



Prolegómenos

ISSN: 0121-182X

ISSN: 1909-7727

Universidad Militar Nueva Granada

Correa Martínez, César Alberto; Tirado Álvarez, María
Margarita; Pinilla León, Jenniffer; Báez Mesa, Dacmar Andrea
La libertad negativa como fundamento del derecho a no saber*
Prolegómenos, vol. XXVI, núm. 51, 2023, Enero-Junio, pp. 11-25
Universidad Militar Nueva Granada

DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.6470>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87677728002>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



La libertad negativa como fundamento del derecho a no saber*

César Alberto Correa Martínez^a ■ María Margarita Tirado Álvarez^b
■ Jenniffer Pinilla León^c ■ Dacmar Andrea Báez Mesa^d

Resumen: El “derecho a no saber” es una garantía reconocida a los pacientes, que viene cobrando importancia dentro de los estudios del derecho a la información y la asistencia médica y, por ende, no ajena al derecho, a la medicina y a las disciplinas relacionadas con ellas. Si bien surge como un llamado al respeto del paciente de no conocer información genética irrelevante o dañina, en la actualidad su aplicación se supone en todos los niveles y formas de asistencia en salud, existiendo un deber de permitir su aplicación en Colombia. Es tal su importancia, que fue incluido como uno de los elementos del derecho de información de los pacientes, tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado (CE), aunque su desarrollo doctrinal ha sido escaso en el país. El “derecho a no saber”, cuyos fundamentos jurídicos son similares a los del ‘derecho a saber’, tiene su cimiento en la concepción de la actuación autónoma de las personas y el respeto por las decisiones voluntarias que los ordenamientos garantizan a las personas, como es el caso colombiano. Continuando con lo

-
- * El presente artículo es de Investigación, y como resultado de los siguientes proyectos: 1. “Migración y Trata de Personas. La Ruta del Darién y la Bestia”, identificado con el número 86923 del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Empresa, financiado por la Institución Universitaria Politécnico Granacolombiano; del proyecto NV-DER-3441, financiada por la Universidad Militar Nueva Granada; y del Proyecto 2280006-FO, titulado “La autonomía de la voluntad del paciente frente a los sistemas sanitarios: entre la necesidad y la libertad personal” financiado por la Universidad Santo Tomás.
 - a Abogado, especialista en derecho médico sanitario, magíster en derecho público y doctor en derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, cuya tesis, sobre el derecho a no ser informado, fue reconocida como cum laude; docente e investigador de la Institución Universitaria Politécnico Granacolombiano y la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: calcorrea@poligran.edu.co y cesarcorrea.m@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1242-4922>
 - b Abogada, magíster en ciencias penales y criminológicas, candidata a doctora en derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente investigadora de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia); integrante del grupo de investigación RESCYPP de la Facultad de Derecho de la misma institución. Correo electrónico: María.tirado@unimilitar.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6947-981X>
 - c Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana y magíster en derecho de la Universidad Externado de Colombia; docente de la Universidad Militar Nueva Granada y de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: Jenniffer.pinilla@unimilitar.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3152-0733>
 - d Abogada de la Universidad Santo Tomás, magíster en derecho contractual público y privado de la misma universidad, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: dacmarbaez@usta.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1669-1419>

anterior, concebimos además como obligación del ordenamiento jurídico la eliminación de los obstáculos injustificados y antijurídicos que no le admitan a la persona la posibilidad de decidir el 'no ser informada' en el ámbito médico asistencial, cuando se demuestra que a ello tiene derecho.

Palabras clave: derecho a la información médica; información en salud; derecho a la salud; derecho a no saber

Recibido: 05/10/2022 **Aceptado:** 26/12/2022 **Disponible en línea:** 17/10/2023.

Cómo citar: Correa Martínez, C. A., Tirado Álvarez, M. M., Pinilla León, J., y Báez Mesa, D. A. (2023). La libertad negativa como fundamento del derecho a no saber. *Prolegómenos*, 26(51), 11–26. <https://doi.org/10.18359/prole.6470>

Negative freedom as a basis for the right not to know

Abstract: The 'right not to know' is a guarantee recognized to patients, which has been gaining importance within the studies of the right to information and medical care and, therefore, is not alien to law, medicine, and related disciplines. Although it arises as a call to the patient's respect for not knowing irrelevant or harmful genetic information, its application is now assumed at all levels and forms of health care, and there is a duty to allow its application in Colombia. Its importance is such that it was included as one of the elements of the patient's right to information, both by the Constitutional Court and by the Council of State (CE). However, its doctrinal development has been scarce in the country. The 'right not to know,' whose legal foundations are similar to those of the 'right to know,' is based on the conception of the autonomous action of individuals and the respect for the voluntary decisions that the legal systems guarantee to individuals, as is the case in Colombia. Continuing with the above, we also conceive as an obligation of the legal system the elimination of unjustified and unlawful obstacles that do not allow the person the possibility of deciding 'not to be informed' in the medical assistance field when it is demonstrated that he/she has the right to do so.

Keywords: right to medical information; health information; right to health; right not to know.

A liberdade negativa como fundamento do direito a não saber

Resumo: O "direito de não saber" é uma garantia reconhecida aos pacientes, que vem ganhando importância dentro dos estudos do direito à informação e à assistência médica, e, como consequência, não alheia ao direito, à medicina e às disciplinas relacionadas com elas. Embora surja como um chamado ao respeito do paciente de não conhecer informação genética irrelevante ou prejudicial, na atualidade sua aplicação se supõe em todos os níveis e formas de assistência em saúde, existindo um dever de permitir sua aplicação na Colômbia. É tanto sua importância que foi incluído como um dos elementos do direito à informação dos pacientes, tanto pela Corte Constitucional quanto pelo Conselho de Estado, embora seu desenvolvimento doutrinal venha sendo escasso no país. O direito de não saber, cujos fundamentos jurídicos são similares aos do "direito de saber", tem sua base na concepção da atuação autônoma das pessoas e o respeito pelas decisões voluntárias que os ordenamentos garantam às pessoas, como é o caso colombiano. Nesse sentido, concebemos, além disso, como obrigação do ordenamento jurídico a eliminação dos obstáculos injustificados e antijurídicos que não admitam à pessoa a possibilidade de decidir o "não ser informada" no âmbito médico assistencial, quando se demonstra que tem direito a isso.

Palavras-chave: direito à informação médica; informação em saúde; direito à saúde; direito de não saber.

Introducción

La relación médico-paciente es un vínculo que ha pasado de jerárquico a igualitario; en ella, la información cumple un papel fundamental para lograr las finalidades de la atención sanitaria y el cumplimiento del núcleo esencial del derecho a la salud. En esta relación, la información, se convierte a la vez en conductor y requisito entre el deseo de recibir tratamiento para mejorar el estado de salud o ‘administrarlo’ en condiciones dignas, cuando se trate de pacientes con enfermedades terminales, huérfanas o catastróficas por parte del paciente y, el deber moral de aplicar una técnica y conocimientos específicos por parte del galeno; por tanto, la información como componente central se basa en elemento superior de la autonomía considerada filosóficamente como elemento de la libertad.

A partir de lo anterior, se plantea la necesidad de estudiar el deseo del paciente de permanecer ignorante sobre su estado de salud en relación con el conocimiento como medio y procedimiento dentro de la relación médico paciente. Partiendo de la afirmación de que esta posible incongruencia (la del derecho a saber y del derecho a no saber) no es tal, puesto que el ‘derecho a no saber’, como se denomina ese fenómeno en cabeza del paciente, se convierte en una garantía de la persona para exigir el respeto de sus derechos, especialmente la garantía de autodeterminación. De conformidad con lo anterior, el presente artículo se plantea la pregunta de ¿cómo se concibe el derecho a no ser informado en el derecho colombiano desde la teoría liberal, de acuerdo con la concepción jurídico nacional del derecho a la salud y su vinculación con aquél?

En cuanto a la atención en salud y la concepción de esta como bien primario y como derecho, ha habido avances importantes durante todo el siglo xx y no deja de repensarse y delimitarse en lo que vamos del XXI. Ello se evidencia en aspectos sobre su naturaleza jurídica (ha sido reconocido como derecho social, económico y político o como derecho fundamental) y en la práctica médico-asistencial (basada en los principios éticos o en el reconocimiento de la dignidad humana) y, sin embargo, siguen surgiendo nuevos fenómenos derivados de una preocupación teórica por garantizar al máximo la autonomía de la persona.

Estos progresos han estado especialmente relacionados con la identificación de derechos para las personas en su calidad de pacientes, así como la ampliación de las garantías de médicos y pacientes que materialicen el ideal de igualdad frente a un acuerdo general de que una persona enferma podría encontrarse en estado de indefensión física o mental. El anterior supuesto ha sido importante al momento de establecer una limitación de la capacidad decisoria del enfermo, tanto en el aspecto físico (el dolor) como el moral (la pérdida de un familiar enfermo o la angustia de una persona en estado crítico con respecto a sus familiares).

El primero y más relevante de los movimientos dentro de las ciencias sociales con relación a la práctica médica ha sido la de permitir que sea la persona quien tome las decisiones acerca de su cuerpo y mente, postura nacida con las doctrinas Schloendorff en 1914 y Bolam en 1945, constituyéndose en un territorio de autodeterminación de todo sujeto, incluyendo a quienes no sean considerados capaces por el derecho civil tradicional.

Esto gestaría el inicio y consolidación del principio de autonomía y, concomitantemente, obliga a que en condiciones normales el equipo médico no pueda suministrar tratamientos de ninguna índole a las personas si estas no lo han aceptado expresa o tácitamente (cuando la Ley obliga a la aplicación del principio de beneficencia si el paciente no puede decidir por sí mismo); y para decidir y aceptar, como veremos, se requiere de información.

Es por ello por lo que planteamos en el presente artículo una reflexión sobre los fundamentos de la autonomía entendiéndola como una manifestación del valor de la libertad y su ejercicio pleno en las condiciones sociales idóneas¹. La libertad, en tal sentido, dentro de su concepción tiene una vertiente negativa que explica la toma de decisiones personales sin obstáculos deliberados (Berlin, 2017, pág. 208) e incluso antijurídicos, con lo que aquí encontramos nuestro punto de partida de la defensa del ‘derecho a no saber’.

1 Rawls ha sido el más importante teórico acerca de la necesidad de existencia de condiciones sociales de bienestar para que el ser humano pueda considerarse libre e igual. Ver (Rawls, 2002).

Con relación a las decisiones basadas en el concepto de libertad negativa, se debe recordar que el reconocimiento de los derechos a través de textos constitucionales que, en el caso de Colombia están en el Capítulo Primero del Título Segundo de la Constitución de 199, en adelante (CPC), han llevado a la materialización de principios, tales como el del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) CPC, la libertad de conciencia en el artículo 18 CPC y el reconocimiento de la personalidad jurídica del artículo 14 CPC, derivados de la doctrina internacional de los derechos humanos que a su vez se fundamenta en los derechos naturales del hombre. Más allá de la inclusión del derecho a la salud como derecho social, económico y cultural (artículo 49) CPC, el mismo fue categorizado, a través de la doctrina constitucional como derecho fundamental autónomo, en el entendido de que los derechos del paciente en su ejercicio se relacionan con un derecho humano de primera categoría. Por tanto, a partir de este reconocimiento del derecho a la salud como fundamental, su relación con la libertad y la autonomía cobran más fuerza en ordenamientos como el colombiano.

En materia de información en salud, la Corte Constitucional de Colombia ha dictado un sinnúmero de decisiones, aunque, relacionado con los derechos sobre la información en salud (que la Corte llama información médica) resulta relevante referirse a la Sentencia T-1131 del 2004 en que plantea de forma general los elementos de la información en la relación médico paciente.

En esta sentencia, la Corte Constitucional reitera los elementos de la información y de los derechos del paciente en su relación con el médico, siendo uno de ellos la suficiencia de la información recibida/obtenida, la cantidad de información que desea recibir, consentir el tratamiento de acuerdo con razonamientos personales (y a no ser cuestionado en los mismos) y, el que resulta siendo el eje del presente artículo: el derecho a 'no saber'.

Resulta importante la posición de la Corte porque se ajusta a los desarrollos teóricos éticos y normativos del derecho internacional de finales del siglo XX que supuso la materialización, en leyes nacionales durante los primeros años de este siglo, de normas específicas que reconocían el derecho a no

saber, como sucedió en España en 2002 por medio de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre. Lo propio sucede en Francia por medio de la Ley 2002-303 del 4 de marzo. No hay que dejar de lado que ello sirvió para consolidar la doctrina del derecho a la salud bajo el contenido negativo de la libertad que, sumado al elemento de la información, han reconocido el derecho del paciente a no ser informado.

Esto significó romper la tradición en materia del derecho a la salud que concebía, en virtud de la protección de la salud del paciente, el deber de recibir la información². Sin embargo, con la manifestación hecha por la Corte Constitucional el país entró en el debate referido a que dentro del reconocimiento de la autonomía del paciente está el que pueda decidir no solo sobre su tratamiento, sino incluso sobre si desea o no recibir información y -aunque no lo ha dicho la Corte- entendiendo que ello no puede ser obstáculo para recibir el tratamiento deseado.

Ante todo lo anterior, vimos en la necesidad de analizar la autonomía del paciente a decidir no ser informado desde la libertad negativa, libertad de acción según Berlin, estudiado en las facultades de derecho de forma aislada dentro de los contenidos de filosofía del derecho y derecho constitucional general, tratando de encontrarle aplicación práctica. Por eso llegamos a la hipótesis de que a través de él podríamos justificar la posibilidad de los pacientes de rechazar la información en la asistencia en salud, a la vez que otorgando opciones tanto al paciente como al médico tratante en relación con el deber y derecho de informar. Así las cosas, queda el interrogante de cuál es la garantía del médico tratante ante la decisión del paciente de permanecer en la ignorancia.

2 Aunque también se reconoce el derecho a no recibir información, pero solo en el caso de que pueda ocasionarle daños en su cuerpo o mente y aumentar las posibilidades de desmejorar las condiciones del tratamiento, en lo que se conoce como privilegio terapéutico. En otras ocasiones existe un deber de silencio profesional, lejanamente equiparable, cuando el médico tiene el derecho a realizar anotaciones subjetivas.

Algunas posibilidades pueden advertirse desde ya, generando un debate acerca de la aplicabilidad por parte de los equipos médicos: que el paciente autorice que la información sea suministrada a otra persona o si puede disponer totalmente de esta prerrogativa, con lo que se advierte un nuevo asunto para ser tratado aparte. En cualquier caso, el médico deberá dejar constancia de la decisión del paciente en la historia clínica.

El presente artículo, resultado de los puntos comunes encontrados en dos investigaciones, pretende responder a la cuestión de la fundamentación del ‘derecho a no saber’ a partir de la concepción de la libertad negativa, especialmente establecida por Isaiah Berlin, logrando así fundamentar este fenómeno para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico y en la asistencia en salud en Colombia. Es una investigación de enfoque cualitativo y de aplicación descriptiva por medio de los cuales se analizó y caracterizaron los principales elementos y la interrelación entre ellos con el fin de proponer respuestas al planteamiento problemático. Finalmente se utilizó el método hermenéutico para plantear el diálogo entre el derecho representado por la normatividad y las decisiones jurisdiccionales, especialmente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, planteando un diálogo con la filosofía, la política y la filosofía liberal con el fin de fundamentar una respuesta a los problemas planteados en materia de derechos de los pacientes en el derecho colombiano.

En la primera parte del artículo haremos una introducción al derecho a no saber, para tratar de identificar su concepción y elementos constitutivos, la naturaleza y el surgimiento de este. En dicho capítulo abordamos una introducción a la noción de libertad, para, cuando se avance en el recorrido de la lectura, pueda entrelazarse las ideas sobre el fundamento y aplicación del derecho a no saber desde la perspectiva de la libertad negativa.

En el siguiente capítulo se hace un desarrollo del derecho a la salud en Colombia, mostrando la evolución de este y su relación con el derecho a la información, igualmente fundamental en virtud de la CPC. En él se pretende explicar la concepción que tiene el ordenamiento jurídico de la salud como derecho fundamental, elevado a tal categoría por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Finalmente, terminar con la estructuración conceptual de la libertad negativa desde la perspectiva teórico-filosófica y su relación, ahora sí justificativa a partir de las nociones de libertades fundamentales en el derecho colombiano, como argumento central del derecho a no saber.

Somos conscientes del debate tácito que puede surgir de la tesis defendida en este artículo: el derecho a no saber no puede implicar la desatención del paciente, sino el reemplazo de técnicas y procedimientos que hagan viable la correlación de las figuras del consentimiento informado, la autonomía y el derecho del paciente a no ser informado sin afectar la atención. Sobre ellas quedamos abiertos a seguir investigando.

Derecho a no saber

Dentro de la idealización de los derechos, cobra especial interés el concebirlos de un tipo u otro estudiándolos desde su fundamento. El fundamento es la base, la carga valorativa y argumentativa que permite concebirlos como una parte estructural y racional dentro de un medio que requiere justificar la existencia de instituciones, fenómenos y demás categorías jurídicas. No existen derechos que no puedan tener una explicación jurídico racional y, por tanto, que permitan una carga superior a la mera existencia dentro de un catálogo de prescripciones.

Gregorio Peces-Barba señala las diferencias entre los derechos subjetivos, constitucionales, fundamentales y libertades públicas, entre otras (2004). Sin embargo, podemos hablar de la salud como un derecho que tiene aspectos de cada uno de ellos, al menos en el ordenamiento colombiano y en especial desde la concepción de este como fundamental por la doctrina de la Corte Constitucional a partir del 2008 (*T-760-08 Corte Constitucional de Colombia*). Haberlo elevado a la categoría de fundamental significó su protección directa, la exigibilidad inmediata al Estado y la vinculatoriedad al ordenamiento jurídico y a los poderes públicos (Alexy, 2017, p. 5; Peces-Barba Martínez, 2004, p. 27).

Ahora bien, existe un vínculo entre los derechos, sean estos subjetivos o fundamentales que a su vez son un tipo de derechos constitucionales (Peces-Barba Martínez, 2004, pág. 27) vinculados

con los derechos de libertad, entendiendo a esta como la posibilidad de una acción humana (Alexy, 2017, p. 189). En virtud de ello y de los sentidos de la expresión libertad como idea, Isaiah Berlin distingue entre la positiva y la negativa, las relaciona con la posibilidad moral de tomar las propias decisiones considerándose su propio dueño, o con los actos que pudiera ejecutar cada ser humano (Berlin, 2017) y Alexy, por su parte, las diferencia entre la acción y la posibilidad de la acción: “con lo hasta ahora dicho, la libertad positiva y negativa se diferencian solo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste en una alternativa de acción”(Alexy, 2017, p. 190).

Como es este un artículo relacionado con la defensa de la libertad negativa en el aspecto del derecho de autodeterminación informativa y su consiguiente derecho de abstención de la información, implica sustentar el derecho a no saber en la relación médico paciente como una categoría novedosa en su forma, pero lógicamente estructurada en su fundamento. Para ello, debemos asegurarnos de que las implicaciones del derecho a la salud como derecho

fundamental, basado en la libertad individual negativa, queden resueltas, bajo el supuesto de su relación con el derecho de información y la posibilidad de acción frente a posibilidades legítimas.

La información es una condición de la atención médica que, junto con las intervenciones directas en salud, son los principales deberes tal y como reconoce Julio César Galán Cortés, cuando afirma:

Tener la información, es el paso previo para garantizar al paciente o usuario el derecho a decidir entre las distintas opciones que en la práctica se le pueden presentar, de resolver ante situaciones concretas, por lo que debe procurarse que la misma sea veraz (Galán Cortés, 2011, p. 364).

La información, en dicho sentido, se convierte en un derecho/deber, es decir un elemento en doble sentido, como hemos sostenido con anterioridad³. Es un derecho del paciente, a la vez que, del médico, pero también un deber que reposa en cabeza de ambos, como se presenta en el siguiente cuadro:

3 Ver: Correa Martínez, C. (2020), El derecho a no ser

	Derecho	Deber
Paciente	Tiene derecho a recibir información clara, pertinente y veraz (Art. 10 párrafo 1 Literal d de la Ley 1751 del 2015) y Sentencia T-1131 del 2004.	Suministrar oportunamente información clara y veraz sobre signos, síntomas, antecedentes y situaciones personales (Art. 10 párrafo 2 Literal h de la Ley 1751 del 2015) y se entiende como obligación indirecta por el artículo 15 de la Ley 23 de 1981.
Médico	Recibir información solicitada al paciente (Art. 10 párrafo 2 literal h de la Ley 1751 del 2015) y como garantía del recto ejercicio de su profesión (artículo 6 de la Ley 23 de 1981). Al respecto, la consideración del derecho del médico se materializa con la imposición de las garantías al ejercicio de cualquier profesión, en consonancia con el derecho fundamental del artículo 26 de la Constitución de 1991).	Informar al paciente de su estado de salud: clara, oportuna, suficiente y comprensible (Art. 16 de la Ley 23/81 ⁴); de respetar la información que le ha sido suministrada (artículo 33 y 34 de la Ley 23 de 1981) y, el deber indirecto de conservar en condiciones adecuadas la información (Resolución 1995 de 1999, del Ministerio de Salud).

Fuente: Correa C., Pinilla, J; Tirado, MM.

informado en el ámbito médico, capítulo V, tesis doctoral. UC3M.

4 Otras profesiones tienen los mismos deberes, como se evidencia del artículo 5 de la Ley 35/89.

El cuadro muestra dos cosas. La primera es que la información tiene una relación en doble vía, algo no novedoso. Pero, además, se evidencia cómo el doble camino de la información implica derechos y deberes mutuos entre el paciente y el médico tratante y no solo derechos respecto de aquél y deberes respecto de este.

El derecho de información del paciente ha sido abordado desde los primeros años de la Corte Constitucional, que le otorga una relevancia de protección por cuanto en ella se fundamenta el derecho del paciente a conocer la verdad sobre sí mismo (Sentencia T-385 de 1994) y como manifestación de otros derechos, específicamente el derecho a la libertad de conciencia y expresión (Sentencia T-394 del 2000) y como garantía para la protección del derecho a la intimidad personal (Sentencia T-596 del 2004). La garantía del derecho incluye el deber médico: "también el deber de dar al paciente la información adecuada en cada caso, muy a pesar de que no haya sido expresamente pactada (la obligación de dar información)" (Galán Cortés, 2011, p. 364).

El proceso de información al paciente tiene distintos elementos que permiten su comprensión y se constituyen en parte de su núcleo esencial de protección. Ellos implican ser protegidos durante toda la atención en salud, desde aspectos administrativos hasta los relacionados con el estado de salud y la intervención: "la prevención y el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, incluida la salvaguarda del interés vital del afectado o de un tercero, así como la gestión de los servicios sanitarios" (Carulla Ripol y Bacaria, 2006, p. 60).

La información, hasta la expedición de la Ley 1751 del 2015, Estatutaria del derecho fundamental a la Salud, en Colombia, y salvo por algunas cláusulas en los códigos éticos de profesiones sanitarias, parecía enmarcarse hacia un derecho del paciente y no de los profesionales sanitarios. Lo anterior es una deuda de las investigaciones bioéticas y biojurídicas que abordan las problemáticas de la relación médico-paciente, casi de forma exclusiva desde la concepción exigible por este último, y del derecho de aquel a recibir la información adecuada, lo que ha sido objeto de pronunciamientos

jurisprudenciales especialmente en asuntos de responsabilidad⁵ en que deben demostrar que no contaron con la información suficiente para un buen diagnóstico y tratamiento.

Las normas acerca del deber de informar son de contenido ético y buscan crear confianza en el paciente y persuadirle de que ello es una necesidad más práctica que jurídica. En parte es cierto, pero no debe dejarse de lado el estudio del derecho de los profesionales de la salud, pues la buena información obtenida acarrea el correcto ejercicio profesional.

Lo anterior se construye por otro problema: la costumbre de ceñirse a los lugares cómodos en la investigación jurídica en salud. No es fácil atreverse a mencionar el derecho de los médicos de recibir información y por ello se insiste en el derecho de información de los pacientes. Tampoco es fácil atreverse a hablar del derecho del paciente a no ser informado cuando la teoría habla del derecho a ser informado.

La información tiene entonces un doble sentido práctico y material, como lo hemos planteado en el cuadro antedicho, y es así como garantía de todas las partes intervinientes. En el aspecto práctico se trata de un diálogo entre el médico y el paciente en que intervienen distintos derechos. En el aspecto finalístico, se convierte en una relación de condiciones recíprocas destinadas al mismo fin.

En el sentido material, hemos analizado el componente positivo de ser informado y el negativo de no serlo. Sobre este último no solo se carece

5 Como sucede en una decisión del Tribunal Superior Español que en Sentencia STS 323/2011 de 13 mayo. TSJ-SC-S1ª sostuvo: "*La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad*".

de investigaciones con la misma atención que el primero, sino que el segundo se aborda solo en virtud de la ayuda terapéutica del paciente, a quien se le deja de brindar información en beneficio suyo y por decisión de terceras personas⁶: supone que “si bien es un derecho del paciente, también es un deber, (...) de la comunicación asertiva entre los sujetos que intervienen en la atención, dependerá el diagnóstico, las posibilidades, el tratamiento y la recuperación. Por ello la comunicación debe ir en los dos sentidos” (Correa Martínez, 2020). Esta idea del rechazo a la información como garantía de la libertad ha sido defendida por uno de los autores, quien a continuación manifiesta:

Como derecho, se encuentra incorporado en las constituciones. Se habla de él como un presupuesto para la libertad y se desarrolla mediante la autonomía del paciente en el ámbito sanitario. Además, se constituye como un derecho del médico, en tanto es un presupuesto necesario para el desarrollo de sus habilidades profesionales (Correa Martínez, 2020, pág. 266).

Sin embargo, una cosa es el rechazo a la información como acto consiente y voluntario del paciente y otra muy distinta es el manipular o alterar la información sobre el estado de salud del paciente como medida o estrategia distinta y en contra del principio de beneficencia que debe primar en la atención en salud. (Mazuera, 2021)

La Ley Estatutaria de la salud del 2015, estableció el derecho de tomar las decisiones informadas en el literal del artículo 10, como vimos en el acápite que precede. Dice la norma al respecto, cuando enuncia los derechos de las personas cuando son pacientes del sistema de salud:

d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante

6 Sobre este aspecto, puede consultarse un artículo escrito por el autor, titulado “Límites al derecho de acceso a la información clínica en los casos de estado necesidad terapéutica y anotaciones subjetivas. Especial referencia al sistema español” en la revista *Vía Inveniendi Et Iudicandi*, Vol 8. (2013)

que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud.

La información médica tiene otro problema, y es que ha sido abordada tradicionalmente a través de la figura del consentimiento informado, ya que se parte de que el paciente para dar su consentimiento requiere de la información que recibe y de la que es titular para poder decidir el tratamiento o procedimiento que estime conveniente (Fernández Muñoz, 2021). Sin embargo, no existe en el derecho colombiano, una norma de categoría legal que lo defina. Distinto a lo que sucede en otros países, por ejemplo, en España en que el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, LAP, dice que es: “Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. La misma norma, en artículos posteriores lo vincula con la autonomía del paciente y la realidad física y mental del mismo.

Sin embargo, ante la falta de pronunciamiento legislativo ha sido el ejecutivo, quien a través del reglamento ha establecido la definición legal del Consentimiento Informado que se entiende, según lo dispone el Anexo Técnico de la Resolución 1441 del 2013, del Ministerio de Salud y la Protección Social, que es: “la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar un acto asistencial”.

El mismo problema se encuentra en temas de información y documentación clínica, puesto que las obligaciones de reporte de lo sucedido durante el encuentro médico paciente en la Historia Clínica se encuentran en cada norma sobre ética de las profesiones en salud y, sin embargo, la norma regulatoria de la Historia Clínica es la Resolución No. 1995 de 1999, también expedida por el Ministerio de Salud.

De conformidad con las líneas anteriores, hablar de la información en salud es mencionar que es uno de los procesos imprescindibles y vertebrales de la atención en salud (Galán Cortés, 2011) y un derecho que conlleva obligaciones recíprocas, relacionada no solo con el Consentimiento Informado y la confidencialidad sino con la misma atención sanitaria. (Correa, 2015)

Pero, en el sentido de la demostración de la hipótesis, parece extraño que se establezca un derecho a no ser informado dentro del derecho a la información. Ello por cuanto el derecho del paciente a la salud implica acceder a la información (Vall Casas y Rodríguez Parada, 2008, p. 5). Pero, sin dejar de lado la anterior perspectiva, se demostrará cómo el derecho del paciente a la información no implica una contradicción con el derecho a la información, como sostiene Laurie que el saber y el no saber, en su fundamento, son como “las dos caras de la misma moneda conceptual” (2014, p. 38). El derecho a no saber se refiere exclusivamente al derecho del paciente a no tener conocimiento de su estado de salud, pero debe igual respetarse su derecho a la toma de decisiones informadas.

Así las cosas, es necesario aclarar que existe una diferencia entre el derecho a no saber y las aplicaciones de las excepciones a ser informado, como son el privilegio terapéutico y las anotaciones subjetivas; esta diferencia radica en que en el primero se requiere de la decisión voluntaria el paciente, mientras en las demás no es posible informar al paciente, sea por imposibilidad física o por criterio terapéutico.

No podemos seguir postergando la aplicabilidad del derecho del paciente a no saber, cuando además ha sido reconocido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Biomedicina, ambas de 1997 y que en el caso de la última adoptada por legislaciones nacionales europeas como fue el caso de Francia por medio de la Ley 303-2002 *du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* y, España en la Ley

41/2002 de 14 de noviembre sobre ‘derechos de los pacientes e información médica’; también se encuentra en las declaraciones de la asociación médica internacional de 1993 -actualizados periódicamente hasta el año 2017- y en la Declaración sobre los derechos de los pacientes en Europa de 1994.

Finalmente, en Colombia, a pesar de no haber sido reconocido legalmente, ni siquiera como una garantía dentro de las dos normas que reglamentan los derechos de los pacientes, esto es la Ley 23 de 1981 y la Ley 1751 del 2015, se aplicaría, primero, por disposición de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por unanimidad en París en noviembre de 1997 y porque por interpretación jurisprudencial se ha reafirmado la existencia de una esfera dentro del derecho del paciente de no saber, como sucedió en la Sentencia T-1131 del 2004 que indicaba los elementos constitutivos del derecho a la información y, además, por el CE en Sentencia del 23 de abril del 2008, en que sostuvo: cuando el destinatario de la información es otro profesional de la especialidad respectiva; el paciente ha sido sometido al mismo tratamiento en repetidas ocasiones, sobre el cual fue informado y dio su consentimiento; cuando el paciente, por su propia iniciativa, de manera anticipada y reflexiva, renuncia de manera expresa a su derecho a ser informado, y cuando resulta inexorable e inaplazable una determinada intervención. (Consejo de Estado, 2008).

Pero en cualquier caso no puede desconocerse que sí existe el derecho de información, cuyo elemento esencial es la posibilidad de decidir sobre el cuerpo y la mente, permitiendo o rechazando tratamientos, cuyo requisito es la información. Dentro del núcleo esencial del derecho a la información en salud, entonces, se incluye el derecho de los pacientes a no saber, como fue reconocido por la Corte Constitucional y el CE de Colombia.

Hay que aclarar que, aunque los instrumentos a los que se hizo mención, especialmente aquellos internacionales, hacían referencia a la necesidad de garantizar a los pacientes del conocimiento de la información genética que fuera perjudicial o no

provechosa (Allen et al., 2014, p. 15)⁷ llegando a ser un derecho dentro de toda la atención médica general como forma de promoción y garantía de la libertad de decisión entre saber y no saber, como se reconoce por las leyes de España, Francia y las decisiones judiciales de la Corte Constitucional del 2004 y del CE del 2008.

Entonces, para que el paciente pueda tomar la decisión de no saber, debe ser informado lo cual, aunque en principio implica una contradicción, esta es una falsa contradicción, puesto que el paciente deberá conocer, para decidir, cuáles son las implicaciones que tiene el que decida no acceder a su información en salud.

La salud como derecho fundamental y su relación con la libertad

La salud es un derecho ambivalente desde la perspectiva histórica nacional, dependiendo del tipo de reconocimiento constitucional en al menos tres momentos distintos por parte de la Corte Constitucional. Primero podemos hablar de un derecho prestacional social y económico; en segundo plano se concibió como un derecho fundamental

condicionado a la situación específica de cada persona o, un derecho fundamental conectado a otros derechos fundamentales dentro del catálogo de la Constitución de 1991; finalmente existe su concepción como derecho fundamental autónomo⁸.

Mientras en unas constituciones es considerado como derecho fundamental⁹ o como derecho social¹⁰, y otras que lo contemplan como derecho fundamental pero sometido a las prestaciones definidas por la Ley, el caso colombiano es paradigmático puesto que, en principio fue contemplado como un derecho social, económico y cultural en el artículo 49 dentro del Título II Capítulo II de la Constitución de 1991, para

7 Cabe destacar que el mayor avance, no solo en doctrina acerca del derecho a no ser informado, se ha dado con respecto al derecho genético. Por ejemplo, en la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos del 2003, dice en el artículo 10: “Cuando se recolecten datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, en la información suministrada en el momento del consentimiento debería indicarse que la persona en cuestión tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación. Esta disposición no se aplicará a investigaciones sobre datos irreversiblemente disociados de personas identificables ni a datos que no permitan sacar conclusiones particulares sobre las personas que hayan participado en tales investigaciones. En su caso, los familiares identificados que pudieran verse afectados por los resultados deberían gozar también del derecho a no ser informados”.

8 En la Sentencia T-760 del 2008, la Corte Constitucional hace la siguiente apreciación en dicho sentido: “El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su ‘tutelabilidad’; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la ‘fundamentalidad’ del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia”.

9 La Constitución de Chile en el artículo 19 numeral 9, la Constitución

10 La Constitución española lo contempla dentro de los principios rectores de la política social y económica, artículo 43.

finalmente ser elevado a derecho fundamental por decisiones de la Corte Constitucional.

La discusión que ocasiona la comprensión de la salud como derecho de un tipo u otro se debe a que es un fenómeno de importancia vital del ser humano, desarrollado desde el aspecto jurídico no solo por el derecho constitucional en torno a la forma de su consagración en los textos fundamentales, sino que ha sido abordado por el derecho civil, el derecho laboral, el derecho administrativo, a la vez que cuenta con desarrollo por el derecho nacional e internacional (Ciuro Caldani, 2005). Incluso, algunos autores se refieren a la importancia del derecho a la salud para lograr lo que doctrinalmente se denomina el derecho a la felicidad o lo que permite alcanzar la felicidad. (Ortega et al. 2020).

Comprendiendo a la salud como derecho, específicamente fundamental, se reconoce que la salud es una condición variable y de satisfacción que le permite a la persona tener una vida en condiciones dignas para el desarrollo normal de sus capacidades en el entorno personal y social. Cuando estas condiciones son alteradas por situaciones del cuerpo o la mente, denominadas enfermedades, surge en el paciente el derecho a que su salud sea protegida (Martínez Navarro, 2020) e, incluso, surge desde el mismo momento de su nacimiento con el derecho a la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud (Jurado, 2019).

En la Sentencia T-760 del 2008, que marca un antes y un después en la protección a la salud y su reconocimiento como derecho fundamental, la Corte Constitucional analiza los elementos que le llevan a considerar la salud como fundamental. Así las cosas, la naturaleza del derecho a la salud como fundamental, en palabras de la corte Constitucional, comprende¹¹:

- La relación que tiene la salud con la dignidad humana y las condiciones de vida digna (argumento 3.2.1.2).
- La consideración de inalienabilidad en virtud de la estrechez con la persona (argumento 3.2.1.1).

- Se protege especialmente cuando la persona se encuentra en situación de indefensión (argumento 3.2.1.4).
- El derecho a la asistencia médica oportuna y eficaz (argumento 3.3).
- A ser atendido por entidades que cumplan con las condiciones de calidad (argumento 3.3.6).
- Se vincula con el plan de vida y las condiciones materiales que debe tener toda persona como garantía para realizarlo (argumento 3.2.3).
- Permite a la persona relacionarse y funcionar dentro del entorno social (argumento 3.2).
- Su protección no se limita a lo que se encuentre en los planes de salud (argumento 3.2.1.1 p. 5).
- Tiene una relación con el principio de igualdad material reconocido por la Constitución (argumento 3.2.1.4).

En relación con el reconocimiento del derecho fundamental a la salud, se debe analizar dentro del contenido de los derechos fundamentales, vistos como libertades públicas, en el sentido de ser posibilidades de acción individuales protegidas por las autoridades. Estos, en palabras de Peces-Barba Martínez, son “una categoría, la de aquellos derechos que llamamos de autonomía, que suponen la creación, por el Derecho, de un ámbito exento para la libre acción individual”(2004) refiriéndose a una esfera de actuación del individuo cuyo deber de protección corresponde al Estado (Schmitt, 2015, pág. 215) y de las demás personas (Berlin, 2017).

De acuerdo con todo lo anterior, el ser humano ha adquirido las potestades de decidir sobre su cuerpo y mente. Para ello, surgen las posiciones de actuar conforme con sus valores, pensamientos y deseos, existiendo el deber de respetar las decisiones que no afecten los intereses de otras personas. Desde esta perspectiva, hablamos del fundamento del derecho del paciente a tomar decisiones personales, como no ser informado, como forma de actuar y limitar su actuación respecto de los demás (Berlin, 2017) y como forma de decidir entre dos opciones (Alexy, 2017). En el último caso, entre las dos formas en que se manifiesta el derecho de información: el saber y el no saber.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 2008, argumento 3.2 de las consideraciones de la Corte.

La libertad negativa y su relación con el derecho a la información en salud

Isaiah Berlin distingue, dentro de su concepción de la libertad, dos tipos: la negativa y la positiva; aplicada además por Alexy en la ‘teoría de los derechos fundamentales’, mencionando incluso que “según un uso muy difundido, solo la libertad jurídica debería ser llamada <libertad negativa>”(Alexy, 2017, p. 190). Mientras la última tiene que ver con el autogobierno y la conciencia individual de tener proyectos de vida realizables, la primera se relaciona con la inexistencia de obstáculos que podríamos llamar humanos e injustificados o antijurídicos y, por tanto, la posibilidad de ser tutelado frente a los obstáculos externos. Esta última tiene que ver con las acciones permitidas a cada persona (Berlin, 2017) y su correspondiente garantía de materialización.

Berlin define a la libertad como una manifestación de la voluntad de las personas, cuando tienen la posibilidad real de elegir entre más de una opción posible, tomando como referencia a John Stuart Mill para quien la libertad es todo aquello que una persona pueda hacer sin que resulte dañino a otro. Mill, entonces, la concibe, a la libertad, como la capacidad de que “los hombres sean libres de actuar de acuerdo a sus opiniones y de llevarlas a la práctica en sus vidas, sin verse obstaculizados física o moralmente por sus semejantes, siempre y cuando lo hagan por su cuenta y riesgo”(Mill, 2014, pág. 119).

La forma en que debemos entender a la libertad negativa es:

Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieran en mi actividad. (...) Si otros me impiden hacer algo que antes podía hacer, entonces soy en esa medida menos libre; pero si ese espacio es recortado por otros hombres más allá de lo admisible, entonces puede decirse que estoy siendo coaccionado o hasta esclavizado (Berlin, 2017, pág. 218).

Teniendo en cuenta lo anterior, la defensa de la libertad negativa se basa en que la persona ya ha pasado de la simple consideración de sentirse libre (libertad positiva) a ejercer actos cuando el

fundamento ha sido que puede dominar las causas de las situaciones y contar con la garantía de la eliminación de obstáculos:

(...) los hombres son libres de elegir, al menos, entre dos posibles maneras de actuar y no solo en el sentido de poder hacer lo que eligen hacer (y por qué eligen hacerlo), sino también en el sentido de no estar determinados por causas que no están bajo su control (Berlin, 2017, pág. 44).

Los aspectos relevantes de la tesis de Berlin en torno a la libertad negativa, que como veremos van a ser nuestro sustento teórico de las decisiones en la relación médico paciente, sirven de fundamento para el estudio del principio de autonomía (al menos en cuanto a la fundamentación del derecho del paciente a decidir sobre su cuerpo y mente y el respeto de estas decisiones cuando ello es posible). La teoría de la información en salud, por lo general, ha sido mayoritariamente estudiado desde el consentimiento informado, por lo que no podría excluirse el mismo de la concepción del ‘derecho a no saber’ y, por el contrario, ha surgido un tipo de consentimiento denominado ‘consentimiento informado inverso’.

De conformidad con lo anterior, podemos decir que los elementos de la libertad negativa con que analizaremos el derecho del ‘paciente a no saber’, son: el derecho que tiene toda persona de actuar; la garantía de que el anterior se sirva quitando los obstáculos posibles; que, en caso de existencia de obstáculos, se limite la libertad si pueden calificarse como inadmisibles; que los obstáculos no sean deliberados y que sean realizados por el obrar humano.

Para defender la posición de la libertad del paciente como elemento negativo, podemos estudiar ciertas decisiones de la Corte Constitucional que han elevado el derecho a la salud a rango fundamental¹² (así como analizar los aspectos que permiten comprender las acciones humanas con relación a la información en la atención médico asistencial,

12 Ver capítulo 2 del artículo acerca de la evolución del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano.

específicamente en la Sentencia C-1131 del 2004 que señala la existencia de un derecho a no saber.

La comprensión de los elementos nos lleva a la explicación acerca de cuáles son los límites a considerar como obstáculos de la libertad. Primero, habrá de señalarse que los límites a la libertad humana no podrán ser los propios de las fuerzas de la naturaleza, pues la naturaleza se concreta con otros principios distintos al de la voluntad.

Ser libre es poder tomar las decisiones médicas de acuerdo con los requisitos que la relación médico paciente impone, que se convierten en las decisiones sobre el cuerpo en donde cada persona es dueño y señor, incluso, con el derecho a decidir sobre su propia vida, concepción que encuentra fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes donde “se reconoce la vida como valor/derecho bajo el entendimiento del buen vivir en condiciones de dignidad” (Medina, 2020, pág. 170). Las restricciones son básicamente dos: la imposibilidad de una acción -como la aplicación de una terapia imposible o cuando la decisión afecte intereses ajenos a las de la persona- y, que sean atribuibles de protección a él o ella.

Acerca del cuerpo, ha de considerarse que -junto con la mente- el mismo es una de las posesiones más personalísimas con la que cuenta el ser humano que, a diferencia de los animales, se puede comportar como dueño de él; “Por una parte, el cuerpo es experimentado por el hombre como ‘lo vivido’ y sentido, en el que se despliega, expresa y comunica su existencia”(Gordillo, 2011, pág. 357). Aunque es complejo hablar de él en sentido de un derecho de propiedad (Beltrán, 2015)¹³, cuenta con

13 Existe una doctrina que ha causado un gran debate jurídico, acerca de a quién le pertenece el cuerpo humano de la persona fallecida. Con respecto a la propiedad del cuerpo, se deben tener en cuenta, al menos, los fallos del CE con NR: 2002161 y radicado 11001-03-24-000-2006-00121-00: “el cuerpo humano y cada una de las partes que lo componen, son bienes no patrimoniales de carácter personalísimo, que por razones de orden moral y cultural no pueden ser objeto de transacciones comerciales, toda vez que ello refiriría abiertamente

elementos que permiten asimilarlo, básicamente por la esencialidad del mismo como unidad con la persona y su necesaria vinculatoriedad con el concepto de dignidad, a diferencia de las cosas, cuya particularidad es tratarse de un ‘algo externo’; es decir, sobre el cuerpo sí se posee una categoría de dominio, especialmente en relación con la medicina “todo ser humano de edad adulta y en su sano juicio tiene el derecho de determinar lo que se hará con su propio cuerpo” (*Schloendorff v Red de hospitales de Nueva York*, 1914).

Dentro de los derechos sobre el cuerpo, la salud juega un papel importante, debiendo respetarse las decisiones que se tomen sobre él, de acuerdo con el artículo 10 literal d de la Ley 1751 del 2015, Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud.

Habiendo llegado a este punto, es necesario, entonces, insistir en que la fundamentación del derecho a no ser informado como una garantía del ejercicio del derecho fundamental a la salud en Colombia se encuentra protegido, aunque no sea una práctica cotidiana su aplicación. Vimos cómo el proceso de información es un presupuesto necesario dentro de la atención en salud, y esta es una de las esferas de protección dentro del derecho a la salud, reconocido como fundamental por disposición de la Corte Constitucional colombiana.

Finalmente, se debe recordar que el paciente, en todo caso cuando opte por no saber, deberá conocer los límites de su derecho y recibir la información acerca de este fenómeno y de las posibilidades y consecuencias de su materialización.

Conclusiones

El derecho contempla en la actualidad una cantidad de nuevos paradigmas relacionados con fenómenos tradicionales que implican, al operador jurídico, buscar fundamentos en otras disciplinas como la ética, la medicina y la filosofía. Uno de estos, se relaciona con el derecho de los pacientes a la información en la relación médico paciente.

El derecho a no saber encuentra su fundamento en el concepto de libertad, siendo uno de ellos el

con los postulados más elementales de la ética y la dignidad humana” (*Sentencia del 8 de abril*, 2010).

de libertad negativa, especialmente las expuestas por Isaiah Berlin y Robert Alexy. A su vez, ha sido reconocido por instrumentos internacionales y por normas jurídicas nacionales en algunos países europeos. Además de ello, en el caso colombiano, fue reconocido como parte del núcleo esencial del derecho de información en la atención en salud por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado.

La importancia de estudiar el deseo del paciente de permanecer ignorante sobre su estado de salud implica el reconocimiento de su garantía de tomar decisiones autónomas. Permitirle al paciente la posibilidad de conocer y no conocer su estado de salud, implica fomentar su categoría de ser moral independiente.

El derecho del paciente a la información no implica una contradicción con el derecho a la información, puesto que, aunque parezcan opuestos, se encuentran fundamentados en el mismo valor: la libertad. La libertad, como base de las decisiones autónomas en que cada persona podrá actuar conforme con los deseos, aspiraciones y valoraciones.

Al hablar del derecho a no saber, como de cualquier forma de libertad, se debe dejar sentada la obligación de que ella es válida siempre que no implique daños o riesgos injustificados a terceros, especialmente cuando ellos actúan de buena fe. En este sentido, la decisión de no ser informado implica un reto para el médico tratante, debiendo entonces encontrar alternativas como puede ser la autorización de contar con un tercero relacionado con el paciente, a quien informar.

Referencias

Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales, 2a edición*. Centro de estudios políticos y constitucionales.

Allen, C., Sénécal, K., y Avar, D. (2014). Defining the Scope of Public Engagement: Examining the “Right Not to Know” in Public Health Genomics. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 42(1), 11-18. <https://doi.org/10.1111/jlme.12114>

Beltrán, E. (2015). El cuerpo humano: Derechos sin propiedad o propiedad sin derechos. *Revista de Estudios Políticos*, 169, 137-166. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.169.05>

Berlin, I. (2017). *Sobre la libertad*. Alianza editorial.

Carulla Ripol, S., y Bacaria Martus, J. (Eds.). (2006). Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud. *Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales*.

Ciuro Caldani, M. Á. (2005). Filosofía trialista del derecho de la salud. *Revista Del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 28, 19-32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6775576>

Consejo de Estado. (2008). Sentencia - Sala de Casación Penal de 23 de abril de 2008. <https://vlex.com.co/vid/n-corte-suprema-justicia-sala-penal-23-43709608>

Correa Martínez, C. A. (2020). *El derecho a no ser informado en el ámbito médico*. [Tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/29694>

Corte Constitucional. (2010). Sentencia de Tutela 246-10, 8 de abril de 2010. <https://vlex.com.co/vid/-212742123>

Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-760 de 2008. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

Correa Martínez, C. A. (julio diciembre de 2015). La historia clínica. Aspectos jurídicos y dilemas en el derecho español y colombiano. *Via in veniendi Et iudicandi*, 10(2), 125-144. Universidad Santo Tomás. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2015.0002.03>

Fernández Muñoz, M. L. (2021). La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. *Revista IUSTA*, 54. <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>

Galán Cortés, J. C. (2011). *Responsabilidad Civil Médica*. Editorial Civitas.

Gordillo Álvarez-Valdés, L. (2011). El cuerpo humano y su proceso de objetivación The human body and its process of objectivation. *Revista Internacional de Filosofía No. 4*, 357-367. <https://revistas.um.es/daimon/article/view/152661>

Laurie, G. (2014). Recognizing the Right Not to Know: Conceptual, Professional, and Legal Implications. *Journal of Law Medicine & Ethics*, 42(1), 53-63. <https://doi.org/10.1111/jlme.12118>

Martínez Navarro, J. A. (2020). La Asistencia Sanitaria y el Derecho Fundamental a la salud en la Unión Europea. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, 70(276-1), 313-342. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.276-1.72716>

Mazuera Ayala, P. (2021). Violencia obstétrica: reproduciendo el dolor. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). <https://doi.org/10.15332/19090528.6783>

- Medina Hernández, D. (2020). El derecho a una muerte digna en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes: Análisis sobre su reconocimiento en Colombia. En M. C. Ballesteros Moreno, y A. M. Jiménez Pava (Eds.), *Derechos humanos emergentes y justicia constitucional*. 143-170. Ediciones USTA. <http://hdl.handle.net/11634/31214>
- Mill, J. S. (2014). *Sobre la libertad* (Básica de Bolsillo-Serie Clásicos del pensamiento político). Ediciones Akal.
- Ortega Ruiz, L. G., Cárdenas Sierra, C. A., Blanco Alvarado, C., Ducuara Molina, S. A., & Valencia González, D. (2020). Reflexiones jurídicas sobre el derecho a la felicidad y el bien común constitucional. Ediciones USTA. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/31220/Obracompleta.Coleccioncienciasjuridicas.2020Ortegaluis.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Peces-Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales* (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho.). Editorial Dykinson, S.L.
- Rawls, J. (2002). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Schloendorff, M. (1914). Demanda Schloendorff contra Hospital de Nueva York: 105 N.E. 92 (N.Y. 1914). Corte de Apelaciones de Nueva York. <https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>
- Schmitt, C. (2015). *Teoría de la Constitución*. Alianza editorial.
- Vall Casas, A., y Rodríguez Parada, C. (2008). El derecho a la información del paciente: una aproximación legal y deontológica. *BiD. Textos Universitaris de Biblioteconomia i Documentacion*, 21, 6. <https://doi.org/10.1344/105.000000324>

