente subjetivo que, por su propia naturaleza, conlleva la mayoría de los casos una incertidumbre sobre el desenlace causal en caso de conducta cumplidora del médico y, en la práctica, concretamente, a que este último no deba responder por la infracción de su obligación.

Tener solamente por admitida esa posibilidad constituiría una actitud demasiado severa hacia el paciente, razón por la que la doctrina y luego la jurisprudencia buscaron crear un cierto paliativo —perjuicio de sustitución según la expresión de un autor¹⁰—, en la denominada pérdida de la oportunidad, que es una teoría que ha sido solicitada en muchas otras hipótesis de responsabilidad civil y que fue aplicada

4. La ley ratifica una tendencia jurisprudencial reforzando la obligación de información del médico, puesto que la Corte de Casación francesa, Primera Sala Civil, en una sentencia del 27 de mayo de 1998 (n.º 96-19.161) había ya impuesto al médico la obligación de informar los riesgos graves, incluso si ellos son excepcionales.

5. Corte de Casación francesa, Primera Sala Civil, 9 de octubre de 2001, n.º 00-14.564.

6. En derecho francés, desde una célebre sentencia *Mercier* del 26 de mayo de 1936, la Corte de Casación estableció que la violación del médico de sus obligaciones dan lugar a una responsabilidad de tipo contractual y que al médico incumbían obligaciones de ciencia y de conciencia, incluyendo en estas últimas la de obtener el consentimiento informado del paciente.

7. El cambio de jurisprudencia se produjo en una sentencia de la Primera Sala civil del 3 de junio de 2010, n.º 09-13.591, y ha sido confirmada en varias oportunidades en sentencias posteriores.

8. La carga de la prueba fue en un primer momento atribuida al médico por vía jurisprudencial, en una sentencia de la Corte de Casación francesa del 25 de febrero de 1997 (n.º 94-19.685), y luego dicha postura fue ratificada por el legislador en una ley del 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema de salud.

9. HERRERA, J. “Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico”, *Boletín Derecho & Vida*, n.º 77.

10. BACACHE, M. “Responsabilité médicale : évolution ou régression?”. *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2777.



a nuestro tema de estudio¹¹. Dicha creación permite, en efecto, indemnizar al paciente por los daños corporales sufridos, jamás en su totalidad, pero sí en un porcentaje correspondiente a la probabilidad que él habría tenido de escapar a la desventura de la operación, teniendo en cuenta todas sus circunstancias personales.

Una vez admitido el resarcimiento del daño de la pérdida de la oportunidad de evitar la intervención dañosa habría dos situaciones en las cuales le sería negada toda indemnización al paciente¹². La primera, aquella en la cual la intervención ha sido exitosa, pero el paciente en una visión retrospectiva de su vida resulta psicológicamente afectado por lo que hubiese podido ocurrir en la operación que le fue

practicada y de lo que nunca fue informado. En un anterior boletín habíamos afirmado que, en esa hipótesis, “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’ ”¹³.

La segunda, aquella en la cual el paciente, con toda certeza, se habría sometido al procedimiento médico, por ejemplo, cuando era ésta la única posibilidad de esquivar la muerte o el avance progresivo

de la enfermedad conduciría a condiciones trágicas para el paciente. En dicha hipótesis se descartaría todo nexo de causalidad entre la violación de la obligación de información que incumbe al galeno y el resultado final ocurrido, lo que excluiría una condena sobre el fundamento del daño de pérdida de oportunidad, y llevaría entonces a que la violación del derecho de decidir del paciente con conocimiento de causa no sea sancionada, por lo menos desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Es claro, el facultativo puede estar también expuesto a sanciones de tipo deontológico, disciplinario o administrativo.

Tocamos un punto crucial, pues el inconformismo ante esa situación de exclusión de responsabilidad plantea la inquietud de si podría existir otra clase de daño en la hipótesis de ausencia de caracterización del daño de la pérdida de la oportunidad de evitar la intervención médica dañosa, sea, por ejemplo, un daño moral derivado de la privación al paciente de tomar una decisión plenamente informada, afectando su dignidad, autonomía e integridad moral, lo que permitiría incluso una indemnización independientemente de si el resultado fue o no favorable para él; sea otro tipo de daño que reconozca, por ejemplo, la brutalidad con la que el paciente debe asumir las consecuencias de un riesgo del cual no fue informado. Es a este interrogante que responde la Corte de Casación francesa, descartando, no sin vacilaciones, el primer tipo de daño, y reconociendo un nuevo tipo: el perjuicio de *impréparation*, como un daño accesorio al perjuicio corporal sufrido como consecuencia del riesgo no informado¹⁴.

La evolución del derecho francés muestra magníficamente las dificultades del tema y quizá un punto de equilibrio entre una actitud indiferente hacia el daño sufrido por el paciente, a pesar de la conducta reprobable del galeno, y una condena a este último en todas las hipótesis de violación del derecho a la información del paciente. Para tratar el tema, en estas cortas líneas, será necesario describir

su evolución en la jurisprudencia francesa, tener como punto de arribo la sentencia que consagra el denominado perjuicio de *impréparation* (I), y realizar algunas consideraciones a la luz del orden jurídico nacional (II).

I. La experiencia francesa

Para examinar el derecho francés echaremos un vistazo al primigenio tratamiento aplicado por la Corte de Casación a nuestro tema (A) y a las críticas doctrinales formuladas a la postura jurisprudencial tradicional (B). Por último, examinaremos la novísima etapa de la evolución con el reconocimiento de un nuevo tipo de daño (C).

A. La evolución...

En derecho francés, es la decisión del caso *Teyssier* del 28 de enero de 1942¹⁵ la que marca el punto de referencia inicial en nuestro tema y en la que, por primera vez, refiriéndose al incumplimiento de la obligación de información del médico, la Corte de Casación francesa afirmó que debía repararse integralmente el daño sufrido por el paciente cuando el médico no cumple correctamente su obligación de informar al paciente de las alternativas terapéuticas y los riesgos inherentes al procedimiento. Dicha postura fue mantenida por más de 40 años y así confirmada, por ejemplo, en un fallo de 1986 en el que la Corte casa una sentencia de un tribunal de instancia, en la que se había condenado a los médicos a pagar solamente el 50% de los perjuicios sufridos por el paciente por la violación de su derecho a ser correctamente informado e indica que la omisión de información es la causa del daño sufrido por el paciente¹⁶.

El siguiente paso en la evolución es una sentencia del 7 de febrero de 1990 que admite por primera vez la indemnización de la pérdida de oportunidad aplicada a la hipótesis de la violación del médico de su obligación de informar al paciente. En el caso

11. Para un estudio general sobre las hipótesis en las que se ha aplicado la teoría de la pérdida de la oportunidad en derecho francés, v. VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S. *Les conditions de la responsabilité*, 4.ª ed., Paris: LGDJ, 2013, n.ºs 279 y ss.

12. Aún más, se podría pensar en otra hipótesis intermedia: aquella en la cual la corporeidad del paciente resultó alterada negativamente, no por el riesgo del cual no fue informado, habiéndosele debido informar, sino como consecuencia de otro factor: una causa congénita, o un riesgo no previsible o que siendo poco probable o frecuente, no debía ser informado por el médico. El argumento del actor en este caso es que de haberse informado aquel riesgo, el paciente no se hubiese sometido a la intervención, así no sea ese el riesgo que se realizó, sino otro, distinto, que no entra en la calificación de riesgo previsible.

13. V. HERRERA, J. “Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico”, n.º 77, cit. P. 3.

14. En este escrito utilizamos indistintamente los términos de daño y perjuicio, siguiendo en ello la jurisprudencia y la doctrina francesas, que no hacen ninguna distinción entre ellos.

15. Corte de Casación francesa. Chambre de Requetes, 20 de enero de 1942.

16. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 11 de febrero de 1986, n.º 86-10.845.



se trataba de un paciente que había sido sometido a una intervención quirúrgica para aliviar una sinusitis aguda, como consecuencia de la cual sufrió una fractura de la pared orbitaria del ojo derecho, riesgo inherente al procedimiento del cual no fue informado y que produjo una afectación grave de su visión. Aquel solicita la reparación de la integralidad de los perjuicios sufridos, pero el tribunal de instancia limita la condena a una parte de ellos y la Corte de Casación aprueba la decisión, afirmando que la falta de información “privó solamente el paciente de la oportunidad de evitar, por una decisión quizás más juiciosa, el riesgo que se realizó finalmente, pérdida que constituye un daño distinto de los perjuicios corporales”¹⁷. El Consejo de Estado francés se alineó a la jurisprudencia de la Corte de Casación en dos decisiones del 5 de enero de 2000¹⁸ y ello fue confirmado posteriormente en una sentencia de la Sala plena del 19 de mayo de 2004¹⁹.

Es, por lo demás, curioso cómo en derecho francés la jurisprudencia empieza por imponer como sanción a la violación del derecho a la información del paciente la reparación entera del daño corporal sufrido por él y, posteriormente, la introducción de la categoría del daño de pérdida de la oportunidad resulta favorable a los galenos al permitir restringir dicha indemnización a una parte del daño corporal. Anotamos ello porque en otras hipótesis como en la de pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento médico en caso de error de diagnóstico²⁰, la pérdida de la oportunidad ha servido, en cambio, para lograr en parte la indemnización de un daño que en un período anterior era excluida por incertidumbre del vínculo causal. Precisamente, en esos casos la bondad de la pérdida de la oportunidad consiste en permitir al paciente recibir una indemnización parcial aun en los casos de duda sobre el nexo causal, dado que no es posible saber con seguridad si el paciente hubiese aceptado o no la operación en

caso de haber sido diligentemente informado por el médico.

Queda claro, entonces, que para caracterizar el daño de la pérdida de la oportunidad la prueba del vínculo causal está constituida por la demostración de la existencia de al menos una probabilidad de que la víctima hubiese dado una negativa, en caso de haber sido correctamente ilustrado por el galeno. Dicho de otra forma, no se exige la prueba de que el paciente hubiera rechazado en forma tajante la intervención, sino que la certeza de la causalidad radica en la demostración de la existencia de, al menos, una posibilidad de que el paciente hubiese decidido en una forma diferente a como finalmente lo hizo. El nexo causal se dará por no probado solo en el caso en que se logre demostrar que, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la toma de decisión del paciente, es posible afirmar que él se habría sometido con toda seguridad al acto médico. Es el caso, por ejemplo, de un acto médico altamente beneficioso para tratar la afección del paciente, con riesgos previsibles leves y poco frecuentes.

A ese respecto el juez se planteará la pregunta de si debe aplicar un test objetivo, es decir, tomar en cuenta el estándar de una persona razonable puesta en las mismas circunstancias; o un test subjetivo, esto es, tener en cuenta las circunstancias particulares del paciente, su aspecto psicológico, sus circunstancias personales, familiares, etc.²¹. La Corte de Casación ha indicado expresamente que los jueces deben aplicar un test subjetivo, pues para determinar los efectos que habría tenido la información omitida sobre la decisión del paciente debe tenerse en cuenta “el estado de salud del paciente, así como su evolución previsible, su personalidad, las razones por las cuales investigaciones o tratamientos con riesgos le son propuestos así como las características de esas investigaciones, de esos tratamientos y de esos

riesgos”²²; con seguridad, uno de los aspectos que más pesará sobre la decisión del juez será aquel de la necesidad o no de la intervención para preservar la vida del paciente.

Como dicha posibilidad de haber decidido igual o en forma diferente es mayor o menor de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, ello se refleja necesariamente en el *quantum* de la valoración del daño. Precisamente, la autonomía de este daño se manifiesta en que, si bien el juez tiene en cuenta para la evaluación del daño causado todas las secuelas del daño corporal sufrido por el paciente, ellas no se indemnizan jamás en su totalidad, sino solamente en un porcentaje que corresponde a las probabilidades de que el paciente se negara a practicarse la operación si él hubiese sido cabalmente informado por el galeno. No puede pasarse por alto la crítica de algunos autores en el sentido de que “dar al juez el poder de apreciar si un enfermo bien informado habría aceptado o negado la operación es una forma de inquisición divinadora, si no arbitraria, en todo caso aleatoria, de su conciencia”²³.

Y siguiendo con la apreciación del daño, se debe afinar aún más el razonamiento. En efecto, si se parte de que el paciente hubiese podido negarse a practicar la intervención médica, el juez no puede omitir la apreciación de las consecuencias que hubiese tenido dicha oposición para la salud del paciente en la etapa de evaluación del daño. Así, por ejemplo, si en el caso concreto el paciente se hubiese negado a practicar la intervención, no habiendo otras alternativas más convenientes, ello lo hubiese conducido a un desenlace fatal o a unas condiciones peores que las de su estado actual, resultado de la ocurrencia del riesgo no informado²⁴.

El estado de la jurisprudencia en ese momento no satisfacía completamente la doctrina, pues había

17. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 7 de febrero de 1990, n.º 88-14.797.

18. Consejo de Estado francés. 5 de enero de 2000, n.ºs 181899 y 198530.

19. Consejo de Estado francés. Sala Plena, n.º 216039.

20. Al respecto, consultar VINEY G., JOURDAIN P. y CARVAL S. *Les conditions de la responsabilité*, cit., n.ºs 279 y ss.

21. AKKERMANS, A. “Informed consent and the requirement of Causation”. *European Review of Private Law*, n.º 3, Kluwer Law International, Holanda, 2007, p. 434.

22. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 20 de junio de 2000, n.º 98-23.046.

23. BERGOIGNAN-ÉSPER C. et SARGOS P. *Les grands arrêts du droit de la santé*, 1.ª ed., Paris : Dalloz, 2010, p. 452.

24. A título de ilustración, en sentencia de 7 de octubre de 1998, n.º 12185, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa, para descartar la indemnización de un paciente tuvo en cuenta que la intervención era indispensable y que las consecuencias de la materialización del riesgo no informado eran menores que aquellas que padecería el paciente si no se hubiese sometido al procedimiento médico.

casos en los que el paciente no podía demostrar el daño de pérdida de oportunidad y ello lo privaba de toda indemnización, a pesar de haberse demostrado la culpa médica en el suministro de la información al paciente.

B. La inconformidad...

La corriente jurisprudencial iniciada en los años noventa, si bien era favorable al paciente en el sentido de permitir a éste una indemnización parcial del perjuicio sufrido cuando había hesitación sobre si él habría aceptado o no someterse a la intervención en el evento en el que hubiese sido correctamente informado, ello podía significar una actitud jurisprudencial severa hacia al paciente en ciertas situaciones. Como lo anota un autor, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Casación, si resulta demostrado que, en caso de haber sido bien informado, el paciente se habría sometido a la intervención, “el paciente no será indemnizado ni del daño corporal ni de la pérdida de la oportunidad de evitar el daño, el primero en razón de la falta de certeza del vínculo causal con la culpa; el segundo en razón de su inexistencia”²⁵.

Ilustración de dicha postura es la sentencia del Tribunal de Casación del 20 de junio de 2000, la cual afirmó sin dubitación que incumbía al paciente la carga de probar que “si él había sido correctamente informado se habría negado a correr el riesgo de la operación”, y en el caso específico ello conducía a aprobar la decisión del tribunal de apelación que había negado la existencia de una pérdida de oportunidad dado que los antecedentes familiares, así

como el grave riesgo que corría el paciente, llevaban a considerar que, aun siendo correctamente informado, él habría aceptado someterse a la intervención²⁶.

La Corte de Casación mantuvo dicha línea jurisprudencial y así, en una sentencia del 7 de diciembre de 2007, revocó una sentencia de un tribunal de instancia que había negado la existencia de la pérdida de oportunidad, pero que había reconocido un daño moral derivado de la imposibilidad para el paciente de prepararse a la realización del riesgo no informado, afirmando claramente que “el solo daño indemnizable como consecuencia de una falta de información es precisamente la pérdida de la oportunidad de evitar la intervención”²⁷. El caso se trataba de un paciente que no había sido correctamente informado sobre los riesgos de una operación para tratar una enfermedad de la arteria carótida, a la que fue sometido y que tuvo como resultado una hemiplejía y tres años después su muerte como consecuencia del deterioro de su de salud.

Lo que resultaba criticable era que, a pesar de la prueba de la conducta culpable del facultativo, se descartara toda condena en ausencia de caracterización del daño de pérdida de oportunidad, especialmente que se excluyera la indemnización de otros perjuicios derivados de la violación de su derecho a ser adecuadamente instruido. Las críticas de un sector importante de la doctrina hacia esa postura rígida no se hicieron esperar²⁸, y si bien ella se alineaba con el punto de no dejar impune la violación del derecho del paciente a recibir una información completa, la discusión se centraba en identificar el fundamento de la reparación en dicha hipótesis. A



ese respecto podían identificarse especialmente dos proposiciones.

La primera, derivada de otro debate, de época reciente y mucho más amplio, relativo a la sanción de la violación de derechos subjetivos reconocidos de manera específica por el ordenamiento jurídico, suscitado a la postre de una conocida decisión de 1996, relativa al derecho subjetivo a la vida privada, consagrado en el ordenamiento francés en el artículo 9.º del Código Civil²⁹. En ella la Corte de Casación francesa reconoció que “la sola constatación de la afectación a la vida privada abre derecho a la reparación”³⁰. Según esa postura, la violación al derecho a la vida privada constituía en sí mismo un daño que debía ser reparado, independientemente de la prueba de cualquier otro perjuicio. Dicho de otra forma, la violación del derecho se identificaba en este caso, en sí mismo, con el daño que daba lugar a la reparación.

Y ante ello, la doctrina afirmaba, de un lado, que la sanción de la violación de un derecho subjetivo no hacía parte del campo de estudio de la responsabilidad civil, porque el derecho al resarcimiento resultaba de la sola violación de ese derecho, sin necesidad de que la víctima demostrara las condiciones tradicionales, que son la caracterización de un comportamiento culposo y la existencia de un daño³¹. De otro lado, la doctrina se refería, en cambio, a una atenuación de las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil, porque podía considerarse que la violación del derecho subjetivo constituía en sí mismo una culpa, sin que debiera demostrarse una negligencia o intención de dañar y, además, en cuanto al daño, se consideraba que la víctima sufría un daño moral por el solo hecho de la violación de su derecho personal³².

25. BACACHE M. “Le défaut d’information sur les risques de l’intervention: quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance”, *Recueil Dalloz*, 2008, p.1908.

26. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 20 de junio de 2000, n.º 98-23.046. Se trataba del caso de un paciente al que se le causó una perforación intestinal en el momento de la realización de una colonoscopia para la ablación de un pólipo, sin que dicho riesgo le hubiese sido comunicado. Uno de los argumentos para que los jueces consideraran que, aun habiendo sido advertido de ese riesgo, el paciente se habría sometido a la intervención, yacía en el hecho de que su padre había muerto por un cáncer de colón y, precisamente, la extirpación del pólipo permitía no solamente aliviar las molestias asociadas a esa afección, sino evitar el riesgo de la aparición de un cáncer.

27. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 6 de diciembre de 2007, n.º 06-19.301.

28. Ver, especialmente, JOURDAIN, P. “Devoir d’information du médecin et préjudice moral”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 303. BACACHE M. “Le défaut d’information sur les risques de l’intervention: quelles sanctions? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance”, cit., p. 1908. SARGOS P. “L’information du patient et des proches et l’exclusion contestable du préjudice moral”, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 192.

29. Dicho artículo establece: “Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño causado, prescribir todas las medidas, tales como el secuestro, embargo y demás, propias a impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada: esas medidas pueden, si hay urgencia, ser ordenadas en procedimiento expedito”.

30. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 5 de noviembre de 1996, n.º 94-14.798.

31. V. al respecto, GHESTIN J., GOUBEUX G. y FABRE-MAGNAN M. *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4.ª ed., Paris: LGDJ, 1994, n.ºs 189 y ss.

32. V. VINEY G., JOURDAIN P. y CARVAL S. *Les conditions de la responsabilité*, cit., n.º 257, p. 59, resaltan que la responsabilidad civil conserva toda utilidad para la reparación de los perjuicios causados a los derechos de la personalidad y que el reconocimiento específico de esos derechos por la ley o la jurisprudencia facilita la prueba del daño moral invocado en la acción de responsabilidad, pues si el derecho está específicamente consagrado, basta demostrar la violación para tener por demostrado el daño moral, mientras que si no es así se debe probar que el daño alegado constituye un real atentado a un derecho de la personalidad.

Ese razonamiento podría aplicarse análogamente al derecho del paciente a ser informado de los riesgos del procedimiento médico³³, si se tiene en cuenta que este es un derecho subjetivo específicamente consagrado por la ley, y al cual subyace, según la misma Corte de Casación francesa, la exigencia del respeto constitucional a la salvaguarda de la dignidad de la persona humana³⁴, y es una manifestación del derecho a la integridad corporal (art. 16-3 C. civ. fr.). Si ello es así, la sola violación de ese derecho, elevado ahora a tal estatus, comporta la afectación de la esfera moral del paciente, sin que el juez tenga que profundizar en sus pesquisas sobre dicho elemento de la responsabilidad civil.

La segunda, planteada por PENNEAU, y alentada posteriormente por otros autores³⁵, el denominado *préjudice d'impréparation* que, según su precursor, tiene dos componentes: uno patrimonial, relativo a la imposibilidad del paciente de tomar las precauciones, principalmente de tipo profesional, en caso de ocurrencia del riesgo del cual no fue advertido³⁶. El autor hace referencia así a la incapacidad temporal causada por la complicación no informada, que impidió que el paciente escogiera practicar el acto médico en un periodo diferente, de forma que él hubiese tenido menores implicaciones profesionales³⁷. El segundo, moral o inmaterial, aquel solicitado por el paciente que no ha podido prepararse psicológicamente al riesgo que no le fue revelado, y que parte de la constatación según la cual “se puede soportar mejor moralmente un daño a la eventualidad del

cual pudo prepararse, que aquel que era totalmente imprevisto”³⁸.

La labor doctrinal no es infructuosa, pues la Corte de Casación responde favorablemente a ella en una sentencia del 3 de junio de 2010³⁹. En el caso, un paciente que en el momento del procedimiento utilizaba una sonda vesical fue sometido a una adenomectomía prostática⁴⁰, como consecuencia de la cual se le causó impotencia eréctil, riesgo que no fue comunicado por el galeno. El tribunal de instancia exoneró al médico de toda responsabilidad, pues descartó, de una parte, toda falta técnica, y de otra parte, con respecto a la violación de la obligación de información, el daño de pérdida de la oportunidad, pues el paciente no tenía otra alternativa terapéutica, y de ello resultaba que no era probable que, habiendo sido correctamente informado, hubiese preferido no practicarse la intervención y continuar utilizando la sonda vesical.

La Corte, citando los incisos 1.º y 3.º del artículo 16 del Código Civil, relativos a la prohibición de atentar contra la dignidad y la integridad corporal, así como la necesidad de solicitar el consentimiento antes de la práctica de cualquier intervención médica, revocó la sentencia en el punto relativo a la sanción de la violación de la obligación de ilustración. La decisión admite el razonamiento del tribunal que refuta la caracterización del daño de pérdida de la oportunidad, pero al mismo tiempo afirma que “el no respeto a la obligación de información causa a aquel al cual la información debía ser legalmente suministrada

un daño que en virtud de los artículos citados, el juez no puede dejar sin reparación”.

Así pues, en ausencia del daño de pérdida de oportunidad, se reconoce la existencia de otro daño. Ahora bien, sin dar explicación alguna sobre su consistencia, la Corte de Casación deja abierta la puerta a la especulación doctrinal sobre cuál es el daño reparable en dichas circunstancias y la extensión de la reparación. El sentimiento doctrinal mayoritario se orientaba en el sentido del reconocimiento por los magistrados de un perjuicio moral por la simple violación del derecho subjetivo a ser informado.

Posteriormente, a través de dos fallos, uno de 12 de junio⁴¹ y, particularmente, otro de 12 de julio de 2012⁴², la Corte parece confirmar la intuición de la doctrina, al reiterar lo expresado en la sentencia de 2010, pero esta vez invocando expresamente el principio de la dignidad de la persona humana y de la integridad corporal. La referencia a esos principios supralegales, y no simplemente a la norma que consagra la obligación de información a cargo del médico, hacía pensar que la Corte entendía afirmar el carácter subjetivo del derecho del paciente y sancionar su violación en toda hipótesis. Lo que es más, en el segundo fallo la Corte avaló la decisión de un tribunal que enunciaba que el derecho a la información es un “derecho de carácter personal desligado de los perjuicios corporales”, cuya lesión “comporta un perjuicio moral”. Para una doctrina autorizada, “resultaba de esos derechos de la personalidad un derecho a la información del paciente cuya sola violación justificaba una reparación, independiente de los daños corporales e inclusive en su ausencia”⁴³.

Asumir dicha postura tenía importantes consecuencias, porque ello significaba la condena del médico con la sola constatación de la violación de la esfera volitiva del paciente causada por la falta de información sobre los riesgos del tratamiento

33. Ver, en ese sentido, BACACHE M. “Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance”, cit., p. 1908.

34. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 9 de octubre de 2001, n.º 00-14.564.

35. Ver, especialmente, NEYRET, L. “La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels”, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 806. JOURDAIN, P. “Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence)”, cit., p. 571. BACACHE M. “Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance”, cit., p. 1908.

36. PENNEAU, J. “Le défaut d'information en médecine”, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 46.

37. PENNEAU, J. *La responsabilité du médecin*, 3.ª ed., Paris: Dalloz, 2004, p. 35.

38. PENNEAU, J. “Le défaut d'information en médecine”, cit., p. 46.

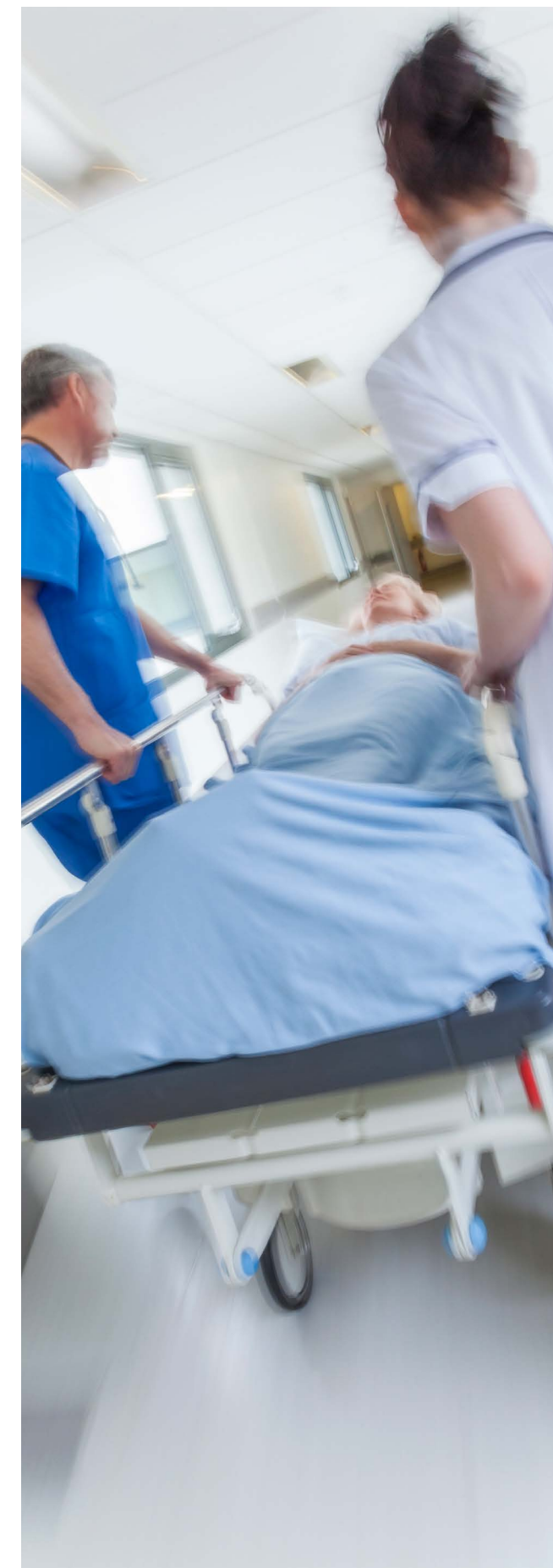
39. Corte de Casación francesa. Primera Sala Civil, 3 de junio de 2010, n.º 09-13.591.

40. Se trataba de un paciente que había sufrido complicaciones de micción urinaria, por lo que en el momento de la intervención portaba una sonda vesical. El objetivo de la adenomectomía prostática era extirpar un adenoma, tumor benigno que crece en la próstata, y que impide la micción del paciente. Si no se practicaba dicha intervención, ello significaba que el paciente debía seguir utilizando la sonda vesical, lo que conllevaba importantes riesgos de sufrir infecciones.

41. Corte de Casación francesa. Primera Sala civil, 12 de junio de 2012, n.º 11-18327.

42. Corte de Casación francesa. Primera Sala civil, 12 de julio de 2012, n.º 11-17.510.

43. JOURDAIN, P. “Quelle responsabilité pour le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse?”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 737.



médico. Más aún, ese daño prescindía de la comprobación previa de una perturbación a la salud física del paciente, lo que conducía a que el facultativo pudiera resultar condenado aun en los casos en que el paciente hubiese obtenido resultados favorables, o en los casos en los que el riesgo no informado no fue aquel que en realidad afectó al paciente.

Si nadie duda de la importancia de reparar el daño sufrido por el paciente que no ha sido informado adecuadamente de los riesgos de la operación, imponer una reparación de un perjuicio derivado de la sola ausencia de información resultaba no solamente contrario a los principios tradicionales de la responsabilidad civil, sino que parecía ir demasiado lejos al permitir al paciente la indemnización, aun en el caso en que la operación hubiese resultado exitosa o cuando el riesgo realizado no correspondiese al riesgo que debió haber sido informado. Algunos autores advirtieron sobre la “fuerza expansiva” que dicha postura comportaba, al admitir que la violación de todo derecho subjetivo constituye un

daño en sí mismo⁴⁴. Más allá de la cuestión aquí debatida, ello suscitaba una reflexión más general en el campo de la responsabilidad civil, porque ello involucra la definición misma de daño al admitirse la existencia de un perjuicio inherente a la violación de un derecho subjetivo.

Se evidencia, entonces, el avatar de la Suprema Corte francesa, que va de una postura severa que podía, en algunas hipótesis, dejar al paciente sin reparación, aun cuando se hubiese vulnerado su derecho a una correcta ilustración sobre los alcances del tratamiento médico, a una postura severa hacia el médico, condenado a reparar un daño moral derivado de la sola constatación de la violación del susodicho derecho. Y la evolución continúa, en menos de dos años, cuando la Corte de Casación vira, de la indemnización del daño moral al reconocimiento del daño de *impréparation* pregonado –como antes se indicó– por una parte de la doctrina, como se estudiará en el siguiente número de este Boletín.

44. JOURDAIN, P. “Le manquement au devoir d’information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence)”, cit., p. 571.

Publicación del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho

<http://www.uexternado.edu.co/derechoyvida>

Directora: Emilssen González de Cancino

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-301, Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <centro.genetica@uexternado.edu.co>.