

El Daño en la Responsabilidad Civil del Psicólogo: por un Consentimiento Informado Ausente o Inadecuado en la Terapia Clínica*

The damage liability psychologist: informed consent for a missing or improper in the medical therapy

Carlos Mario Gallego Ospina**

** Médico y Cirujano, Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín. Abogado, Universidad de Antioquia (UdeA), Medellín. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín. Magister en Derecho Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín. Docente Cátedra de la UPB y U de A. abogadocgallego@gmail.com

Resumen

Después de la mitad del siglo XX, el consentimiento informado tuvo un gran desarrollo ético, legal y jurisprudencial, por la implementación de los primeros códigos de ética de las diferentes profesiones, se presentan aún deficiencias en su realización por parte de los profesionales, incluyendo los psicólogos. El consentimiento informado en su acepción de asentimiento, debe contener una información más cualificada que el consentimiento habitual, sobre todos aquellos elementos que permitan una aceptación psicoterapéutica autónoma e informada por parte del paciente con patología mental e indispensable para evitar incurrir en responsabilidad civil el profesional. Sirve como fundamento a este trabajo lo establecido en la ley de ética del psicólogo, la doctrina y la jurisprudencia. El presente artículo establece cómo la ausencia o la información insuficiente por el psicoterapeuta, es un factor generador de responsabilidad civil, por atentar contra la libertad del paciente, con lo cual se configuran daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Palabras clave: Consentimiento informado, información cualificada, psicología, daños, responsabilidad civil.

Abstract

After the mid-twentieth century, informed consent was highly ethical, legal and jurisprudential development, the implementation of the first codes of ethics of various professions, shortcomings are still present in their execution by professionals, including psychologists. Informed consent must contain qualified information other than the usual consent of all those elements that allow an autonomous and informed psychotherapeutic acceptance by the patient mentally and indispensable condition to avoid incurring professional liability. This serves as a basis for this type of work in the law of ethics of psychologists, doctrine and jurisprudence. This article states how the absence or insufficient information psychotherapist, is a factor generating liability for violating the freedom of the patient, which physical and nonphysical damages are configured.

Keywords: Informed Consent, qualified information, psychology, damages, liability.

Introducción

En nuestro medio, la escasa literatura sobre la responsabilidad civil del psicólogo por no realizar un consentimiento informado en debida forma, además de los hallazgos en las entrevistas realizadas a algunos psicólogos, permite intuir, que ellos tienen desconocimiento acerca

Recepción

23 de julio de 2015

Revisión

20 de septiembre de 2015

Aprobación

25 de noviembre de 2015

Documento de reflexión no derivado de investigación

*Documento de reflexión no derivado de investigación. Líneas de Interés: Responsabilidad Civil profesional. Asesora Metodológica: Marcela Omaña Gómez

de su responsabilidad profesional, lo cual no resulta consecuente con la importancia de la salud mental. El psicólogo, no puede alegar el desconocimiento de la obligación de realizar el consentimiento informado de manera completa, continua y más cualificada de lo que normalmente se ha hecho, ni mucho menos cimentar esta omisión considerando que la terapia psicológica no es de aquellas intervenciones invasivas y riesgosas, cuando tiene un alto impacto en la psiquis y efectos en la vida del paciente.

Estos supuestos desconocimientos, según los entrevistados tienen su origen en la escasa formación en sus facultades sobre las implicaciones jurídicas del ejercicio profesional y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, ya que el enfoque siempre ha sido desde la ética. Situaciones como estas y otras no evidenciadas, reafirman la importancia del actual trabajo, por los posibles procesos de responsabilidad civil en contra de los psicólogos.

El consentimiento debe ser el resultado de un proceso de comunicación entre el profesional y el paciente, orientado a tomar una decisión informada y no solamente un formalismo o un instrumento para allanar la responsabilidad, debe ser la expresión de la autonomía del paciente; eso sí, sin desconocer las posibilidades donde el consentimiento puede ser dado por un tercero, en ejercicio del privilegio terapéutico o por la incapacidad del paciente, además de las situaciones en que el profesional puede actuar sin realizarlo, en ejercicio del principio de beneficencia.

A pesar de las supuestas dificultades esgrimidas por algunos profesionales de la psicología para aplicar el consentimiento informado, la ley no hizo excepciones y por lo tanto, es obligación realizarlo en todo momento que se pone en contacto con el paciente en terapia y dicha situación será valorada por el juez, en su sana crítica, de acuerdo a la *lex artis* y con fundamento en la historia clínica y el

consentimiento informado, que sirven de prueba para demostrar la culpa o exonerarse ante una reclamación por no realizar un consentimiento, sumado a esto debe tenerse presente los errores en los que puede incurrir el psicólogo y las consecuencias que de ello se deriva, porque se puede gestar en el paciente un empeoramiento de sus síntomas o la aparición de otros nuevos, lo que puede llevar a dependencia hacia el psicólogo, rechazo a la búsqueda de ayuda, disfuncionalidad social en el paciente o daños a terceros.

Esta investigación permitiría sustentar que el consentimiento informado en psicología debe ser continuo y cualificado, determinar desde la responsabilidad civil cuales son los daños que puede presentarse por no brindar información o brindar información insuficiente o inadecuada al paciente, para la obtención del consentimiento; o incluso, si partiendo de la particularidad del daño causado en estos casos, podríamos encontrarnos frente a un “nuevo” perjuicio, por atentar contra el ejercicio de la libertad, el cual afecta al individuo en su fuero interno y tiene características disimiles a otros daños extrapatrimoniales.

Esta propuesta investigativa se enmarca dentro de una propuesta de *Lege Lata*, en la medida en que busca dar soluciones frente a cierto problema que emerge en torno a la responsabilidad civil de los psicólogos en el ejercicio clínico, a partir del derecho positivo vigente, por lo tanto se realizó analizando la normatividad, doctrina, jurisprudencia y otras fuentes que se encuentra de manera general sobre el consentimiento informado y de manera específica en la terapia psicológica, en las bibliotecas de la ciudad y en las bases de datos de carácter científico como: AcademicSearch Complete, EBSCO, Jstor, LEXBASE, SCOPUS, Vlex, ScieLO y Scyrus; para establecer, si la información previa que debe dar el psicólogo antes del asentimiento o disentimiento del paciente, debe tener una connotación especial en relación a las características de éste y determinar además, las implicaciones en

responsabilidad civil, por la omisión en la realización del consentimiento informado de manera total o parcial o de forma inadecuada.

Se realizó además un trabajo de campo para establecer si los psicólogos en su ejercicio profesional obtienen el consentimiento informado en cada una de las actuaciones terapéuticas que realizan con sus pacientes, como lo ejecutan, si consideran que hace parte de sus obligaciones, si pueden o no ser responsables por no diligenciarlo entre otros, para este fin se aplicó una entrevista semiestructurada a 11 psicólogos del área metropolitana, se efectuó un análisis de los resultados, sin que se constituya una muestra estadísticamente significativa.

El artículo se estructura en cuatro capítulos esencialmente: En el primer capítulo se hará una aproximación al acto terapéutico en psicología y los posibles eventos adversos de la terapia, el segundo desarrollará el tema del consentimiento informado de manera general, por su parte el capítulo tercero se ocupará esencialmente de los daños desde la responsabilidad civil por la no obtención del consentimiento informado o su obtención inadecuada y en el cuarto capítulo el análisis de las entrevistas realizadas.

Psicología y el Acto Terapéutico del Psicólogo

La ley 1090 de 2006 en su artículo 1° define la psicología y de allí se desprende que ésta tiene un doble carácter, como ciencia y profesión, cuyos principales objetivos son el estudio del desarrollo del individuo en la esfera cognoscitiva, emocional y social; con el fin de adquirir competencias, que le permita una mejor calidad de vida. La ley ubica al psicólogo preferencialmente en el área de la salud y en su artículo 10 literal g establece la obligatoriedad de cumplir con las normas en salud, dentro de las que se destacan la ley 1164 de 2007 o ley del Talento Humano en Salud, la ley 1616 de 2013 o ley de salud mental y la resolución 13437 de 1991 del Ministerio de la Protección Social sobre los derechos de los pacientes.

La psicología tiene varios enfoques, entre ellos la psicología clínica que se basa en decisiones informadas y en principios generales (art 13, Ley 1090 de 2006). En ella se ejecuta del acto del psicólogo, el cual se inicia cuando una persona, generalmente a causa de un trastorno psicológico acude al psicólogo para iniciar terapia, con el fin de mejorar su calidad de vida, prevenir un trastorno o ser rehabilitado del mismo, a través de la adquisición de competencias que modifiquen el comportamiento.

En el acto psicológico se evalúa al paciente, esta evaluación tiene diferentes acepciones y cada autor procura darle una definición propia; (Compas & Gotlib 2003) la define como:“(…) el proceso en el cual se recoge, de manera sistemática, información acerca de una persona en relación con su medio ambiente de forma que puedan tomarse decisiones, basadas en ésta información, que van en el mejor interés del individuo”(p.146).y Tizón y Tizón(citado por Castilla G. & Castilla S.J.,M.L. et al., 2001) como: “la aplicación metódica de técnicas psicológicas en el tratamiento de los trastornos mentales”(p.24).

Puede decirse entonces que la psicoterapia tiene como uno de sus objetivos, el autoconocimiento para mejorar las condiciones de salud mental, por medio de decisiones informadas, que permitan un cambio de conducta a través de la aplicación de técnicas psicológicas. Este proceso se integra de manera general en el interrogatorio, el establecimiento de metas para aproximarse a un diagnóstico y su posible intervención, la determinación de estándares para tomar decisiones, evaluación de datos, la consignación de los datos y el seguimiento post tratamiento, entre otras. El literal c del artículo 3 de la ley 1090 de 2006 hace referencia a algunos de estos pasos.

La psicología además tiene diferentes modelos teóricos y técnicas terapéuticas, para el tratamiento de sus pacientes, dentro de las cuales de manera general se encuentran las terapias psicoanalíticas, el modelo

psicodinámico, las conductuales y cognitivo conductuales, y el humanismo, de acuerdo a la clasificación de Tizón (citado por Castilla G. & Castilla S.J., M.L. et al., 2001), cada uno con diferentes procesos, pero todas enmarcadas dentro de la psicología como disciplina y regladas en Colombia por una misma norma.

Relación psicólogo – paciente

Es el eje central del acto del profesional en el proceso terapéutico, es el elemento fáctico de donde se desprenden los derechos, obligaciones y responsabilidades; desde allí se intenta obtener la preservación, mejoría y mantenimiento de la salud mental, tiene un fundamento jurídico y ético. El artículo 34 de la ley 1090 establece los modos como surge esta relación.

La obligación que se desprende del contrato de servicios psicólogos es como regla general de medios, con fundamento en la “lex artis”, lo que permite evaluar si la actuación del profesional se ajusta al modelo de excelencia específico, con el fin de conseguir la recuperación de la salud mental, pero sin el compromiso de lograr el resultado. Con fundamento en la lex artis, el profesional debe brindarle al paciente los cuidados razonables, con un gran margen de movilidad, ya que el psicólogo tiene varias alternativas para el enfoque terapéutico del paciente. Esta razonabilidad tiene unos límites, de acuerdo a la psicología basada en la evidencia (Echeburúa & de Corral, 2001), que determina unos estándares basados en estudios multicéntricos, con el fin de establecer guías y protocolos de manejo.

Contrato de servicio clínicos psicológicos

Sigue las reglas generales establecidas en las leyes para tales efectos, comparte iguales características del contrato de prestación de servicios médicos, con las particularidades que le son propias y que Jaramillo (2010) las ha enunciado así: Es un contrato generalmente

intuito persona, bilateral, en principio oneroso; conmutativo, de ejecución instantánea o sucesiva, de libre discusión y rara vez por adhesión; ya que muchos actos terapéuticos deben ser concertados y el paciente puede desistir, es un contrato principal -en principio- y es consensual.

Este contrato tiene obligaciones principales y secundarias para ambas partes, para el psicólogo, una obligación principal de asistencia terapéutica y unas obligaciones secundarias donde se destacan el deber de información para el asentimiento, consagrado en la ley 1090 en el artículo 36 literales i y j y en el artículo 6 numeral 2 y 13 de la ley 1616 de 2013 y el deber de guardar el secreto profesional, estipulado en el artículo 10 literal f de la ley 1090 de 2006 y en el literal 15 de la ley 1616 de 2013. En lo que respecta al paciente necesariamente adquiere una obligación principal de pagar honorarios y unas secundarias como son: brindar información relevante para el trabajo terapéutico, ser honesto con la información y colaborar en el proceso.

Efectos adversos de la terapia y daños en la atención

La terapia psicológica puede tener dificultades y estas deben ser sorteadas por el profesional (Herrera, y otros, 2009), con el fin de lograr sus objetivos terapéuticos, esas dificultades pueden llevar a un retraso en el logro de metas o a resultados negativos y convertirse en generadoras de responsabilidad por daños al paciente o a terceros, si no se dan de acuerdo a lo establecido. (Artículo 2 y 5 de la ley 1090 de 2006).

Ahora bien, dentro del ejercicio profesional los terapeutas incurren en errores, los cuales ha destacado (Goldberg, 1990; Herrera & Araya, 2007; Kottler & Blau, 1989; Misch, 2000) y (como se cita en Herrera et al., 2009), así: interferencia de los propios conflictos no trabajados; expectativas irrealistas de éxito y competencia profesional instantánea; creencia de que el éxito depende de la correcta aplicación

de técnicas y procedimientos; exceso o falta de confianza en sus capacidades, asumiendo toda la responsabilidad por la “cura” del paciente; miedo a la confrontación, dificultad en el manejo de la relación y del trabajo con el “*aquí y ahora*”; errores de timing, impaciencia y “*empujar*” el proceso y errores de diagnóstico al establecer patologías.

También se han encontrado errores terapéuticos graves que implican un riesgo de deterioro y daño del paciente, como por ejemplo: usar psicoterapias excesivas, inadecuadas o innecesarias; tratar problemas sociales y no de salud, convertir a personas sanas en pacientes por manejar duelos normales para evitar que se conviertan en patológicos, manejo del estrés pos traumático, indicación de psicoterapia o psicofármacos no procedentes, sobre diagnóstico y etiquetamiento diagnóstico (Ortiz L. & Ibáñez R., 2011). Estos errores pueden provocar efectos negativos transitorios o llevar al abandono de la terapia, en algunos casos con consecuencias permanentes. En general, los estudios reportan que aproximadamente un 5-10% de los pacientes empeoran luego del tratamiento psicológico. (Herrera et al., 2009).

La psicoterapia puede dañar de múltiples formas: produciendo un empeoramiento de los síntomas, la aparición de otros nuevos o aumentando la preocupación sobre los existentes, generando una excesiva dependencia del terapeuta o, por el contrario, una reticencia a buscar tratamiento en el futuro, alteraciones en el funcionamiento del individuo o daños a terceros, entre otros. (Ortiz et al., 2011). También se dan daños porque el profesional esté buscando ganancias secundarias (Ortiz et al., 2011), o por psicoterapias mal realizadas. Debe aclararse que puede haber un resultado negativo con deterioro del paciente, sin un actuar culposo del terapeuta, de los cuales no es responsable, por no ser considerados daños antijurídicos. Estas complicaciones deben ser expresadas por el terapeuta en el consentimiento informado como parte de los riesgos.

Consentimiento Informado

Surge de manera general en las decisiones judiciales del siglo XX, a partir de las cuales tuvo un gran desarrollo ético, legal y jurisprudencial, principalmente por la implementación de los códigos de ética, el antecedente más remoto que se puede referenciar es el caso *Schloendorff vs Society of New York Hospitals* (1914), en el cual el juez Cardozo expresó que todo ser humano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo, porque si se lleva a cabo una intervención sin el consentimiento del paciente, se comete una agresión, por lo que se pueden reclamar legalmente los daños, estableciéndose el principio de autodeterminación como lo comenta Sánchez C. & Sánchez C..(1998).

La figura del consentimiento informado ha sido desarrollada por los Estados y las asociaciones profesionales, al respecto la Asociación Americana de Psicología (APA) establece un código de ética y a éstas normas se acogen o las asumen como de gran importancia muchos de los colegios profesionales en psicología, incluyendo el colombiano. Frente al consentimiento informado las reglas de la APA y del Comité de Ética de la Federación Europea de Asociaciones Psicológicas (EFPA) expresan la necesidad de obtener el consentimiento y como realizarlo.

Con la Constitución de 1.991 adquiere gran fuerza el reconocimiento de la dignidad humana, asociada al derecho a la vida, la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a informarse, por lo que el hombre es considerado un ser autónomo capaz de decidir y expresar su decisión a través del consentimiento. En el caso específico del psicólogo, su ejercicio profesional se rige por la ley 1090 de 2006, en ella el artículo 36 establece:

DEBERES DEL PSICÓLOGO CON LAS PERSONAS OBJETO DE SU EJERCICIO PROFESIONAL. El psicólogo en relación con las personas objeto de su ejercicio

profesional tendrá, además, las siguientes obligaciones:(...)

i) No practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente;

j) Comunicar al usuario las intervenciones que practicará, el debido sustento de tales intervenciones, los riesgos o efectos favorables o adversos que puedan ocurrir, su evolución, tiempo y alcance.

La Corte Constitucional en múltiples sentencias ha abordado el tema del consentimiento informado, estableciendo los requisitos, elementos y características de esta institución, que son aplicables a la psicología de manera general, con fundamento en estas sentencias el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han hecho sus propios pronunciamientos al respecto.

El consentimiento informado ha sido ampliamente trabajado en el área de la medicina y la odontología en Colombia, pero frente al psicólogo no hay hallazgos de sentencias judiciales, no hay doctrina jurídica del consentimiento informado del psicólogo de manera específica y los tribunales de ética del psicólogo apenas inician a establecer sus doctrinas al respecto.

Definición consentimiento informado

En el contrato de prestación de servicios de atención psicológica, se entiende incorporada la obligación de informar al paciente y de obtener su manifestación de voluntad durante todo el proceso terapéutico, así no quede expreso en el contrato. Además, cuando no se celebre directamente un contrato con el paciente, éste tendrá que dar su asentimiento para que se le aplique cualquier procedimiento terapéutico (Castaño , 1997).

El consentimiento informado ha sido definido de múltiples formas, dentro de ellas,

para Castaño et al. (1997), el consentimiento informado es:

La exteriorización de la decisión autónoma del paciente y en su defecto, de sus representantes, o allegados responsables, cuando ello es jurídicamente viable, con miras a celebrar un contrato de prestación de servicios de salud (integrante del consentimiento); o para autorizar o no la prestación de uno o varios servicios de salud en cualquiera de sus modalidades y todo lo que tenga que ver con los mismos, siempre que se trate de aspectos sobre los cuales el usuario del servicio tenga la potestad de decidir (asentimiento o disasentimiento), habiendo sido previa, oportuna, veraz, simple, aproximada, inteligible y moderadamente ilustrado sobre todos los elementos necesarios para que pueda tomar una determinación acorde con sus mejores intereses, y relevante jurídicamente.(p.235)

A esta definición además debería agregarse que la información sea gradual, continuada y más cualificada de acuerdo a la etapa del proceso terapéutico en la que se encuentre el paciente, ya que en psicología a través del autoconocimiento, el paciente es cada vez más autónomo, necesitándose con esto una información acorde a su situación, para que pueda decidir de manera informada sobre la intervención psicológica a la que será sometido.

Condiciones para el consentimiento informado

En lo que respecta a la voluntad, ésta debe cumplir con los requisitos consagrados en el Código Civil para que tenga validez el negocio jurídico; sin embargo, cuando lo que se busca es sólo asentimiento del paciente para realizar un procedimiento, se puede ser más flexible de acuerdo a lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia.

El consentimiento informado debe cumplir con ciertos requisitos frente a la voluntad, los

cuales no deben desconocerse y ellos son de acuerdo a lo determinado por Castaño et al. (1997) en su texto los siguientes: Debe provenir del paciente o de quien se encuentre facultado para exteriorizarlo, no puede ser otorgada por una persona incapaz legalmente, cuando la causa de la incapacidad afecta su autonomía; debe ser una voluntad ilustrada, debe exteriorizarse en forma oportuna con anterioridad al inicio del proceso terapéutico y durante el desarrollo del mismo, debe estar exenta de vicios, hay libertad de forma para exteriorizarse por lo que puede ser verbal, debe referirse a bienes jurídicos disponibles como la salud y la vida, debe tener objeto y causa lícitos, debe ser seria y debe exteriorizarse, lo que se refiere a la certeza de lo que se quiere y a la posibilidad de que sea conocido por otros, expresa o tácitamente; y debe ser emitida por una persona autónoma con facultades mínimas que le permitan entender su acto de voluntad como un acto libre. Al respecto la Corte ha escrito:

En efecto, la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo (...). Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso. (Corte Constitucional, Sentencia SU 337 de 1999)

En referencia a lo anterior, debe considerarse que el paciente psicológico puede tener una incapacidad para concebirse como persona autónoma, así lo sea, y además que la terapia permite que el individuo adquiera cada vez más autonomía, por lo que se hace necesario que la información sea más cualificada frente a su proceso terapéutico, y con el fin de lograr su asentimiento como lo comenta Castilla G. & Castilla S.J. et al. (2001).

El consentimiento debe realizarlo el psicólogo en ejercicio de un deber legal, con el fin de obtener la aceptación para llevar a cabo la terapia y/o la realización de test psicológicos,

evaluando la capacidad psicológica y legal del individuo de la manera más objetiva posible a través de un buen interrogatorio. Esta valoración puede hacerla de acuerdo a test, desarrollados por la misma psicología o áreas afines como la psiquiatría o la neuropsicología. Algunos autores como Lorda (2008) hacen referencia a varios test para valorar capacidad y autonomía del paciente para que este brinde su asentimiento. Ahora, el psicólogo podrá esgrimir que esto no es práctico, que dificulta el acercamiento con el paciente; sin embargo, puede decirse que muchos de los puntos de estos test se pueden valorar desde el encuadre con el paciente y podría brindar elementos al profesional sobre la capacidad del paciente y la validez del consentimiento.

En lo que respecta al consentimiento como tal, debe tenerse en cuenta los siguientes puntos:

¿Quién debe informar?: El psicólogo.

¿A quién se debe informar?: Al paciente y excepcionalmente a terceros cuando se atiende a menores o a personas con limitaciones en su autonomía (artículo 25 de la ley 1090 de 2006).

¿Qué informar?: De manera general debe contener los mínimos que establece el artículo 36 literal j de la ley 1090 y además y el numeral 2 del artículo 6 de la ley 1616 de 2013. Éstos mínimos no obstan para que el profesional amplíe la información de acuerdo a las necesidades del paciente. De manera general y aún por fuera de los mínimos de la ley se debe informar sobre: *El estado de salud y el diagnóstico, el tratamiento, el pronóstico, la posibilidad de rehusar el tratamiento* (establecido en el artículo 22 de la ley 1090 de 2006), *el propósito, el método o técnica y su fundamento, los efectos favorables, la evolución, tiempo y alcance, las medidas que debe tomar el paciente para que el proceso evolucione favorablemente.*

En lo que respecta a la información sobre *riesgos por la aplicación del procedimiento y los riesgos por no realizárselo*, esta información

es fundamental ya que de aquí se deriva gran parte de la responsabilidad, deben ser informados de la manera más objetiva posible y sin generar angustias innecesarias, teniendo en cuenta la gravedad del riesgo y la frecuencia de su presentación, es también importante que el profesional conozca cuando se exonera de hacer advertencia sobre los posibles riesgos (artículo 25 numerales c y d de la ley 1090 de 2006). Debe quedar claro que la aceptación de los riesgos por parte del paciente, no quiere decir que acepta los riesgos generados por una mala práctica o el sometimiento a riesgos injustificados.

Frente a la información acerca del *secreto profesional*, se le debe explicar al paciente que pueden haber limitaciones al sigilo de manera absoluta o parcial, principalmente en lo que respecta a evaluaciones descriptivas en ámbitos como los laborales o judiciales, esto se encuentra consagrado en la ley 1090 de 2006 en su artículo 2 numeral 5.

De manera general estos serían los elementos básicos del consentimiento, ahora bien, es claro que la información a este tipo de pacientes debe ser cualificada por los daños que se pueden causar y por la transferencia y contratransferencia que se da en la relación psicólogo-paciente; además, porque se hace necesario el reencuadre en el proceso terapéutico, que es de manera general dinámico y prolongado en el tiempo, debe informarse además sobre *la posibilidad de que el paciente pueda preguntar cuantas veces sea necesario*, éste aspecto no está especificado en las normas y se hace necesario para la comprensión absoluta de la información recibida.

¿Cómo informar o cuáles son las características de la información? La ley de salud mental especifica que la información debe ser *clara* (comprensible), *oportuna* (previa y en el desarrollo del proceso), *veraz* (real) y *completa* (suficiente), sin agregarle otras características que parecen pertinentes tener en cuenta, cuando de la salud mental se habla,

y que fundamentarían una de las hipótesis del trabajo sobre la información que debe recibir el paciente psicológico, estas características serían:

Información continuada. Para Fernández S. (2011) conocida también como información terapéutica, la cual se debe “proporcionar al paciente durante el tiempo de duración del tratamiento con la finalidad de hacer de su conocimiento cualquier eventualidad relacionada con la evolución del proceso curativo”(p.512). Esta continuidad tiene vital relevancia en procesos psicológicos donde la terapia se prolonga en el tiempo, por oposición a esta, se encuentra la información clínica que es aquella que se da al inicio del proceso terapéutico

La continuidad se justifica en la medida en que permite conocer si ha habido variaciones terapéuticas, el impacto en el estado psicológico del paciente, confirmar la información recibida del paciente en los primeros acercamientos, que el paciente pueda cuestionarse y reevaluar la posibilidad de continuar o no. Esta característica de la información, se integra dentro de la *lex artis* como lo expresa Fernández S. et al.(2011), por hacer parte misma del tratamiento, porque protege la salud del paciente a diferencia de la información previa o clínica, que tiene que ver con la protección de la dignidad humana. Además, el proceso terapéutico permite al individuo el ejercicio de una mayor autonomía, lo que hace del consentimiento un proceso, que debe ir recreándose en cada contacto que tiene el psicólogo con el paciente y que permita valorar los eventos de transferencia y contratransferencia como lo sostiene Castilla G. & Castilla S.J. et al. (2001), por esta dinámica el consentimiento informado va variando.

Información cualificada. Por el desarrollo de las características anteriores se va cualificando la información, pues en el proceso terapéutico por trabajar con la salud mental del paciente y lo que ello implica para el desarrollo de su existencia, de los proyectos de vida, de la relación que establece consigo mismo y con los

demás, la forma de ver el mundo y como vivir con dignidad; lleva inmerso un gran riesgo, con efectos que podrían ser catastróficos de manera similar a los físicos, aunque no tan evidentes; pero sí, con igual o mayor importancia, pues es sólo a través de la mente que le doy significado a la vida y a la forma de asumirla.

La Corte al hablar de cualificación en el consentimiento, ha hecho referencia a tratamientos que pueden ser invasivos o riesgosos y el proceso terapéutico podría considerarse uno de ellos, ya que toca con lo cognoscitivo, lo afectivo y lo social, además de que sus beneficios en principio podrían no ser evidentes; esta cualificación se logra con una información detallada y que se vaya dando por etapas en el proceso terapéutico, al respecto la Sentencia T 551(1999) expresa:

La Corte entiende que por medio de esos requisitos, (...) pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, (...). Así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina.

La Corte Constitucional en muchas de sus sentencias ha reforzado y complementado muchos de estos presupuestos o ha establecido otros, de los cuales se resaltan (Sentencia T 412, 2004):

(...) las variables que debe tenerse en cuenta para que el consentimiento deba ser cualificado son: a) El carácter más o menos invasivo del tratamiento, entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente. b) El grado de aceptación

u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. c) La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito. d) La urgencia del tratamiento. e) El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. f) La afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica. g) La existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos. h) La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.

Debe agregarse que el consentimiento informado debería ser sumamente cualificado en psicología cuando se va a aplicar terapias de inundación y exposición, a modificar el estado de conciencia (hipnosis) y cuando se van a aplicar terapias experimentales, por los riesgos que corre el paciente.

¿Cuándo Informar?: No basta con una información inicial, requiere que se dé durante todo el proceso; y aún, en los eventos en los que hay rechazo al proceso de manera definitiva o temporal.

Dificultades para la obtención del consentimiento informado

Son principalmente las que tienen que ver con condiciones culturales, religiosas y psicológicas de ambas partes. Hay ignorancia del proceso por parte del paciente, lo que lleva a percepciones erróneas sobre su real estado de salud mental, las posibles alternativas terapéuticas y los efectos de las mismas, creando resistencias o apegos que sesgan la percepción de la información; en lo que a esto respecta, el consentimiento busca eliminar esta barrera informando con un lenguaje acorde a la real situación del paciente. Otra dificultad para la aplicación del consentimiento por parte del paciente y tal cual lo expone (Fernández et al.(2011), se corresponde a la edad a partir de la cual la persona es competente para prestar

el consentimiento, la forma y oportunidad en que se debe prestar, extensión y contenido de la información, confrontación de opiniones del paciente y del médico y de la interpretación de la información, entre otros.

Algunos profesionales son escépticos frente a la función del consentimiento, sin comprender que con él se evidencia el respeto a la dignidad humana y a la libertad del paciente, algunos tienen actitudes paternalistas, con preponderancia de lo científico, sin comprender que con dicha actitud se está cometiendo un atentado a la dignidad humana. (Fernández S. et al. , 2011). Se resalta la posición de algunos profesionales que consideran que el consentimiento es una mera formalidad, el mero requisito de llenar un formato antes de iniciar un proceso, desconociendo la real entidad del consentimiento como ejercicio del derecho a la libertad y no como un mero mecanismo para evitar posibles reclamaciones desde de la responsabilidad civil.

Otros profesionales asumen que son ellos los que pueden definir autocráticamente qué es lo mejor para el paciente y lo que ellos consideran está acorde con lo esperado del proceso, muchos asumen que el paciente no desea ser informado o que tanta información puede generar temor, obstaculizando el proceso terapéutico, cuando al contrario, al recibir información el paciente, genera tranquilidad para ambas partes, muchos simplemente consideran que no hay tiempo para realizarlo (Fernández S. et al, 2011). Es importante también destacar lo establecido por Sánchez C. & Sánchez C. et al (1998) frente a posiciones a favor y en contra del consentimiento:

Entre los argumentos a favor tenemos (...):

1) Muchos pacientes no son conscientes de lo que implica seguir una psicoterapia y necesitan conocer (...) en qué consiste. 2) Existen riesgos ligados al tratamiento, como el empeoramiento del paciente o su regresión durante la terapia y la posible difusión de enfermedad (...) Existen frecuentemente tratamientos alternativos, incluyendo otras

formas de psicoterapia, o medicación, que el paciente tiene derecho a conocer antes de comprometerse con el tratamiento propuesto.

Los argumentos en contra han surgido en gran parte de terapeutas de orientación psicoanalítica, que opinan que discutir los razonamientos expuestos anteriormente puede contaminar la transferencia y estimular una intelectualización poco constructiva, debilitando así la psicoterapia. Terapeutas de otras escuelas opinan que el paciente conoce de sobra lo que supone la psicoterapia, y en el caso de psicoterapeutas no médicos existe una gran desconfianza en asumir un riesgo que tradicionalmente ha estado asociado con la profesión médica. Se ha hecho notar por otros la paradoja de que el paciente tiene que dar "consentimiento" a lo que esencialmente su propia producción, al estar la psicoterapia orientada casi por completo al estímulo de la misma. (p.152)

Derechos subjetivos y el consentimiento informado

Los derechos subjetivos son aquellas facultades o poderes de los cuales los sujetos son titulares y que tienen como propósito satisfacer sus necesidades, con la posibilidad además de que se exija su protección al Estado, Valencia Z. & Ortiz M. (2011) los define como:

Los derechos subjetivos son poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a la iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos. (p.293)

Los derechos subjetivos que tiene la característica de ser absolutos, imponen el deber general de respeto y atentar contra ellos genera una sanción, en estos se incluyen los extrapatrimoniales que no son susceptibles de ser valorados en dinero ni comercializarse

por estar íntimamente unidos a la persona y entre estos se encuentran los derechos de la personalidad o humanos o fundamentales. Estos derechos, se ejercen sobre la persona misma y se dan por el mero hecho de existir, como el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad

En 1948 la ONU realiza la declaración universal de derechos humanos, entre los cuales se resaltan los artículos 19 y 29, que hacen referencia al derecho a la libertad de recibir información y al ejercicio y disfrute de la libertad ((ONU), 1948). Los derechos humanos son fundamento de la dignidad humana, su respeto se le impone a todos, incluso al Estado y el titular tiene el deber jurídico de respetarlos, pertenecen a toda persona desde su nacimiento, están fuera del comercio por no ser valorados pecuniariamente, lo que no obsta para que se reparen mediante una suma de dinero cuando son violentados.

Derecho a la libertad

La libertad es un derecho personal, puede definirse como la posibilidad que tiene el individuo de gobernarse a sí mismo, sin más límites que los derechos de los demás, lo que permite la expresión de derechos como el de decidir de manera autónoma. Colombia Constitucionalmente está fundada en el respeto a la dignidad humana y tiene como fin garantizar derechos y deberes de los ciudadanos, proteger a las personas en sus derechos y libertades, reconocer la primacía de los derechos inalienables y en consonancia con esto, establece como derechos fundamentales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión e información, entre muchas otras. La Corte Constitucional frente a la libertad expresó en la Sentencia C 581(2001):

La libertad comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abusos de los propios y la proscripción

de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la personas juzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.

La libertad le permite al individuo decidir, para Kierkegaard la elección tiene una doble función, aprender a elegir gracias a la educación y mantener una práctica social caracterizada por la responsabilidad y la libertad, donde el ser se hace consciente de su individualidad y mediante la elección se autodetermina, al respecto este autor (citado por Muñoz F., S., 2010) dice:

La elección es el proceso a través del cual se constituye el sí mismo. Por medio de cada elección, el individuo participa de lo general, de lo propiamente ético, y está en comunicación intersubjetiva con los demás, frente a los cuales asume una responsabilidad. (p.84)

De esta forma, el individuo a través del ejercicio de su libertad establece el rumbo que quiere darle a su vida, siempre y cuando no se afecte derecho ajeno; por lo tanto, es a través de esta libertad que el individuo permite que se intervenga en su cuerpo y en su mente, pues de no ser así, perdería su esencia de sujeto libre, para convertirse en objeto de la actuación de otros; a cada ser le es dable decidir de acuerdo a sus convicciones y expectativas, sin imposición alguna. Ahora, frente al ejercicio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que respecta al consentimiento informado, la Corte Constitucional en Sentencia C 221(1994) expresó:

(...) La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. (...). El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética,



reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen...

(...) en el derecho al libre desarrollo de la personalidad se contiene la libertad de actuación in nuce a la cual se contrae cualquier otro tipo de libertad, bien se trate de la libertad de cultos (...), de expresión e información, (...), etc., o bien se refiera a otros ámbitos ligados con la autonomía de las personas que no se encuentren protegidos por ninguno de estos derechos.

Ahora bien, ese ejercicio de la libertad a través de la autonomía, se expresa también en el campo de la salud mental, y este es un ámbito donde el psicólogo no le está permitido entrar a atropellar de manera ilícita, limitar este derecho al paciente sería de tajo cercenar la dignidad humana, ya que ¿de qué serviría una vida sin libertad, una vida a expensas de las decisiones soberanas de los otros? Al respecto, en la Sentencia T 214 (1997) se dijo: "(...) sólo en ciertas circunstancias extremas puede comprometerse la integridad del enfermo pasando por alto su propio consentimiento. El concepto de autonomía está íntimamente ligado al consentimiento del paciente."

El ejercicio de la libertad y la autonomía, permite que aún bajo ciertas circunstancias, la persona se someta a los riesgos que ella misma quiere afrontar, así con ello ponga en peligro su integridad y su vida, y no se podría con fundamento en el paternalismo, limitar este derecho, excepto que se pueda establecer que el paciente sufra o pueda sufrir autoagresión, agresión terceros o intento de suicidio y/o homicidio, es en éste punto donde es relevante la información que se le da al paciente sobre las limitaciones al sigilo profesional, al respecto la Corte en Sentencia T 653 (2008), dijo:

El pluralismo como principio constitucional (art. 1° C.N), así como el contenido normativo correspondiente a la autonomía personal (derecho de autonomía personal), cuya garantía se deriva, (...), del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), del

derecho de autodeterminación (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana (art 1° C.N) soportan en buena medida la posibilidad de asumir riesgos voluntariamente. (...) Y, en el punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realizado la garantía del derecho de autonomía personal. De la condición personal de la salud se desprende pues, una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar la decisión de no vivir más, por ejemplo.

Cuando se vulnera el derecho a decidirse afecta el libre desarrollo de la personalidad, se atenta de manera flagrante contra el ejercicio libre de la vida, de optar por su mente, su salud y por un proyecto existencial de vida, siendo libre en sí y para sí, al respecto la Sentencia T 124 (1998) expuso: "(...) La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad". La Corte en la Sentencia T 452 (2010) ha dicho además:

En efecto, si uno de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana es "la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características (vivir como quiera)", que corresponde a su vez con el ámbito protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta lógico que, en lo que toca con los tratamientos médicos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido de acuerdo a sus propias convicciones. (...) El mecanismo para garantizar o hacer efectiva la autonomía a la que se ha hecho referencia es el consentimiento previo del paciente para la práctica de tratamientos médicos (...).

(...) Ahora bien, las limitaciones al ejercicio de la libertad y de la autonomía debe tener un fundamento jurídico de tal magnitud que no permitan que de la manera más vulgar (...) En consecuencia, simples invocaciones

del interés general, de los deberes sociales (CP art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho.

El derecho al consentimiento informado es un derecho personalísimo, por hacer parte del derecho a la libertad como género y del derecho a la libertad de información como especie, el paciente es entonces el único titular de él, de manera general es indiscutible, inalienable, y de él sólo puede disponer el paciente, con las excepciones que la ley trae. Al respecto Fernández et al.(2011, págs. 91-92) explica lo que debe ser considerado el concepto de libertad y voluntad:

La libertad, (...), se hace presente en el mundo exterior como una decisión subjetiva que emerge del fuero íntimo de la persona que es invariable frente a cualquier acto proveniente del medio ambiente (...) Esta decisión (...) es inmodificable, salvo por propia decisión del sujeto (...) La libertad en que somos y consistimos, se hace fenómeno, aparece en el mundo exterior gracias, preferentemente, a la voluntad del sujeto a la cual le acompañan, como se ha referido, sus demás potencialidades y energías.(p.91-92)

En lo que respecta al derecho al consentimiento informado como derecho personalísimo, (Lorenzetti, 2005) ha dicho “desde el momento en que el paciente se somete a un tratamiento médico, celebra un contrato expresando su consentimiento y dispone de un derecho personalísimo manifestando su asentimiento” (p.228).Violentar este derecho al consentimiento informado genera una responsabilidad por parte del profesional, la cual debe ser analizada en todos sus aspectos, para definir si se genera un daño antijurídico y por lo tanto, debe indemnizar de alguna manera.

Responsabilidad Civil y Consentimiento Informado

En la responsabilidad civil del psicólogo por el consentimiento informado, puede decirse que el ilícito es no obtener el asentimiento en debida forma, bien sea por no haber informado previamente al paciente o haberlo hecho de manera deficiente o por no haber contado con su voluntad o por no haberlo obtenido de quien correspondía, como lo expresa Castaño et al.(1997). Con ésta situación se genera una culpa por violación de reglamentos y el hecho culposos sería la aplicación de un proceso terapéutico, de un test, de una evaluación, sin informar suficientemente al paciente, o sin contar con su voluntad o contrariando la misma.

En lo que respecta al nexo causal, la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que la víctima debe demostrar que el daño proviene del riesgo no advertido, porque si se hubiera advertido, no se hubiese expuesto al mismo; sin embargo, este nexo causal sería entre un daño a la salud, a la integridad psicofísica o a la vida por la materialización de un riesgo no informado; y no entre, el consentimiento informado obtenido de manera indebida con respecto a un daño al derecho a la libertad, al no permitir al paciente dar su asentimiento y autodeterminarse en debida forma.

Frente al daño, siendo el tema central de este trabajo, se tomará la definición de Tamayo J. (2007) la cual dice “es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima” (p.247). Ahora, ese daño como lo sostiene De Cupis (1975) tiene dos elementos, uno material que es el hecho físico y un hecho jurídico que permite reprimir el mismo, esa respuesta jurídica trata de contrarrestar el efecto del daño, en aras de procurar proteger los intereses humanos.

(...) El efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión, manifestándose precisamente en sentido contrario al que opera el daño, oponiéndose a él, por lo que el objeto del daño, (...), viene identificado con el objeto de la tutela jurídica, siendo siempre un interés humano (...). (p.28)

El no realizar un consentimiento informado en debida forma, es una lesión o daño autónoma por atentar contra la libertad y la autodeterminación de la persona y así lo sostienen autores como Lorenzetti et al.(2005). Posición ésta que se esbozó incipientemente en la Sentencia del Consejo de Estado del 23 de abril de 2008 Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Daños a la persona y consentimiento informado

Para Fernández et al. (2001) el daño puede considerarse desde dos aspectos fundamentales, desde la naturaleza del ser ontológico sobre el que recae el daño y desde el punto de vista de las consecuencias sobre ese ser ontológico. En atención a la calidad ontológica del ser, es decir, en lo que respecta a su naturaleza, dicho daño puede ser objetivo, si es un daño a las cosas, y un daño subjetivo, si es un daño a las personas. En lo que respecta a las consecuencias pueden ser daños patrimoniales y extrapatrimoniales. El desarrollo del daño a las personas para Fernández et al.(2001), tiene su fundamento en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte frente a las decisiones del individuo hace referencia a que la posibilidad de elección, se convierte en el fundamento del ejercicio de la libertad. Similar referencia a las decisiones de la Corte Interamericana han hecho magistrados Colombianos como Enrique Gil Botero.

Fernández et al. (2001) establece una clasificación frente a los daños a la personas entre daños psicosomáticos y daños a la libertad o al proyecto de vida, este último, debería

considerarse, a diferencia de lo que preceptúa este autor, como un daño completamente independiente, no necesariamente relacionado al daño psicosomático, pues lo que se está afectando es un derecho fundamental igual al derecho a la salud o a la integridad física, como es el daño a la libertad, que no depende necesariamente de los otros; ahora bien, que el daño a la salud, genere consecuentemente un daño a la libertad, es otra situación completamente diferente.

El daño a las personas tiene una gran relevancia, por la importancia que adquieren los derechos fundamentales como la libertad, la salud, entre otros y Colombia no ha sido ajeno a dichos postulados, pues en sentencia de la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 4 de abril de 1968 se dijo que la persona es el centro del derecho de daños, aunque no fue constante esta posición, (como se cita en Koteich K., 2012, pág. 204) y la misma autora comenta que en cambio en el decreto 1260 de 1970 así lo reconoció.

Donde existe el mismo supuesto debe existir la misma disposición, se sostiene que esta distinción nutre el daño moral en sentido estricto y el daño a los bienes de la personalidad, debe aplicarse por analogía a todos los casos de lesión a bienes de la personalidad, y no sólo cuando se trata de la lesión al derecho al nombre.(p.204)

En la clasificación a los daños extrapatrimoniales, el daño moral a pesar de ser un daño a la persona, es un daño a la parte afectiva del ser, caracterizado por el dolor físico y psíquico y no tiene nada que ver con un daño a la libertad, donde se atenta contra un derecho fundamental.

Daño a los derechos subjetivos y consentimiento informado

En países como en Francia frente a los daños a derechos subjetivos de la personalidad, se han presentado decisiones donde se han

aminorado los requisitos frente a los elementos de la responsabilidad civil, ya que es difícil, por no decir imposible, demostrar bien sea la culpa o lo que es peor aún, el perjuicio en sí, Jourdain (2011) frente al tema dijo:

(...) Ciertamente, la víctima debía aportar la triple prueba de la culpa, el daño y el nexo de causalidad. Pero con bastante rapidez los tribunales mostraron una gran benevolencia frente a la carga de la prueba en cabeza de la víctima. Así, se sostuvo que había culpa cuando se lesionaban ciertos elementos de la personalidad, (...) En cuanto al perjuicio, los tribunales han exigido siempre, para permitir su indemnización, la prueba de un perjuicio económico de la víctima. Pero, en su defecto, en el mismo supuesto han aceptado que la lesión a un elemento cualquiera de la personalidad puede constituir un perjuicio moral en función de la culpa de modo que, en muchos casos, los elementos de la responsabilidad han sido presumidos, de hecho, a partir de la prueba de la lesión. (...) Que de la lesión a tal o cual aspecto de la personalidad, pueda surgir un perjuicio al menos moral, significa que un interés ha sido vulnerado. (...)

(...)Tratándose al menos de la prueba de la culpa, ello es una consecuencia lógica de la violación de un derecho subjetivo. En lo que hace a la prueba del perjuicio, la actitud de la jurisprudencia resulta más difícil de justificar. (Subraya fuera del texto)

1.- La culpa civil no consiste únicamente en desplegar un comportamiento negligente o imprudente; ella resulta también de la violación de cualquier reglamentación imperativa o de un derecho subjetivo. (...). Pero incluso sin imponer directamente tal o cual comportamiento, el legislador alcanza indirectamente el mismo resultado cuando define ciertos derechos subjetivos de esa manera, en efecto, prohíbe todos los actos que comporten una violación a tales derechos.

(...)2.- ¿Puede decirse lo mismo respecto del perjuicio? es completamente admisible presumir de hecho que la lesión a tal o

cual elemento de la personalidad cause un perjuicio moral. (...) La vulneración del interés protegido constituye en sí misma un perjuicio moral que merece reparación, (...). (p.365-367)

Reforzando esta posición antes citada y en lo que hace referencia a la variación de los postulados de la responsabilidad civil que debe tomar en cuenta el juez en la valoración de los mismos T. AZI (citado por Koteich et al., 2012):

Sostiene que la lesión a ciertos derechos de la personalidad (...) de alguna manera se separa o se independiza de los postulados de la responsabilidad civil (...), lo que permite la reparación por el sólo hecho de la lesión al derecho; y; dado que lo que vale para un derecho de la personalidad debe valer para todos, en los mismos términos podría hablarse de un derecho al respeto del cuerpo. (p.115)

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (2008) no ha sido ajena a la posibilidad de reconocer otros perjuicios por fuera de los que normalmente reconoce la jurisprudencia, sobre todo cuando se vulneran otros derechos, con fundamento en el principio de reparación integral, sostuvo:“(...)el derecho de daños le concede al juzgador la posibilidad de reconocer, (...), en forma prudente y razonada, nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas”

Tamayo (citado por Koteich et al., 2012, pág. 201) expresó: “La lesión a cualquiera de éstos bienes [“extrapatrimoniales”] constituye un perjuicio que debe ser reparado (...) El hecho mismo de la lesión al bien, es constitutivo del daño. Se trata de daños independientes ontológica y lógicamente (...), lo que significa que (...), se puede presentar con o sin la presencia de otros daños” (p.201).

Además Tamayo et al.(2007) sostiene en su obra la posibilidad de que se presenten diferentes daños de extrapatrimoniales al comentar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1922: "(...) la Corte sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales. (...) Expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo" (p.486). El Consejo de Estado (2010) al respecto de la posibilidad de resarcir otros daños de bienes personalísimos o fundamentales de raigambre constitucional, dijo:

(...) en atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar. (...). Esta situación vulnera bienes (...), se reitera, que al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado.

Ahora bien, el ejercicio de la dignidad humana, brinda la posibilidad de que se reparen civilmente las vulneraciones a los derechos fundamentales como la libertad, al respecto Koteich et al (2012, págs. 308-309) señala:

Esa dignidad propia de todos los hombres, ha llevado a "positivizar" los derechos humanos (fundamentales, constitucionales) (...) La responsabilidad civil no ha escapado al influjo (...), lo que ha llevado a ampliar sus horizontes y a intentar (...) una mayor aproximación al principio de reparación integral del daño. En ese sentido, el juez ya no puede atender en la liquidación sólo, como otrora, al perjuicio económico o patrimonial, sino que debe tener en cuenta además aquellos otros perjuicios relacionados directamente con las manifestaciones o bienes de la personalidad de la víctima:

vida, integridad personal, igualdad, intimidad individual y familiar, buen nombre, propia imagen, libertad de culto y de conciencia, libre desarrollo, honra, entre otros (...) (p.308-309).

De lo previamente citado puede sostenerse que nada obsta para que sea reconocido un perjuicio con un carácter completamente autónomo, como el daño a un derecho personalísimo como la libertad, que afecta directamente el proyecto de vida. Este daño permitiría la reacción del Estado con fundamento en el principio de no dañar y en los artículos 5 y 16 de la CN.

Daño a la libertad por la ausencia del consentimiento informado o por su inadecuada obtención

Para Kierkegaard (citado por Fernández et al, 2001) "la libertad (...)tiene una doble proyección, ser el centro espiritual del individuo y otra que se hace visible en las decisiones, que se convierte en fenómenos"(p.6)., es en esta realidad, donde se establece el daño por no realizar un adecuado consentimiento, ya que se limita la voluntad del individuo, su autonomía como manifestación física de la libertad, debido a que la parte íntima del ejercicio de la libertad, sólo pueden ser limitadas por el propio individuo.

Cuando se atenta contra la libertad, se atenta contra el proyecto de vida y Fernández et al.(2001) lo define como "el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración"(p.25). Ahora bien, este proyecto puede sufrir daños por la frustración de no haber podido decidir y sobre lo cual no podrá volver a ejercer dicho derecho. Como comenta además Fernández et al.(1996) esto lleva a un " colapso psicosomático de tal magnitud que, para la víctima, significa la frustración o el menoscabo al proyecto de vida"(p.4) que puede producir en el individuo un vacío existencial, por atacar los pilares en que está cimentando todo su ser. Es

un daño al desarrollo de la propia identidad del individuo, que no es más que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Para que haya un daño a la libertad no es necesario que haya un daño a la salud, pues el atentar contra la libertad, por ser un derecho irrenunciable, su violación per se genera un daño independiente, este daño trasciende hasta la esfera del sentido a la vida y no se podría confundir con otro daño. Hay que recordar que cuando hay violación a los derechos fundamentales se atenta contra la dignidad de la persona y por lo tanto debe ser resarcido, independiente de la dificultad para evidenciar este daño y para observar su magnitud, así lo expresa Fernández et al.(1996). El hecho de que no hayan secuelas visibles en un individuo como consecuencia de un daño a un bien inmaterial; no quiere decir, que por esa invisibilidad no existió el daño, pues lo mismo podría decirse con respecto al dolor físico y psíquico, que puede en algún momento no manifestarse en concreto, por ser sentimientos del fuero interno.

Para Fernández et al.(2011) también es importante diferenciar este daño con el daño moral, pues normalmente este último se va atenuando con el paso del tiempo, mientras que los efectos del daño a la libertad en el proyecto de vida, pueden perdurar durante todo el proceso vital del individuo, ya que no se le permitió desarrollar su personalidad a plenitud. Para muchos, este perjuicio podría ser considerado inexistente porque no se hace evidente dentro de la esfera física y por lo tanto no tendría por qué ser compensado, violentando con ello el principio de reparación integral y llegando incluso a una revictimización, porque el profesional no optó con el paciente y para el paciente, en el ejercicio de su libre autonomía, a través del consentimiento informado; sin embargo, nada más ajeno a la realidad pues como lo sostiene De Cupis et al.(1975, págs. 91-92):

Aún en los supuestos en que a primera vista, el daño no parece derivarse de la violación del derecho, una atenta reflexión induce a

reparar en su presencia. Así, por ejemplo, la entrada abusiva en el fundo ajeno constituye siempre una violación dañosa de la norma protectora del interés del propietario, aunque no se haya ocasionado perjuicio alguno al cultivo, que pueda repercutir en la producción, (...)Se ha perjudicado, por lo expuesto, el interés al goce exclusivo, que constituye precisamente el interés protegido. Y tampoco puede aducirse, en sentido contrario, que el acto ilícito (antijurídico) puede producir en vez de un daño, un simple peligro de daño. Porque en verdad también el peligro de daño incide negativamente en el valor del bien al que incumbe, disminuyendo tal valor y repercute en el interés del sujeto a que corresponde el bien; (...) Aunque el peligro desaparezca con la pretendida agresión del bien ajeno, sin embargo, se ha producido una disminución (...) de la seguridad de goce del mismo bien, un perjuicio, consiguientemente, para el titular de éste...

Por lo que se refiere especialmente, a la violación del derecho de la personalidad, es preciso que comporte la lesión del interés personal- daño no patrimonial-(...). Esta eventualidad se posibilita con la producción del daño no patrimonial, que siempre se realiza cuando se viola el derecho de la personalidad. (p.91-92)

Es claro también que los daños extrapatrimoniales no se limitan a los daños morales y a los daños a la vida de relación, siempre y cuando se llegue a concluir que aquel nuevo daño es completamente autónomo y sobre todo cuando están en juego derechos fundamentales como la libertad, al respecto De Cupis et al.(1975, p. 764) dice “el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho a la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en si la prueba de su existencia” (p.764)., además agrega este mismo autor “dado que el conocimiento del daño por parte del perjudicado, no condiciona la existencia del mismo, el derecho del perjudicado

al resarcimiento surge independiente de tal conocimiento” (p.789).

En la doctrina nacional es pertinente frente al tema traer a colación a Henao et al. (2007) quien expresa “es aquí donde adquiere importancia la distinción entre daño y perjuicio, pues, se recuerda, no todo daño genera necesariamente un perjuicio individualizado, sin que se quiera significar con ello que sea inexistente y se deba dejar sin reparar”(p.123).

Ahora bien, si es través del ejercicio de la libertad que el individuo estructura su proyecto de vida con relación a sí mismo y a los demás, esta vivencia de lo social lleva a que se le puedan vulnerar su derecho a la libertad y por ende al ejercicio del proyecto de vida, como sucede en el caso de la violación al derecho de consentir frente a un proceso terapéutico. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho en Sentencia C 481(1998):

Existe entonces una vulneración a este derecho cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano.

El daño a la libertad, por no cumplir con el consentimiento afecta al ser humano en su intimidad y no podría decirse que no existe, ya que se disminuyó su derecho a decidir conscientemente, si se sometía o no a un proceso terapéutico y esta limitación es una manifestación flagrante de lo ilícito. Ahora bien, el daño a la libertad es un daño autónomo como se ha expresado, con fundamento en que los daños extrapatrimoniales no pueden ni deben agotarse en los sufrimientos físicos y psíquicos, ni mucho menos incluirse en figuras amplias de difícil delimitación, como los daños a la vida de relación. Al respecto De Cupis et al.(1975) expresó:

Los sufrimientos morales, (...) no abrazan todos los daños (...), ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independiente del dolor o amargura del sujeto que la sufre. Por consiguiente, si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa, no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirlas de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo (...). (p.123)

Ahora bien, si se han considerado otros daños extrapatrimoniales fuera del moral, como los daños contra el buen nombre y la reputación, porque no hacerlo con un daño a un bien Constitucional como la libertad, con fundamento en que donde hay una misma razón, debe haber la misma disposición. Debe aclararse que encontrando el juez un daño extrapatrimonial diferente a los aceptados, no debe como se ha hecho de manera inadecuada e impertinente, incluirlos en los daños morales. Al respecto comentando la sentencia del Consejo de Estado del 5 de mayo de 2005, magistrado ponente Alíer Eduardo Hernández Enríquez, los autores Álvarez Pérez & Martínez, R (2006) expresan:

Darle el ropaje de daño moral a un perjuicio que no es tal, acarrea (...) confusiones que perjudican a las partes, pues (...), puede ser que se causen conjuntamente ambos tipos de perjuicios y que a la víctima sólo se le resarza uno (...), de otra parte, sería acudir a (...) parámetros propios del daño moral para resarcir otro perjuicio que puede tener una diferente forma de reparación, tal vez más (...), efectiva y benéfica para la víctima. (p.185)

Al respecto, podría decirse además que teniendo en cuenta las definiciones que se han dado por la jurisprudencia y la doctrina al daño moral, como la tristeza y la congoja o el dolor físico y psíquico, debe sostenerse que no necesariamente cuando se vulnera el derecho

a decidir (daño a la libertad), este genera indefectiblemente sentimientos de tristeza y congoja; y sin embargo, se causó un daño, o es ¿qué si no hay tristeza, angustia, dolor físico o psíquico, no tengo derecho a que se resarza el daño a otro bien protegido constitucionalmente como la libertad, de manera similar a como se ha venido reconociendo el daño a la salud de manera autónoma?

Es que en el daño a la libertad, no se tutela el dolor físico o psíquico, sino la pérdida de la posibilidad de decidir, el cual no se resarce con reconocimiento de unos perjuicios materiales y morales, ya que estos, más el daño a la libertad, pueden darse como consecuencia de un mismo hecho dañino (la no obtención del consentimiento informado en debida forma), y podrían diferenciarse temporalmente con respecto a este mismo hecho, ya que el daño a la libertad, de manera general siempre antecede al daño moral y al material. Fuera de lo mencionado, debe tenerse en cuenta para sustentar la autonomía del daño a la libertad, frente a otros ya reconocidos, el principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual exige reparar, no sólo indemnizar, todos los daños y al respecto Velásquez, P. (2013) expresa: “El desarrollo que ha tenido la expansión de los daños extrapatrimoniales en sus especies de daño moral, daño a la vida de relación (...), implica necesariamente la pregunta de si deben existir otros daños de tipo extrapatrimonial autónomos e indemnizables.”(p.343).

Para aceptar la autonomía del daño a la libertad, se debe considerar nuevamente que existen más perjuicios extrapatrimoniales, diferentes a los actualmente reconocidos, porque el hombre tiene gran variedad de derechos subjetivos, que deben ser protegidos cuando se vulneran, como sería el daño al bien jurídico libertad, cuando no se le permite al paciente decidir de manera autónoma acerca de una intervención terapéutica y entonces se debe preguntar ¿por qué no reconocer la vulneración del derecho a la posibilidad de decidir (daño a la libertad), como un daño extrapatrimonial

diferente al daño moral o los daños a la vida de relación, e incluirlos en aquellos bienes jurídicos tutelados constitucionalmente, iguales al derecho a la salud?

Frente a la autonomía de daños diferentes a los tradicionalmente aceptados, varios tratadistas colombianos, con fundamento en el principio de reparación integral, han sostenido la posibilidad de que frente a lesiones a daños constitucionales, estos originen un daño diferente, al respecto Velásquez. P. et al. (2013), sintetiza la tesis del Dr. Enrique Gil así:

Los fundamentos (...) pueden sintetizarse así: 1) la exigencia del principio de reparación integral conlleva una reparación de los diferentes bienes o intereses jurídicos que se vean afectados, y 2) la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, mas no a la consecuencia externa, física o material que acarrea el daño.(p.355)

El tratadista Gil B.(2013) expresa al respecto frente a la obligación de reparar integralmente: “(...) si sobre la persona gravitan un conjunto de derechos (...), mal haría el derecho de daños en no reconocer esa realidad, (...) razón por la que resulta pertinente estructurar un sistema de reparación de perjuicios en el que la víctima sea indemnizada in integrum” (p.201).

Es pertinente en este punto hacer referencia a la Sentencia Consejo de Estado Sección Tercera de 18 de marzo de 2010 expediente 32.651 ya citada, donde se falló por concepto de perjuicio por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales a favor de Víctor Manuel Barceló Hernández:

(...) se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia (...), es incuestionable que la pérdida de un padre afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad

de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, (...), que al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, (...) produjo un daño que debe ser indemnizado.

También y de manera similar el Consejo de Estado (2013) dijo: "(...) el derecho de la responsabilidad (...) se ha (...) acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se (...) resarza la afectación a derechos fundamentales (...), lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños".

Daños por el no cumplimiento del deber de informar

En el proceso terapéutico el profesional frente al paciente tiene varias obligaciones como la atención psicológica en sí, donde está en juego el derecho a la salud y a la integridad psicofísica, otra de las obligaciones es el deber de recabar un consentimiento informado, donde lo que se protege es el bien tutelado libertad.

Frente a la posibilidad de resarcir el daño por no realizar el consentimiento o no realizarlo adecuadamente, ha existido de manera tradicional la posición de que sólo se debe resarcir el daño derivado de la materialización de un riesgo que no fue informado, por lo que sino se materializa un daño a la salud, no habría la obligación de indemnizar. Además, si se logra demostrar que a pesar de que se hubiese materializado el daño, el paciente hubiese dado su consentimiento, el profesional no debe responder. Al respecto Castaño et al.(1997) expresa :"(...) no suministrarle al paciente la información pertinente o no obtener su voluntad, (...), constituye una hipótesis culposa que genera responsabilidad del profesional (...), siempre y cuando se generen perjuicios para el paciente, por la no obtención del asentimiento en forma idónea" (p.399).

Sin embargo, la no realización del consentimiento informado genera un daño a un bien jurídico protegido muy diferente a la salud, que es el de la libertad de decidir, si permite que el profesional actúe sobre su mente, independiente de que se produzcan daños o no a la salud física o mental o de que se logre demostrar que el paciente igual hubiese dado su consentimiento. Al respecto Fernández S. et al(2011) ha dicho:" El daño a la dignidad de ser libre (...), es un daño diferente a aquel que se puede generar por una actividad médica contraria a la *lex artis*" (p.700).

Muchos consideran que sólo se debe resarcir los daños a la salud y los perjuicios que de ellos se derivan, pero no el daño al ejercicio de la libertad, que es el fundamento de la dignidad humana y cuyo atentado está prohibido por la Constitución, la ley y los tratados internacionales, independiente de que sea la libertad física o cualquier otra manifestación de la misma, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal. Al respecto Castronovo (citado por Fernández et al., 2011) expresa "cualquier intrusión a la persona, aun cuando se compruebe la conformidad (de la intervención del médico o del cirujano) a las reglas del arte, debe reputarse ilícita" (p.711).

Se debe resarcir este daño porque comprobado este hecho, de manera inmediata, nace la obligación de indemnizar, por atentar gravemente contra el derecho a autodeterminarse del paciente. Jourdain Azzi (citado por Koteich et al., 2012) expresa que " en caso de lesiones a derechos de la personalidad, que constituyen en definitiva el interés protegido, existe al menos un atentado moral inherente a la agresión misma, que pese a la imposibilidad de ser "medido", merece reparación (...)" (p.114). De dónde puede decirse que, cuando hay un daño a uno de los derechos subjetivos de la personalidad, hay un perjuicio que es necesario resarcir por el sólo hecho de la lesión y continúa la autora citando a este autor que textualmente dice "la lesión a ciertos derechos de la personalidad de alguna manera se separa o se independiza de los postulados de la responsabilidad civil (...), lo

que permite la reparación por el solo hecho de la lesión al derecho; y, dado que lo que vale para un derecho de la personalidad debe valer para todos, en los mismos términos podría hablarse de un derecho al respeto del cuerpo”(p.115).

La figura del asalto, del derecho penal en el Estado de Nueva York, se cometía a pesar de que el procedimiento se diera con éxito, ya que consistía en un ilícito autónomo con daño autónomo por la violación al derecho a decidir del paciente y no se equiparaba con un daño a la salud. En el caso *Schloendorff* el juez Cardozo al respecto expresó que “todo ser humano tiene un derecho a determinar qué debe de 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.”

Ahora bien, el consentimiento informado no permite exonerar al profesional en los casos en los cuales obró con culpa, causándole un daño al paciente, así sea de aquellos riesgos inherentes al procedimiento. El consentimiento tampoco exonera cuando es otorgado en abstracto y de manera general para todo el proceso terapéutico, sin entender que debe ser continuado, gradual y especificado a situaciones puntuales, con el fin de que el paciente comprenda claramente y exprese libre y autónomamente su decisión.

La prueba en el incumplimiento del deber de informar puede ser una situación complicada, sobre todo cuando se da de manera verbal, o cuando se considera que fue dado de manera tácita; por lo tanto, se hace necesario que dicho consentimiento se evidencie por escrito, dentro o fuera de la historia clínica; al respecto de esta última, debe ser bien diligenciada ya que su mala elaboración, genera una presunción en contra del profesional.

Cuáles son los perjuicios a indemnizar por violar el consentimiento informado

Una parte de la doctrina considera que un riesgo previsto, así se materialice no genera responsabilidad, aún si el médico no lo ha advertido, ya que el paciente debe asumir los riesgos del procedimiento, otros sostienen que no informar implica que el profesional debe asumir los riesgos materializados, como consecuencia de no haberlos informado, y así podría hablarse de varios puntos en los que hay discusión como en lo referente al nexo causal y la medida del perjuicio a indemnizar y sobre algunos de ellos se hará mención, además del análisis al respecto, de un artículo publicado en la revista de Responsabilidad Civil y del Estado en el año 2009, por el profesor Sergio Yepes Restrepo. En el artículo (Yepes, 2009, p. 126) expresa:

En todo caso, si se aceptare la posición de que un inadecuado consentimiento informado (...) genera responsabilidad civil, es importante que el juez examine ciertos aspectos, porque de lo contrario las acciones de responsabilidad profesional terminarían siendo debates formales sobre el contenido de un documento. Estimamos (...) que en los procesos se considere la existencia y disposición de otras alternativas terapéuticas, se determine si el tratamiento médico o quirúrgico era necesario, se establezca si los riesgos previstos coexisten o no en las diferentes opciones de tratamiento, se cuantifiquen los porcentajes de materialización de los riesgos, así como de la oportunidad del paciente de no sufrirlos si opta por no someterse al tratamiento, y finalmente se indague probatoriamente por la decisión que hubiera tomado el paciente si hubiese sido informado.

Si se aceptara categóricamente cada uno de los puntos mencionados por el autor, podría no solamente reducirse el consentimiento al debate sobre una formalidad documental,

sino que cualquier discusión al respecto sería irrelevante, cuando no se permite al paciente decidir; porque según lo dicho por el autor, si se demostrara que el paciente en su fuero interno pensó someterse a la terapia y no se lo dejaron expresar, no se podría decir que se atentó contra la oportunidad de autodeterminarse, contra su libertad, y la sola violación de ésta genera un daño. En lo que respecta a cómo tasar estos perjuicios, sería el juez quien determinaría la forma de hacerlo, reparando integralmente por los medios restaurativos con los que cuenta el sistema jurídico colombiano. Yepes et al.(2009) además manifiesta:

De otro lado debe corresponder al paciente la prueba del nexo causal, esto es, que habiendo sido informado de los riesgos hubiera optado por no someterse a la operación, carga que estimamos también podrá cumplirse a través de cualquier medio probatorio, e incluso en algunas ocasiones podría suplirse con afirmaciones o negaciones indefinidas. Finalmente del perjuicio moral también tendrá que probarse por el demandante ya que en estos casos no se presumen. (p.138)

Frente al daño por la vulneración al ejercicio del derecho a la libertad de decidir, esta posición no sería de recibo, pues como se dijo, así se probara que hubiese accedido al procedimiento, se le vulneró la posibilidad de optar por un tratamiento en el momento oportuno donde podía hacerlo y la única posibilidad que le quedaría al profesional para exonerarse de la responsabilidad, sería demostrar una causa extraña o que el titular del derecho no optara por reclamar. En lo que respecta a que estos daños no se presumen, si se aceptase que son un tipo de daño moral y no un daño autónomo, no existe razón suficiente para tal diferenciación, porque si frente a la víctima directa, que sufre un daño por lesiones personales aún sean leves, el daño moral se presume, porque no presumir un daño a la libertad, por vulnerarle el libre ejercicio de su autonomía.

Ahora bien el Consejo de Estado (2008) ha avanzado al entender que con la no obtención del consentimiento informado o su obtención defectuosa por no dar una información cualificada o por no haber informado al paciente, se genera un daño autónomo diferente a los cuales venía reconociendo la jurisprudencia colombiana; sin embargo, me permitiré transcribirla e ir haciendo los comentarios pertinentes con respecto a lo que se ha venido sosteniendo hasta el momento:

(...) La tendencia jurisprudencial y doctrinaria ha sido la de considerar que el daño que se indemniza es el derivado de la materialización del riesgo que no fue dado a conocer al paciente, siempre que se trate de los riesgos típicos del tratamiento o de la intervención (...)

no es acertado considerar que el daño que se causa como consecuencia de la omisión del consentimiento informado (...) sea la materialización del riesgo propio de ese tratamiento o intervención, porque no existe nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño corporal. Con o sin consentimiento, el riesgo al cual se exponía el paciente hubiera sido el mismo, es decir, dicho riesgo no se hubiera suprimido o agravado porque el paciente hubiera consentido o no el acto médico.

Esta posición es acorde a lo que se ha sostenido, pues ligar el reconocimiento de un daño por ausencia de consentimiento informado, a la aparición de un daño a la salud por la materialización de un riesgo no informado, sería limitar el ser humano a lo corporal, dejando de un lado una gran parte de ese ser como lo espiritual, lo cognoscitivo y lo afectivo, que hacen parte de la dignidad humana y que en el derecho contemporáneo tiene gran importancia por los daños a la persona, además que no hay un nexo causal claro.

(...) el daño que se causa a una persona cuando (...) se la somete a un riesgo que de manera libre y consciente no aceptó, no es el daño corporal generado por la materialización del riesgo no consentido, sino el dolor

moral que sufre por haber sido sometido, por voluntad de otro, desconociendo sus derechos a disponer de su propia vida, a un riesgo, que él no hubiera asumido, de generarle un mayor daño corporal o la muerte.

Por lo tanto, habrá lugar a la indemnización del daño moral causado al paciente cuando se le somete a un tratamiento o intervenciones médicas que implican graves riesgos para su vida o su salud y no se cuenta con su consentimiento, a pesar de que dicho riesgo no se materialice en un agravamiento de sus condiciones de su salud (...).

De acuerdo en que hay un daño autónomo por el desconocimiento de un derecho del ejercicio de libertad de decidir, pero este no se corresponde a un daño moral, aunque en la suma de todos los perjuicios que se podrían causar por atentar contra el derecho a la libertad, podría estar este. Si se entiende el daño moral como aquel que a pesar de ser un daño a la persona, es un daño a la parte afectiva, caracterizado por el dolor físico y psíquico, éste no tiene nada que ver con un daño a la libertad, donde se atenta contra un derecho Constitucional. Además el hecho de no sufrir un dolor físico o psíquico, no quiere decir que no hay un daño a la libertad, por ser un daño a un derecho personalísimo que tiene que ver con el proyecto de vida.

Lo anterior significa que: (i) Aunque del tratamiento o intervención aplicados al paciente, en los eventos en los cuales se requiera su consentimiento previo, no se hubiera derivado un desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente, habrá lugar a indemnización, cuando no se hubiera contado con su consentimiento debidamente informado (...), porque el daño que se indemniza no es el corporal sino la afectación de su derecho a decidir libremente sobre su cuerpo y sobre su vida, es decir, que el daño consiste en la vulneración de sus derechos a la Dignidad Humana, a la Autonomía y a la Libertad; (ii) Si a pesar de la materialización del riesgo que se tradujo en un resultado desfavorable para el paciente, la institución

médica acredita que el paciente hubiera dado su consentimiento, de haber sido enterado de los riesgos de la intervención, no habrá lugar a la reparación (...) (iii) Si en la intervención médica se materializaron los riesgos típicos de la misma y no se obtuvo el consentimiento informado del paciente, habrá lugar a la indemnización del daño causado, el cual no consiste en el daño corporal en sí, sino el desconocimiento del derecho del paciente a disponer libremente de su cuerpo y de su vida, conforme a sus elecciones éticas.

Como se dijo previamente, el daño a la vulneración del derecho a la dignidad, a la autonomía o a la libertad y su reparación, no tiene nada que ver con el hecho de que se logre demostrar con posterioridad, que el paciente hubiera dado su consentimiento, pues en la oportunidad debida se le limitó su derecho y fue allí y solo allí, donde se causó el daño, así este ya hubiera desaparecido; pues sería, como si por el hecho de haber desaparecido el dolor físico o psíquico al momento de su reclamación, éste se alegrara como no existente. Además, como se expuso, la posibilidad de que un daño se dé y exista, no depende de su manifestación física, no tiene que dejar secuelas físicas o psíquicas para que exista, máxime cuando se está ante un daño como el derecho a la libertad, que es un bien distinto al daño a la integridad psicofísica o a la vida.

El daño que sufre el paciente como consecuencia de la materialización de los riesgos típicos que no consintió, constituye un daño diferente al que se causa como consecuencia de una falla en la prestación del servicio médico, daños que podrán coexistir, en tanto el primero constituye una falla del servicio que afecta la autonomía del paciente, que es diferente al de la prestación misma del servicio terapéutico y el segundo una falla del servicio médico que afecta la salud e integridad física del paciente a quien se causa un daño como consecuencia de una práctica médica errada.



Posición esta acertadísima y acorde con lo expuesto hasta el momento.

Ahora bien, la medida del daño moral en los eventos de falta de consentimiento informado deberá establecerse en relación con el mayor o menor desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente; el “carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”; la incidencia de ese tratamiento sobre su vida, y la existencia o no de alternativas menos riesgosas, entre otros factores que deben servir al juez para establecer la cuantía de la indemnización.

Se insiste nuevamente en que para que un daño se dé y exista, no depende de la existencia de una secuela físicas o psíquica; además, en lo que respecta a las condiciones de salud del paciente, lo invasivo y agobiante del tratamiento, la incidencia en la vida del paciente, en nada tiene que ver con lo que el individuo se sienta afectado por la limitación al ejercicio de su libertad, pues en esa autodeterminación, es donde se valoran los derechos que se tiene, el ejercicio de los mismos y a la exigencia de su protección. En lo que tiene que ver con la cuantía de la indemnización, la jurisprudencia como ha hecho con otros perjuicios extrapatrimoniales debería tener unos topes que sirvan para compensar al individuo.

Desde esa perspectiva, el nexo de causalidad se establece entre la omisión de la institución médica de advertirle al paciente la existencia de un riesgo que finalmente se materializó y le generó un daño corporal y el sufrimiento moral que ese resultado causó al mismo por haberse practicado la intervención sin su consentimiento.

El nexo causal no puede estar fundamentado entre la materialización de un riesgo no informado y el sufrimiento moral que ese resultado le causó por haberse realizado la intervención sin su consentimiento, el nexo causal debe ser, en sana lógica jurídica, entre la falta de obtener un consentimiento o su obtención en indebida forma y el daño a la

libertad que afecta el proyecto de vida, pues el daño moral puede coexistir con este, pero es un daño completamente diferente.

Por todo lo expuesto, es completamente pertinente la conclusión a la que llega la Consejera cuando dice; eso sí, teniendo en cuenta de que estos daños no son un daño moral.

En síntesis, para que se genere la obligación de reparar el daño causado por una intervención médica no consentida, no se requiere que dicha intervención cause al paciente un daño corporal. La materialización o no de los riesgos propios de la intervención de que se trate, cuando éstos debieron y pudieron haber sido advertidos al paciente, constituye un asunto marginal en este tipo de daño, porque el mismo se causa con la sola omisión del deber de obtener el consentimiento informado del paciente, o de quienes deban decidir por él, en tanto es esa omisión la que afecta sus derechos a su Dignidad, su Autonomía y su Libertad, los cuales constituyen en sí mismos bienes inherentes al ser humano, susceptibles de reparación cuando sean vulnerados.

El daño a la libertad no se corresponde a un daño moral como lo sostiene la Consejera ponente, y es que debe partirse de que no hay una definición unívoca del daño moral, en Colombia se ha considerado de vieja data por la jurisprudencia como el dolor físico como consecuencia de las lesiones corporales (*pretium doloris*) que sufre una persona y el dolor moral (*pretium afecctionis*) entendida como la tristeza y la amargura de una persona por haber sufrido una lesión física o como consecuencia de la muerte o lesión física a un ser querido o incluso por la pérdida de cosas materiales. Al respecto varios tratadistas han definido el daño moral de manera semejante como: (...) El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento, y la aflicción, compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez (Henao et al., 2007, pág. 244)., también Álvarez P ha dicho (2011):

En síntesis estamos frente al dolor interno de una persona por afectaciones graves en su estado de salud, honra, bienes, que generan tristeza, angustia, depresión, pesar, congoja, (...) una serie de sentimientos propios de la persona (...), que afectan su estado sicofísico, pero que por su contenido subjetivo, en ocasiones se hace difícil su cuantificación, naturalmente carente de patrones objetivos, científicos y materiales (...) precisados los anteriores aspectos del daño moral, podemos decir que éste se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas; en este caso estaríamos en la órbita de otro tipo de perjuicio.(p.178)

Al llegar a este punto, se hace necesario hacer referencia a las posibles diferencias y semejanzas entre el daño moral y daño a la libertad, que permiten reforzar su calidad de daño autónomo. a) La compensación de perjuicios morales repara el dolor físico y psíquico de la víctima, mientras que el daño a la libertad repara la violación a la posibilidad de autodeterminarse, es decir en el daño moral hay una vulneración a los sentimientos mientras que en el daño a la libertad se atenta contra la posibilidad de decidir sobre la mente y el cuerpo, b) Jurisprudencialmente el daño moral no se reconoce en las personas que fallecen instantáneamente; en el daño a la libertad, si se presentara la muerte como consecuencia de un evento donde no se dio el consentimiento, la vulneración a la posibilidad de decidir se causó previamente al evento muerte, por lo tanto debe reconocerse en cabeza de la víctima directa. c) Ambos daños no se indemnizan sino que se compensan, d) La existencia de ambos daños pueden probarse por cualquier medio probatorio. e) El daño moral se presume para la víctima directa y para sus familiares más cercanos, el daño a la libertad sólo se presume

para la víctima directa. f) El daño moral lo sufren las víctimas directas e indirectas, el daño a la libertad sólo la víctima directa, g) La determinación de la cuantía en ambos daños corresponde al juez mediante el "*arbitrium iudicis*".

También es pertinente hacer referencia a sus diferencias con los daños a la vida de relación o lo que se viene aceptando como daño a la salud por el Consejo de Estado; no puede asimilarse ambos, pues los daños a la vida de relación tienen que ver más con el ejercicio en una dimensión social. Al respecto se trae a colación lo dicho frente al daño a la vida de relación sostenidas por la Corte Suprema de Justicia et al.(2008):

El perjuicio, (...) puede ser padecido por la víctima directa o por otras personas cercanas, tales como el cónyuge, los parientes o amigos, y hace referencia no solo a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que también puede predicarse de actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, requieren de un esfuerzo excesivo, o suponen determinadas incomodidades o dificultades. Se trata, pues, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior.

La Corte entonces, establece unas características, las cuales se irán analizando una a una en la medida en que se cita cada literal, para diferenciarlas del daño autónomo a la libertad:

(...) el daño a la vida de relación se distingue por (...): a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado.

En lo que respecta a este punto, se puede considerar que son completamente similares, pues afectan derechos extrapatrimoniales,

inasibles, no visibles sino a través de fenómenos físicos, donde se incluyen todos los derechos fundamentales.

b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho.

Se sostiene de acuerdo a lo desarrollado en este artículo que la proyección en el daño a la libertad es sobre la esfera interna del individuo, pues a pesar de que la limitación a la libertad es en el momento de la decisión, el daño es en el fuero interno del ser humano, donde se vivencia este derecho fundamental, el cual es inalienable.

c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico.

Ahora bien, como se ha afirmado en acápites anteriores, aunque un daño a la libertad pudiera manifestarse de esta forma, no necesariamente tiene que ser así, pues el ejercicio interno de la misma puede que no tenga manifestación en lo físico y no por esto se descarta su existencia.

d) no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos.

El daño al proyecto de vida podría tener fundamento en daños corporales, pero para el caso del consentimiento informado, sólo lo tendría por el daño a un derecho fundamental llamado libertad y es por eso, que la materialización del daño, no tiene nada que

ver con su indemnización, como se estableció previamente en este estudio.

e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y estos.

En este caso, a diferencia de los daños a la vida de relación y los daños morales, el daño a la libertad de acuerdo a la posición que viene desarrollándose, sólo podría ser sufrido por la persona misma a la que se le vulneró el derecho de decidir, pues sólo a ella afecta el que hayan intervenido en su salud mental, sin que ella hubiese consentido libremente y de acuerdo a su autodeterminación. En poco se afectarían terceros diferentes a ella, por el carácter personalísimo del derecho vulnerado.

f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan.

En este punto puede decirse de lo analizado que no hay diferencias sustanciales entre ambos daños, ni tampoco con los daños morales.

g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extramatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido

en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas.

En igual sentido y como uno de los ejes centrales de este trabajo, se busca el reconocimiento del daño a la libertad como daño autónomo, excepto que no tiene una afectación en la vida social, sino en aquello que le es más profundo al ser humano, su libertad.

Ahora bien, de lo anteriormente expuesto podría decirse que de diferentes formas, la omisión del consentimiento informado puede causar daños patrimoniales, llámense éstos daño emergente o lucro cesante, o daños extrapatrimoniales como daño moral, daños a la vida de relación o su denominación actual por el Consejo de Estado como daño a la salud o un daño autónomo a la libertad, como interés Constitucional.

Resultados Entrevistas a Psicólogos

Con ánimo simplemente exploratorio de esta problemática, dentro de la investigación se aplicó además una entrevista semiestructurada (Anexo 1) a 11 psicólogos del Valle de Aburrá, teniendo en cuenta los siguientes parámetros de selección: 1) Que pertenecieran a una de las tres corrientes psicológicas a saber: cognitivos, dinámicos y humanistas; 2) Que fueran psicólogos clínicos 3) Que fueran profesionales egresados antes y después del año 2006. Estos parámetros se tuvieron en cuenta con el fin única y exclusivamente, de obtener una muestra lo más heterogénea posible, y sin interés de hacer diferenciaciones de acuerdo a esas variables. La entrevista se aplicó para establecer si obtienen el consentimiento informado en cada una de sus actuaciones terapéuticas que realizan con sus pacientes y cómo lo ejecutan, si consideran que hace parte de sus obligaciones, si pueden o no ser responsables por no diligenciarlo, entre otros.

En lo que respecta al concepto del consentimiento informado que poseen los psicólogos, puede decirse en términos generales que todos lo tienen claro, aunque sólo expresan algunas de las características y parte de la información que debe contener, dos de ellos hacen referencia a los riesgos que se deben advertir, otros dos hacen referencia al consentimiento como un formalismo. Cuatro consideran que el consentimiento se debe hacer en la primera sesión, dos que solamente debe realizarse cuando se va a aplicar un test, para el resto es importante realizarlo de manera continua, sólo uno de ellos habla de la importancia de que la información sea más cualificada con el avance del proceso. Llama la atención que uno especifica que el consentimiento tiene que ser muy amplio para evitar estar renovándolo constantemente, pues ésta es una figura estática.

Diez psicólogos expresan que lo realizan en la actualidad, dos sólo lo realizan en el sector institucional, uno sólo lo hace cuando van a aplicar un test o en una investigación o solo si es para atender a menores o a personas con problemas mentales, pero no en terapia clínica de manera general. Aquellos que no lo realizaron lo justifican en falta de tiempo, que no genera un riesgo jurídico, no les enseñaron a realizarlo y además que el psicólogo no lo asume como una figura relevante jurídicamente. Todos dicen que el consentimiento debe ser por escrito, aunque cuatro consideran que debe ser verbal si la intervención tiene efectos leves, pero aclaran que como prueba es mejor que sea por escrito. Cinco expresan que puede ser en un documento aparte, cuatro en la historia clínica y dos que puede ser en ambas, uno habla de que puede ser tácito y debe ser realizado en todas las áreas de la psicología.

No saben de manera consistente si el consentimiento informado es obligatorio, explican que es para evitar demandas, para que el psicólogo se autorregule y no abuse de los pacientes; sin embargo, aquellos que no saben si es obligatorio, consideran que debería

serlo por respeto con el paciente. Ninguno habla del respeto a la libertad y autonomía del paciente. Consideran que el consentimiento es importante porque evita confusiones, ya que el paciente conoce los riesgos, las características y beneficios de la terapia, es una prueba documental. De los psicólogos entrevistados siete consideran que puede haber efectos desde el punto de vista jurídico, aunque pareciera más una confusión con una responsabilidad ética, no conocen una norma que los haga responsables. Cuatro de ellos expresan que no hay ningún efecto jurídico. Los que consideran que si tiene un efecto jurídico, comentan que no exonera el realizar el consentimiento cuando hay un procedimiento inadecuado.

Para nueve de los entrevistados, la ausencia del consentimiento genera un daño al paciente, ya que con la terapia puede aparecer cualquier otro síntoma o diagnóstico, además de la dependencia del paciente con el psicólogo. Con la terapia el paciente puede tomar decisiones vitales en el campo personal, familiar y social que lo lleva a sumir una vida diferente. Sólo dos de los entrevistados consideran que con la ausencia de consentimiento no se genera un daño, solo hay daños por una práctica inadecuada, ya que el consentimiento es más un respaldo jurídico. En lo que respecta a la terapia, consideran la mayoría que es muy riesgosa porque el psicólogo trabaja con lo intangible, se pueden generar crisis sobre situaciones que la persona no quiere confrontar, los daños pueden ser suicidios, depresiones, entre otros.

Todos consideran que el paciente puede revocar el consentimiento informado porque la terapia se basa en la voluntad del paciente, excepto que haya un problema mental grave. Se debe permitir que suspenda el consentimiento por respeto a la persona; sin embargo, esta decisión debe quedar por escrito, acompañado de las causas y los riesgos a los cuales se expone. Sólo uno de los entrevistados considera que en este evento debe hacerse un nuevo consentimiento, porque se inicia otro proceso terapéutico.

Ocho de los psicólogos consideran que cuando se suspende el proceso, debe haber un registro en la historia clínica, independiente de que haga o no un consentimiento nuevo. Cinco comentan que debe hacerse otro consentimiento, siendo relevante advertir al paciente de la importancia de la terapia, los riesgos de no continuar con la terapia o de la remisión a otro profesional, dos especifican que no es posible que el paciente rechace parte del proceso, sino que es aceptar el todo o nada, porque se rompe el vínculo terapéutico. Seis expresan que no le haría firmar ningún documento, sólo le darían indicaciones si las condiciones mentales lo permiten y se evaluaría la posibilidad de comunicar la situación a un familiar. Cuando el paciente deja de asistir a terapia y no logran firmar otros documentos, insisten en llamarlo, intentando que vuelva a una sesión y se cierre el proceso, si no es posible, se contacta a los familiares para firmar un documento.

Si el paciente no puede dar su consentimiento, todos comentan que la autorización la deben dar los padres o el responsable del paciente y consideran que ese consentimiento es válido, aunque el menor en algunas ocasiones puede dar su asentimiento. Uno de los entrevistados expresa que cuando el paciente no sabe firmar o escribir, debe haber un testigo que lo haga sin suplantar nunca su consentimiento.

En lo que respecta a la exoneración de la responsabilidad por el consentimiento informado, seis consideran que no exonera cuando se realizan procedimientos inadecuados, pero si exonera cuando se hacen evidentes los riesgos informados inherentes a la patología. Sólo uno especifica que el consentimiento nunca exonera, ya que si se genera un daño, el psicólogo siempre debe responder y otro sostiene que exonera desde lo jurídico, pero no desde lo ético. Los obstáculos que encuentran para obtener el consentimiento son que el paciente tenga que firmar, por el temor de que los datos escritos son íntimos, que el paciente no tenga capacidad intelectual, que el paciente considere que no es necesaria la información, que la familia no

quiera que el paciente conozca su diagnóstico; uno expresa que el desconocimiento de que los psicólogos no conozcan que el consentimiento es obligatorio y genera responsabilidad civil. Cuatro de los entrevistados expresan que no existe ningún tipo de obstáculo.

En la medida en que se hace la terapia psicología se descubren nuevos riesgos, por lo tanto debe hacerse un consentimiento continuo, cada que se hace un reencadre o cambian las situaciones, lo expresan algunos. Uno de ellos comentó que procura hacer todo en un consentimiento informado al principio y no hacer reconveniones, si le toca hacerlas las hace de manera verbal, uno solo expresa que el consentimiento informado debe ser al principio.

Cuando se les preguntó si en la práctica clínica observaban que sus colegas realizaban el consentimiento y la historia clínica, solo dos expusieron que sí, el resto expresaron que habitualmente no encuentran que los hagan. Tres comentan que son más laxos en el sector privado frente a estas obligaciones, solo dos expresan que se realiza adecuadamente en todas las áreas. Los psicólogos son más rigurosos en la realización de la historia clínica y el consentimiento informado en el sector público. Para tres de ellos cuando no se realiza el consentimiento se le vulnera al paciente el derecho fundamental a elegir libremente y a la integridad psicológica.

Ante la pregunta de si agregarían algo más a la entrevista expusieron que: a) Las facultades deben darle más preponderancia a lo jurídico y comprender que la psicología hace parte del área de la salud y por lo tanto hay mayor responsabilidad del psicólogo, b) Para aplicar el consentimiento informado hay que tomar en cuenta la lógica de cada una de las corrientes, c) Es un asunto que ha estado ausente de los procesos de formación y el no conocer la ley no los exonera y no conocen las implicaciones civiles, legales y sociales de la no realización del consentimiento informado.

Conclusiones

El consentimiento informado es una obligación legal y por lo tanto el psicólogo tiene que obtenerlo adecuadamente, independiente de la corriente psicológica a la que se adscriba.

Al prolongarse en el tiempo el proceso terapéutico, el consentimiento debe ser continuo y recreado todo el tiempo, por los cambios en las condiciones psicológicas del paciente.

El consentimiento en psicología debe tener una información más cuantificada y cualificada de lo que la ley establece, ya que debe considerarse la terapia un procedimiento riesgoso de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con fundamento en que el paciente tiene condiciones de vulnerabilidad y que en el proceso terapéutico pueden aparecer efectos secundarios negativos y riesgos que generan daños, que deben ser informados, para evitar reclamaciones desde la responsabilidad civil.

Por ser el consentimiento la manifestación de la autonomía del paciente, el hecho de no obtenerlo es un ilícito que puede afectar diferentes derechos constitucionales como la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, con la vulneración de estos se pueden producir daños tradicionalmente aceptados y uno autónomo por daño a la libertad.

El daño a la libertad es un daño en el fuero interno del individuo que puede o no manifestarse en lo fenomenológico, su no manifestación no implica su inexistencia. El atentado a la posibilidad de decidir violenta el ejercicio de la autonomía y vulnera la dignidad humana y este daño debe ser indemnizado.

El reconocimiento de este daño, no depende de que se materialice un riesgo no informado, porque estos serían un daño a la salud y el otro un daño a la libertad, con nexos causales diferentes. El daño a la libertad debe reconocerse autónomamente, pues la materialización de un riesgo se da con o sin consentimiento informado.

El daño a la libertad es aplicable a cualquier área de la salud y del conocimiento. El daño a la libertad debe ser compensado igual a como se ha hecho con otros daños extrapatrimoniales y la valoración de los elementos de la responsabilidad por el juez debe ser diferente.

Los psicólogos entrevistados de manera general tienen un concepto restrictivo frente a las características, la calidad y cantidad de información en el consentimiento que deben realizar.

Algunos psicólogos conocen que es obligatorio, consideran que es importante porque el paciente conoce los riesgos, beneficios y características de la terapia, todos consideran que debe ser por escrito, por la importancia probatoria.

Para la mayoría, si no se da un consentimiento informado se puede causar un daño al paciente y además consideran que la terapia psicológica es un procedimiento riesgoso.

Todos consideran que el consentimiento informado puede ser revocado de manera definitiva, expresa o tácitamente, tienen reparos frente a la posibilidad de suspender temporalmente el proceso; pues se iniciaría un proceso terapéutico nuevo. Cuando no puede el paciente dar su consentimiento lo podrían dar otros por él.

Como obstáculos para realizar el consentimiento informado expresan que el temor del paciente por revelar información personal, su resistencia a firmar, y el hecho de que los psicólogos no consideren que es obligatorio el consentimiento informado.

La mayoría consideran que hay efectos jurídicos por no realizar el consentimiento pero la confunden con una responsabilidad ética, y que sólo exonera cuando el procedimiento es hecho de manera adecuada.

Aunque refieren que realizan el consentimiento informado parece ser que cuando están en el consultorio particular no lo realizan, solo en el institucional porque están vigilados.

La mayoría consideran que la academia debería preocuparse más por formarlos en el área legal de manera permanente.

Referencias

- Álvarez, P. (2011) *Los Daños Inmateriales: Estado de la Jurisprudencia en Colombia y en el Derecho Comparado. En Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor Javier Tamayo Jaramillo* (pp. 169 – 209). Medellín: Ed Diké.
- Álvarez, P., & Martínez. R. (2006). *Estado Actual de la Jurisprudencia en Relación con los Perjuicios Inmateriales*. Revista Responsabilidad civil y del Estado. (20), 160-185.
- Castaño, M. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica* (primera ed.). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Castilla G., A., & Castilla S.J., M. (Octubre a Diciembre de 2001). *El consentimiento informado en psicoterapia*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.
- Compas, B., & Gotlib, I. (2003). *Introducción a la psicología clínica*. México: Mc. Graw Hill.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (segunda ed.). (Á. Martínez S., Trad.) Barcelona, España: BOSCH casa editorial S.A.

- Echeburúa, E., & de Corral, P. (2001). *Eficacia de las terapias psicológicas: de la investigación a la práctica clínica*. Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud. (1), 181-204.
- Fernández S., C. (1996). *¿Existe un daño al proyecto de vida?* Obtenido de <http://www.scius.com/srsapp/a%C3%B1o+al+proyecto+de+vida&t=all&sort=0&g=s>.
- Fernández S., C. (2001). *Apuntes sobre el daño a la persona*. Lima, Perú: Diké. Obtenido de <http://www.dike.pucp.edu.pe/>
- Fernández S., C. (2011). *La responsabilidad civil de médico y el consentimiento informado* (primera ed.). Lima, Perú: Motivensa editora jurídica. Gil B., E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Sexta ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. (Segunda reimpresión ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Herrera S., P., Fernández G., O., Kruase J., M., Vilchés A., O., Valdés, N., & Dagnino, P. (2009). *Revisión Teórica y Metodológica de las Dificultades en Psicoterapia: Propuesta de un Modelo Ordenador*. Terapia Psicológica, 27(2), 169-179.
- Jaramillo, C. (2010). *Responsabilidad Civil Médica* (Primera ed., Vol. I). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Colección Ensayos N° 8, Pontificia Universidad Javeriana.
- Jourdain, P. (Enero-Junio de 2011). *Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil*. Revista de Derecho Privado (20), 361-369.
- Koteich K., M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. (primera ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Lorda, P. (2008). *La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 28(2), 66-88.
- Lorenzetti, R. (2005). *Responsabilidad civil de los médicos* (primera ed.). Lima, Perú: Editora jurídica Grijley.
- Muñoz F., S. (Junio de 2010). *La elección ética. Sobre la crítica de Kierkegaard a la filosofía moral de Kant*. Estudios filosóficos (41), 81-109.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1948). Obtenido de Organización de las Naciones Unidas (ONU): <http://www.un.org/es/documents/udhr/> julio 3 de 2013.)
- Ortiz L., A., & Ibáñez R., V. (Noviembre-Diciembre de 2011). *Iatrogenia y prevención cuaternaria en salud mental*. Revista Española de Salud Pública, 85(6), 513-523.
- Sánchez C., J., & Sánchez C., J. (1998). *Consentimiento informado y psiquiatría. Una guía práctica*. (primera ed.). Madrid, España: Mapfre.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 190012331000200300385-01 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera 15 de Agosto de 2007.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 63001-23-31-000-1997-04547-01 (15737) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera 23 de Abril de 2008.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sentencia 20001-23-31-000-2001-00041-01(32651) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera 18 de marzo de 2010.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 190012331000200100757 01. (31.252), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera 11 de julio de 2013.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11001-3103-006-1997-09327-01 Sala de Casación Civil 13 de Mayo de 2008.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 221 de 1994. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 239 de 1997. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 214 de 1997. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-214-97.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 124 de 1998. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-124-98.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU 337 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 551 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 581 de 2001. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-581-01.htm>.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 1025 de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-1025-02.htm>.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 412 de 2004. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-412-04.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 639 de 2010. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-639-10.htm>



República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 452 de 2010. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Versión digital disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-452-10.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 653 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-653-08.htm>.

Tamayo J. J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. I). Bogotá, Colombia: Legis editores S.A.

Valencia Z., A., & Ortiz M., Á. (2011). *Derecho Civil Parte general y personas* (Vol. I). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Velásquez P. O. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Yepes R., S. (julio de 2009). *El daño indemnizable en el consentimiento informado del paciente*. Responsabilidad Civil y del Estado (25), 125-139.



Anexo 1

Universidad Pontificia Bolivariana

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Civil

Tema: La responsabilidad civil del psicólogo por el incumplimiento en el deber de información en la terapia clínica.

I. Intención de la entrevista y uso de la misma

La presente entrevista tiene como intención de explorar que concepto poseen los psicólogos frente a la obtención del consentimiento informado, cómo llevan a cabo su implementación y las dificultades que enfrentan para su cumplimiento.

La misma se desarrolla en el marco del proyecto de investigación que se adelanta para optar al título de Magister en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, denominado “ EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PSICÓLOGO, POR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO AUSENTE O INADECUADO EN LA TERAPIA CLÍNICA”, la cual tiene como objetivo: Determinar cuáles son los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales, que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, puede generarle el psicólogo al paciente por no brindar información o brindarla de manera insuficiente o inadecuada, para la obtención del consentimiento informado en el proceso terapéutico; o si es posible en éste caso establecer la existencia de otro tipo de daño.

Los datos suministrados en la presente entrevista serán utilizados a fin de dar respuesta a la pregunta de investigación planteada y como fuente para las conclusiones a las cuales se llegue

Nombre:

Sexo: F _____ M _____

Tiempo de ejercicio profesional: _____

Desempeño laboral: Institucional _____

Consultorio particular _____

Otro ¿Cuál? _____

Corriente: _____

1. ¿Qué es para usted el consentimiento informado?
2. ¿En qué momento usted aplica el consentimiento informado?
3. ¿Desde cuándo?
4. ¿Cómo considera usted que debe consignarse el consentimiento informado?
5. ¿Qué información considera usted que debe dársele al paciente para obtener su consentimiento?
6. ¿Sabe usted si es obligatorio realizar el consentimiento informado en terapia clínica?
7. ¿Cuál es el fundamento?
8. ¿Qué concepto tiene usted acerca de la obligatoriedad de realizar el consentimiento informado en la terapia clínica?
9. ¿Qué daños podría causársele al paciente cuando no se obtiene su consentimiento en el proceso terapéutico?
10. ¿Por qué considera usted que es importante realizar un consentimiento informado con el paciente?
11. ¿Conoce usted qué implicaciones jurídicas y profesionales puede tener el no realizar el consentimiento informado?
12. ¿Considera usted que el paciente puede suspender o revocar el consentimiento durante el proceso terapéutico?



13. ¿Cuál será el procedimiento a seguir en éste caso?
14. ¿Quién cree usted que puede dar consentimiento para realizar terapia por el paciente y en qué casos?
15. ¿Si el paciente rechaza el proceso terapéutico, debe registrarse tal decisión?
16. ¿Cuál sería el procedimiento?
17. ¿En qué casos considera usted que el consentimiento exonera al psicólogo desde el punto de vista jurídico?
Si: Esto significa que el no considera que debe reevaluar el proceso terapéutico.
Nunca: ¿Por qué?
Alguna: ¿Cuáles?
18. ¿Es para usted fácil obtener el consentimiento informado o en qué situaciones se le dificulta aplicarlo?

Gracias



Anexo 2

Consentimiento Informado para participantes de la entrevista

La presente entrevista tiene como intención explorar el concepto que poseen los psicólogos frente a la obtención del consentimiento informado, cómo llevan a cabo su implementación y las dificultades que enfrentan para su cumplimiento.

La misma se desarrolla en el marco del proyecto de investigación que se adelanta para optar al título de Magister en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, denominado: “EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PSICÓLOGO, POR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO AUSENTE O INADECUADO EN LA TERAPIA CLÍNICA”, la cual tiene como objetivo: Determinar cuáles son los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales, que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, puede generarle el psicólogo al paciente por no brindar información o brindarla de manera insuficiente o inadecuada, para la obtención del consentimiento informado en el proceso terapéutico; o si es posible en éste caso establecer la existencia de otro tipo de daño.

Los datos suministrados en la presente entrevista serán utilizados a fin de dar respuesta a la pregunta de investigación planteada y como fuente para las conclusiones a las cuales se llegue

La presente investigación es realizada por Carlos Mario Gallego Ospina, estudiante de la maestría.

Si usted accede a participar en este estudio, se le pedirá responder las preguntas de una entrevista. Lo que conversemos durante estas sesiones se grabará, de modo que el investigador pueda transcribir después las ideas que usted haya expresado.

La participación en este estudio es estrictamente voluntaria. La información que se recoja será confidencial y no se usará para ningún otro propósito fuera de los de esta investigación. Sus respuestas a la entrevista serán codificadas usando un número de identificación y por lo tanto, serán anónimas.

Si tiene alguna duda sobre este proyecto, puede hacer preguntas en cualquier momento durante su participación e igualmente puede retirarse del proyecto en cualquier momento. Si alguna de las preguntas durante la entrevista le parecen incómodas, tiene usted el derecho de hacérselo saber al investigador o de no responderlas.

Gracias por colaborar con el desarrollo profesional del Derecho y la Psicología.

Yo _____, identificado con C.C. _____ acepto participar voluntariamente en esta investigación, conducida por Carlos Mario Gallego Ospina. Expreso que he sido informado (a) de que la meta de este estudio es _____

Me han indicado también que tendré que responder las preguntas en una entrevista. Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial



y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirarme del mismo cuando así lo decida.

Firma del Participante

C.C.

Fecha:

Forma de citar: Gallego, C. (2015). El Daño en la Responsabilidad Civil del Psicólogo: por un Consentimiento Informado Ausente o Inadecuado en la Terapia Clínica. *Rev. CES Derecho*, 6 (2), 138-174.

