

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 64, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Artículo de maestría: Elementos estructurales del consentimiento informado

Juan Felipe Solórzano Quintero



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

ARTÍCULO DE MAESTRÍA:
ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONSENTIMIENTO
INFORMADO

Solórzano Quintero, Juan Felipe

Elementos estructurales del consentimiento informado / Juan Felipe Solórzano Quintero.

—Universidad del Rosario. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

76p. (Borrador de Investigación)

ISSN: 0124-700x

Consentimiento (Derecho) / Consentimiento legal (Medicina) / Médico y paciente – Legis-
lación / I. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Título. / III. Serie.

344.0412 SCDD 20

ARTÍCULO DE MAESTRÍA:
ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONSENTIMIENTO
INFORMADO

Autor

Juan Felipe Solórzano Quintero

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2012

Juan Felipe Solórzano Quintero
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo
Lina Morales

Diseño de cubierta
Fredy Johan Espitia Ballesteros

Diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSN: 0124-700X

Este documento circula con la revista Estudios Socio-Jurídicos de la Facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Todos los derechos reservados
Primera edición: Mayo de 2012

Impresión: Multi-impresos
Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	11
II. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, MARCO NORMATIVO Y DOCTRINA.....	13
III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. (DIGNIDAD Y AUTONOMÍA)	21
IV. EVOLUCIÓN, MODELOS Y DESARROLLO HISTÓRICO	25
4.1. Modelo paternalista	26
4.2. Modelo de justicia.....	27
4.3. Modelo de beneficencia.....	28
4.4. Modelo de autonomía	28
V. A QUIÉN SE DEBE INFORMAR	30
5.1. Consentimiento directo.....	30
5.2. Consentimiento indirecto.....	32
VI. LA INFORMACIÓN DE RIESGOS POR PARTE DEL PROFESIONAL DE LA SALUD.....	37

VII. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU COMPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO (1991 A LA FECHA)	41
7.1. Corte Constitucional	41
7.2. Consejo de Estado	51
VIII. EL PSEUDOCONSENTIMIENTO, EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA HISTORIA CLÍNICA	63
IX. COROLARIO	67
X. BIBLIOGRAFÍA	70

ARTÍCULO DE MAESTRÍA: ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Juan Felipe Solórzano Quintero *

Resumen. El consentimiento informado es la expresión de la voluntad del paciente, relacionada con una intervención o un tratamiento terapéutico que se hará en su cuerpo, para que se dé aquel; previamente el profesional de la salud debe suministrar veraz, integral y oportunamente la información referente a los riesgos, los procedimientos, las expectativas, el diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad y su respectivo tratamiento.

Por lo tanto, del consentimiento informado se derivan obligaciones y derechos, tanto para el paciente como para el profesional de la salud, al ser un elemento tan especial y esencial en la relación médico-paciente, y en el mismo acto médico, cobra especial relevancia en la responsabilidad médica. Sin embargo, en la praxis muchas veces se olvida la importancia del consentimiento informado en relación con aquella.

El propósito de este artículo consiste en analizar los elementos estructurales del consentimiento informado, los cuales son fundamentales a la hora en que el médico lo solicite. En dicho escenario surgen situaciones que generan dudas jurídicas en cuanto a su formación.

De igual forma, para tener una idea concreta y completa del consentimiento informado, dividiremos este artículo en dos partes. En la primera, nos ocuparemos del desarrollo doctrinal del concepto, en el que analizaremos su noción, su evolución en

* Abogado de la Universidad del Rosario y estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la misma universidad. Correo electrónico: juanfelipec06@hotmail.com

la historia y sus modelos (beneficencia, paternalismo, autonomía, entre otros); posteriormente, estudiaremos la problemática que se puede originar durante el proceso de informar al paciente, debido a que no en todos los casos este está en pleno uso de sus facultades para otorgar su consentimiento. Es allí donde miraremos la capacidad en el ámbito médico y los casos en que se puede pedir un consentimiento informado directo e indirecto.

Finalmente, analizaremos el tema del riesgo y el desarrollo que la doctrina ha dado al respecto, para revisar en último lugar el consentimiento en la historia clínica y su solicitud correcta al paciente.

En la segunda parte, nos encargaremos de examinar detenidamente el desarrollo jurisprudencial del consentimiento informado surtido en la Corte Constitucional y en el Consejo de Estado de la República de Colombia, desde 1991 a la fecha, del cual sin duda alguna el lector podrá concluir lo esencial e imperioso de este en la práctica médica y en la prevención del daño antijurídico.

Palabras clave: concepto del consentimiento informado, riesgo, pseudoconsentimiento, capacidad.

Abstract. Informed consent is the patient's willful expression related to an intervention to be made in his or her body. Previously the doctor must provide accurate, comprehensive and timely information about the risks, procedures, expectations, diagnosis and prognosis of the disease and the possible treatments.

Even though the obligations and rights of the doctor and patient derived from informed consent are an essential element in the doctor-patient relationship, in practice its importance is often overlooked.

The purpose of this paper is to analyze the structural elements of informed consent that are essential when requested by the doctor, as well as ambiguous situations such as risk, informed consent in minors and persons with mental disabilities.

The article is divided in two parts. The first reviews the development of doctrine, regarding which we analyze the concept, historic evolution and various models (such as paternalism, autonomy and others). We also take a look at the information problem, because in many cases the patient cannot give the authorization to perform a medical procedure. Lastly we review the issue of risk and medical records.

The second part reviews in detail the development of informed consent in the jurisprudence of Colombia's Constitutional Court and State Council from 1991 to present, with the purpose of obtaining a complete view of the concept of informed consent, aimed at demonstrating its importance in medical practice and in preventing unlawful damage.

Key words: informed consent concept, risk, pseudo-consent, capacity.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, nos ocuparemos de analizar el concepto del consentimiento informado como la expresión de la voluntad del paciente relacionada con una terapéutica que se hará en su cuerpo; veremos, a lo largo de este texto, cómo en la praxis, la doctrina y la normatividad, se vislumbran ciertos elementos. De igual modo, resaltaremos el deber del médico de transmitir al paciente de manera integral, previa y comprensible la información referente a la enfermedad, forma de diagnóstico, los posibles tratamientos y los posibles riesgos. Esto con el propósito de que el paciente se forme una correcta idea y exprese su voluntad libre de vicios, permitiendo la aplicación o no de un tratamiento, por lo que es indispensable que el profesional de la salud dé información veraz al paciente.

Para tales efectos, dividiremos nuestro análisis en los siguientes apartados: un estudio normativo y doctrinario del concepto del consentimiento informado, descartando cuáles normas, a nuestro modo de ver, no se compadecen con lo que sucede realmente. Más adelante, daremos cuenta de su perspectiva histórica y del tratamiento que se le ha dado al consentimiento informado, con el propósito de mirar la incidencia que ha tenido en la relación médico-paciente.

Sabemos que el consentimiento informado trae consigo un cúmulo de derechos, pero haremos especial énfasis en los derechos a la dignidad y a la autonomía, los cuales son fruto del cambio del modelo paternalista al autonomista. De igual forma, revisaremos detenidamente el tema de quién debe ser informado, el que está estrechamente relacionado con la capacidad; y también aspectos relevantes jurídicamente, como el consentimiento de los menores de 18 años¹ y los enfermos mentales.

La información relacionada con los riesgos relativos a los tratamientos e intervenciones es otro tema que analizaremos, por cuanto, si el médico informa adecuadamente y realiza un tratamiento aplicando la prudencia y diligencia, los riesgos que se derivan de la operación no podrán ser endilgados al profesional de la salud; a contrario sensu, si el deber de información no se hace apropiadamente, el médico

1 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006, artículo 3º: "Para todos los efectos de esta Ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad".

responderá por los riesgos. De allí, entonces, surge la pregunta: ¿cuáles son los riesgos que se deben informar al paciente?

La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa en Colombia ha tenido un amplio desarrollo, por ello se hace necesario efectuar un estudio de cómo estos tribunales comprenden el consentimiento informado.

Finalmente, haremos referencia a cómo se debe entender la expresión de la voluntad del paciente, puesto que no basta con que el galeno diligencie unos formatos previamente establecidos institucionalmente para probar el consentimiento informado, actuar que se denominará en adelante pseudoconsentimiento.

II. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, MARCO NORMATIVO Y DOCTRINA

En lo referente al concepto del consentimiento informado en el acto médico, existen múltiples definiciones y aproximaciones, de las cuales se deriva la tipificación de una adecuada relación médico-paciente.

De hecho, la doctrina ha dado diversas definiciones al consentimiento informado, como: la expresión de la voluntad del paciente, un derecho fundamental del paciente, un procedimiento, una etapa del acto médico y el generador del acto médico, entre otros. Para efectos de este análisis, lo tomaremos como la expresión de la voluntad del paciente, luego de recibir una información clara, adecuada y suficiente por parte del médico, en relación con su estado de salud –condición física y psíquica–, así como las diferentes posibilidades de tratamiento, con la finalidad de que aquel escoja y decida sobre el que se debe seguir.²

Comprendemos que el consentimiento informado es la expresión de la voluntad libre y consciente por parte del paciente, alrededor del cual gravitan una serie de derechos, a la intimidad, la dignidad humana, la libertad individual, la autonomía, la información, entre otros, lo que no lo convierte per se en un derecho fundamental.

Según afirmó el doctrinante español Julio César Galán Cortés en lo relativo a las reclamaciones que se generan del consentimiento informado, “dentro de las causas que mayor incidencia tienen en esas reclamaciones destaca, especialmente, la ausencia o deficiencia de información facilitada al paciente o usuario de los servicios sanitarios”;³ a su turno, el autor argentino Roberto A. Vázquez Ferreyra sostuvo, en lo concerniente a los límites de la información del profesional hacia el paciente, la poca claridad que existe, lo cual “... complica seriamente la relación médico-paciente sobre todo si se tiene en cuenta que la práctica médica más sencilla encierra siempre todo tipo de riesgos para el paciente”.⁴ De igual forma, el consentimiento infor-

2 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-924 del 17 de noviembre de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y Galán Cortés, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas; 2001, p. 27.

3 Galán Cortés, *ibíd.*, p. 17.

4 Vázquez Ferreyra, Roberto A. “El consentimiento informado en la práctica médica”, en Sideme (Uruguay), en < <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/ci-ravf.pdf>> (consulta del 2 de febrero de 2011).

mado genera reclamaciones por la falta de claridad, haciéndose necesario estudiar y analizar sus elementos.

La voluntad es un elemento importante en la formación del consentimiento informado. Al respecto, los doctrinantes Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta sostienen: “Obvio es que la voluntad del agente o agentes no constituye, por sí sola, fenómeno susceptible de resonancia jurídica, sino que además es indispensable que dicha voluntad se manifieste, que trascienda el fuero interno en el cual se gesta y desarrolla, proyectándose en la vida de las relaciones sociales que son objeto propio del derecho”.⁵ En consecuencia, se hace necesario el otorgamiento espontáneo del consentimiento, sin injerencias externas, y, para el tema que nos ocupa, el médico debe ser claro en la información que transmite.

Por lo tanto, el paciente debe tener una idea clara de los posibles tratamientos que le pueden aplicar. Además, la manifestación de la voluntad debe provenir de una persona capaz; más adelante trataremos el tema de la capacidad en el consentimiento informado. Por ahora, diremos que esta se refiere a la aptitud cognoscitiva de entender la información transmitida por el galeno, con el objeto de que el paciente elija autónomamente una terapéutica.

Para el correcto otorgamiento del consentimiento informado, deben concurrir circunstancias que permitan al paciente tomar una decisión autónoma de acuerdo con sus creencias y convicciones; por tal razón, el médico debe suministrar una adecuada información, con el fin de que este no contenga vicios, los cuales son:

- a. Falta de información o defecto en la misma por parte del facultativo.
- b. Intimidación, amenaza, coacción, etc., por parte de éste con independencia de que produzca otros efectos penales.
- c. Por estado emocional que impide hacer adecuado uso de la voluntad.
- d. Por miedo, justificado o injustificado, que impida el adecuado uso del razonamiento lógico y el juicio crítico.
- e. Por presiones o necesidades muy variadas (laborales, familiares, sociales, etc.).⁶

5 Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 7ª ed.; 2005, p. 99.

6 Saavedra Rojas, Édgar. “El concepto del debido proceso en el juicio disciplinario médico”, en *Gaceta de Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Médica*, Vol. 4, N° 1, enero-junio 2000, p. 20.

La expresión de la voluntad, en el presente caso, debe ser el resultado de una apropiada formación interna del procedimiento o intervención por realizar, en donde se indiquen las diferentes posibilidades⁷ de tratamiento, los riesgos de un determinado procedimiento, con el propósito de que el paciente libremente manifieste su decisión, permitiendo la aplicación de aquel por parte del facultativo.

En lo referente al consentimiento informado, encontramos una similitud contenida en el Código Civil colombiano relacionada con la expresión de la voluntad, de tal forma que la voluntad del paciente tanto en el precitado Código como en el caso médico está encaminada a producir efectos jurídicos.

Observamos cómo el artículo 1502 del Código Civil nos brinda los elementos esenciales de todo contrato, a saber: a) capacidad legal de las partes; b) que el consentimiento no adolezca de vicio; c) que recaiga sobre objeto lícito y d) que tenga causa lícita.

Por lo anterior, se advierte la importancia de la expresión de voluntad en la formación de un negocio jurídico, la cual debe carecer de vicios.⁸ En igual sentido pasa con el consentimiento informado como una expresión del paciente, encaminada a consentir una terapéutica o cualquier otro procedimiento médico que invada su humanidad.

Dicho consentimiento debe ser entregado por persona capaz, de conformidad con una información veraz, integral y oportuna, suministrada previamente por el galeno, advirtiendo acerca de los riesgos, los procedimientos, las expectativas, el diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad y sus posibles tratamientos.

A continuación, mostraremos algunos conceptos que la doctrina ha desarrollado respecto del consentimiento informado, los cuales nos brindarán elementos fundamentales que serán utilizados para este estudio.

7 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-924 del 17 de noviembre de 2010. “Adicionalmente, la Corporación, debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento genéricamente descrito, ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) *la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento*^[19]; y (ii) *el consentimiento informado del paciente*^[20], que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo”.

8 República de Colombia, Código Civil, artículo 1508: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.

Según Emily Jackson, el consentimiento informado comporta tres aristas, a saber: la legal, la moral y la clínica; al respecto sostiene:

Legalmente el consentimiento es necesario para convertir lo que de otro modo sería un contacto ilegal o asalto en una práctica legal. Que sirve a la protección de los médicos del enjuiciamiento. Moralmente, el consentimiento es requerido para respetar los derechos del paciente y su autodeterminación. Clínicamente, el consentimiento del paciente sirve para hacer fácil el tratamiento de este, y su cooperación contribuye hacia los tratamientos sucesivos.⁹

Esta doctrinante británica resalta la dignidad humana en lo relativo a su autodeterminación, al respeto que se le debe tener al paciente y a los derechos que este tiene. Ello ayudará posteriormente a que el enfermo coopere en su tratamiento; además, es útil como soporte probatorio en un juicio, el cual, de surtirse en forma adecuada y rigurosa, servirá como elemento de exoneración de responsabilidad en lo atinente al deber de informar y a la recepción del asentimiento por parte del paciente.

En la obra *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, el abogado y médico español Julio César Galán Cortés define el consentimiento informado como “... el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario información bastante, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de la enfermedad”.¹⁰ Observamos en esta definición las características que debe tener la información suministrada por el facultativo a su paciente, con el propósito de que este conscientemente exprese su voluntad en lo referente al diagnóstico y al tratamiento que se vaya a seguir.

De otro lado, el profesor uruguayo Hugo Rodríguez Almada sostiene que

el consentimiento es uno de los derechos del paciente, (...). En el terreno ético, la doctrina del consentimiento informado se vincula a un proceso de cambio en el paradigma del modelo hegemónico de la relación médico-paciente (del paternalismo a la autonomía) de las últimas décadas. Como categoría jurídica, su origen es muy anterior y se ubica en el derecho civil vinculado a la teoría de las obligaciones y de los contratos.

9 Jackson, Emily. *Medical law: text, cases and materials*. Oxford: Oxford Press; 2006, p. 181.

10 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 27.

Durante largo tiempo no estuvo incorporado a la relación médico-paciente y se lo considera una de las últimas aportaciones a la teoría de los derechos humanos.¹¹

En este sentido, el Tribunal Supremo español manifestó:

El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.¹²

De lo anotado anteriormente, no compartimos lo relacionado con tomar el consentimiento informado como un derecho fundamental per se, si bien este estudio tiene como propósito resaltar el consentimiento informado dentro del acto médico, lo correcto, a nuestro modo de ver, es aceptarlo como la expresión de la voluntad resultante del ejercicio de derechos (la dignidad, la libertad, la salud, la vida, la autonomía y la información), que se conjugan con el deber de información en cabeza del médico y la idea clara que se forma el paciente del diagnóstico y tratamiento por seguir, para que finalmente exteriorice su decisión.

Así mismo, de la definición dada por Rodríguez Almada, encontramos procedente resaltar el parangón que hace con el concepto de la legislación civil, por cuanto se asemejan y son manifestaciones de la voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos. Adicionalmente, se destaca la importancia dada al cambio del modelo paternalista al autónomo, modelos que ha brindado la doctrina para fundamentar el estudio del consentimiento informado. Tema que más adelante analizaremos.

Por su parte, el médico Elberto Rojas Zorro lo define como "... un procedimiento dialógico obligatorio ética y legalmente, que se da en la relación médico-paciente, en el que un sujeto competente, a quien se considera y respeta en sus autodeterminaciones, recibe información adecuada e inteligible que lo capacita para comprender y decidir acerca del diagnóstico, pronóstico y tratamiento de su enfermedad".¹³ No nos

11 Rodríguez Almada, Hugo. "Seudoconsentimiento informado en Uruguay", en <<http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/2002v1/art-11.pdf>> (consulta del 2 de febrero de 2011).

12 España, Tribunal Supremo, Sala Civil, sentencia del 12 de enero de 2001, M. P. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Exp.3688/1995.

13 Rojas Zorro, Elberto. "Fundamentos bioéticos del consentimiento informado", en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2003, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 20 de abril de 2011).

adherimos a esta definición, consideramos que el consentimiento informado no es un procedimiento, debido a que el procedimiento es entendido como “método de ejecutar algunas cosas”,¹⁴ el cual suele realizarse siempre de la misma manera, con una serie de pasos establecidos previamente.

Debemos mencionar que el consentimiento informado no es igual en todos los casos, partiendo del supuesto de que no todos los pacientes son iguales y de que la capacidad de comprensión varía de acuerdo con múltiples factores (edad, nivel de educación, grado de preocupación, etc.). Es por ello por lo que el consentimiento informado no debe ser entendido como un procedimiento.

Para la doctrinante colombiana Mónica Fernández,

el papel del médico consiste en explicar al paciente su condición clínica y las distintas posibilidades de diagnóstico o de terapia, con el fin de permitir que el paciente haga una valoración de la información recibida y escoja el itinerario que considera aceptable. Así pues, la potestad de curar de la que están investidos los médicos halla su límite en la voluntad del paciente capaz de autodeterminarse, salvo en los casos de tratamientos obligatorios o de situaciones de urgencia que pongan en grave peligro la salud y la vida del paciente.¹⁵

Dicha postura resulta acertada, dado que se tiene en cuenta la voluntad del paciente y la necesidad que tiene el médico de informar, además del límite para la aplicación de un tratamiento o diagnóstico previa autorización de este.

El médico Giovanni Valencia Pinzón sustenta que el consentimiento informado es una etapa fundamental del acto médico, llegando a ser considerado como parte de la *lex artis*.¹⁶ Si bien es cierto, el consentimiento informado se da dentro del acto médico, este puede ser requerido en múltiples oportunidades, por ello, al encontrarse frente a un nuevo procedimiento, se debe solicitar nuevamente la autorización del paciente. Al respecto, el Convenio de Oviedo de 1997 expresa en su artículo 5º: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona

14 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22ª ed., en <www.rae.es>.

15 Fernández Muñoz, Mónica Lucía. *La responsabilidad médica: problemas actuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; 2008, pp. 184-185.

16 Valencia Pinzón, Giovanni. “La *lex artis*”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2001, en <http://www.medicolegal.com.co> (consulta del 10 de abril de 2011).

deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

En relación con la normatividad colombiana frente al tema, esta no ofrece una definición de consentimiento informado expresa. Únicamente, la Ley 23 de 1981, en sus artículos 15 y 16, y el Decreto Nacional 3380 de 1981 hacen referencia a los “... efectos jurídicos en determinadas circunstancias, además de imponer como regla general que el médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios”.¹⁷ Igualmente, se preceptúan los casos en los que no se pedirá consentimiento informado,¹⁸ el orden para solicitar consentimiento por parte del médico¹⁹ y el no sometimiento a riesgos injustificados por parte del galeno a su paciente.

Establece la Ley 23 de 1981 que la relación médico-paciente tiene su génesis en cuatro supuestos: “1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes; 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia; 3. Por solicitud de terceras personas; 4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública”.²⁰

Del mismo modo, esta Ley otorga la posibilidad de rehusarse a aplicar actos contrarios a la moral que interfieran con el correcto ejercicio de la profesión (Ley 23 de 1981, artículo 6°). Así mismo, permite el retiro por parte del médico de la relación siempre y cuando no se esté en un caso de urgencia (Ley 23 de 1981, artículo 7°).

Entonces, el consentimiento se caracteriza por una declaración de voluntad dada por el paciente luego de haberse recibido una adecuada y suficiente información referida al diagnóstico o tratamiento que el profesional de la salud se propone aplicar, con el fin de que el paciente en uso de sus capacidades ejerza su derecho y tome una decisión. Un apropiado consentimiento informado es la garantía de un correcto nacimiento de la relación médico-paciente, que, al darse correctamente, podría reducir las demandas.

Para que la expresión de la voluntad sea válida jurídicamente, debe ser otorgada y exteriorizada libre de vicios, por persona facultada para brindar el consentimiento informado y donde exista una voluntad ilustrada, es decir, previamente el médico

17 Dueñas Albarracín, Fabián Ricardo. *El consentimiento informado en la actividad médica*. Línea de Investigación de Responsabilidad Médica, Universidad del Rosario, 2011.

18 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 23 de 1981, artículo 16.

19 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 73 de 1988.

20 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 23 de 1981, artículo 5°.

debe informar al paciente suficiente, veraz y oportunamente sobre la condición, los posibles tratamientos y sus respectivos riesgos. Aunado a ello, debe ser dada por persona autónoma y capaz, manifestándose en el momento oportuno.²¹

21 Castaño de Restrepo, María Patricia. *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado: derivada de la administración y prestación de servicios de salud*. Bogotá: Temis; 2003, pp. 64-65.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. (DIGNIDAD Y AUTONOMÍA)

Como lo hemos manifestado anteriormente, del consentimiento informado se desprenden un cúmulo importante de derechos, entre estos haremos énfasis en el derecho a la dignidad y a la autonomía, los cuales son fundamentales para la correcta obtención del consentimiento por parte del paciente. Sin la protección de estos derechos, no se tendría en cuenta la voluntad del paciente.

Es así como debemos comprender que el consentimiento informado no siempre tuvo la importancia que tiene hoy en día; al respecto, Galán Cortés señala: “La relación médico-paciente era de tipo vertical, de forma que el médico desempeñaba el papel de tutor y el enfermo el de desvalido, de allí que histórica y tradicionalmente se haya prescindido de su parecer y consentimiento”.²²

Actualmente, la balanza se ha tratado de equilibrar poniendo en el paciente la capacidad de decidir sobre su cuerpo.²³ A continuación, revisaremos las primeras manifestaciones encontradas en la jurisprudencia internacional respecto del consentimiento informado. En 1878, “la Corte de Apelaciones de Nueva York estableció que el no revelar los peligros derivados de un procedimiento médico era una conducta negligente del profesional”.²⁴ Posteriormente, el juez Benjamin Cardozo, en el caso *Schloendorff versus New York Hospital*, en 1914, indicó: “Todo ser humano de edad adulta y en su sano juicio tiene derecho a determinar qué se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete un asalto”.²⁵

22 Galán Cortés, Julio César. “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, en *Revista Médico Legal*, Uruguay, 1999, en <<http://www.rmu.org.uy>> (consulta del 12 de abril de 2011).

23 Entiéndase capacidad de entender como “la aptitud cognoscitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses (aceptar o rechazar una intervención médica con base en dicha información disponible)”. Cfr. Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 73.

24 Fajardo Sandoval, Franklyn & Ruano Ibarra, Luis Eduardo. *El consentimiento informado: del paternalismo a la reivindicación de los derechos humanos del paciente*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; 2009, pp. 43-45.

25 Jackson, *Medical law...*, op. cit., p. 181. “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault”.

De lo anteriormente citado, se concluye que, desde el siglo XVIII, existieron manifestaciones en las cuales el paciente dejó de ser visto como un desvalido carente de criterio para expresar su voluntad, convirtiéndose en la persona determinante del acto médico, dando la posibilidad de practicar una intervención en su humanidad, salvo los casos de urgencia consagrados en la ley (asunto que desarrollaremos más adelante). En este sentido, la dignidad humana cobró un rol relevante en el tema del consentimiento informado.

Frente al derecho de la dignidad en Colombia, la Corte Constitucional afirmó:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.²⁶

Sobre esto conviene decir que la dignidad de la persona y el respeto al derecho a la autonomía e intimidad se encaminan al correcto otorgamiento del consentimiento informado. En la actualidad, se protege la condición del paciente como persona sujeto de derechos y garantías, lo que permite que el médico tenga un límite en la aplicación de tratamientos y/o procedimientos en determinado paciente. La dignidad y la autonomía generaron un cambio en la responsabilidad médica, debido a que el paciente tiene la posibilidad de autodeterminarse en la aplicación de un determinado procedimiento.

26 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-062 del 4 de febrero de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En igual sentido, Sentencia T-075 del 26 de enero de 2001, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. “La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es ‘un fin en sí misma’. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado social de derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales –intrínsecos a la persona– si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano”.

En lo relacionado con el derecho a la autonomía, observamos discrepancias en el ejercicio de este,²⁷ puesto que existen situaciones en donde la persona que brinda el consentimiento no está bien determinada; es el caso de “los niños, las niñas y los adolescentes”,²⁸ en los cuales en cierto tipo de circunstancias sus representantes legales consienten por ellos. Se debe advertir que constitucionalmente se ha dicho que los padres o tutores no son sus dueños, lo que significa que, si expresan la voluntad por los niños, niñas y adolescentes,²⁹ no pueden poner en peligro sus vidas.³⁰

A su vez, con fundamento en lo señalado en el artículo 11 de la Ley 23 de 1981, se ha considerado erróneamente que el médico debe ocultar la información que pueda preocupar al paciente, al disponer aquel: “La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas”. Luego, se tiene que, si la información es relevante para el tratamiento, diagnóstico u otro procedimiento que pueda afectar la expresión de la voluntad del paciente, el médico está en el deber de informarlo; de no hacerlo, el consentimiento informado otorgado por el paciente estaría viciado.

En todo caso, advertimos, la Corte Constitucional garantiza el pleno ejercicio del derecho de la autonomía del paciente, afirmación basada en lo siguiente:

Cuando la realización de un procedimiento médico implica la intervención o manipulación del cuerpo del paciente, el médico tratante o los médicos que hayan intervenido o participado con sus conceptos científicos especializados en la elaboración de propuestas médicas que buscan solucionar los problemas de salud que aquejan al paciente, deberán suministrar a éste la información suficiente, que, ajustada a la realidad científica y fáctica que rodean su caso en particular en ese momento, permita que el paciente, haciendo uso de su **autonomía individual**, asienta sobre el procedimiento a él propuesto, y acepte en consecuencia someterse o no al mismo en aras de mejorar su estado de salud, o en el caso extremo, el de salvaguardar su propia vida.³¹ (Negrilla fuera de texto).

27 Castaño de Restrepo, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 51.

28 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006, mediante la cual se expide el Código de la Infancia y de la Adolescencia, en donde se entienden por niño o niña las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad, anteriormente llamados menores.

29 Entiéndase: niños, niñas y adolescentes en adelante como NNA.

30 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-551 del 2 de agosto de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

31 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1229 del 28 de noviembre de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Así las cosas, se puede aseverar que el paciente puede decidir siempre sobre su cuerpo; es tan importante la autonomía individual que, en los casos en que se pueda ver afectada, el Estado la protegerá. De este modo lo anunció la Corte Constitucional:

La tensión en estos casos entre el interés en preservar la salud y la vida de las personas que no pueden ejercer plenamente su autonomía, y el respeto por su dignidad, impone la necesidad de establecer una medida a la actividad protectora del Estado y de la sociedad. Tal actividad debe encaminarse a permitir el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos. Por lo tanto, las medidas protectoras serán aceptables constitucionalmente en tanto estén dirigidas a preservar o a promover el desarrollo de las condiciones físicas, mentales, y de salud, necesarias para el ejercicio de tal autonomía. Por supuesto, ello supone tanto unos límites como una directriz a la actividad protectora que pretenden ejercer terceras personas.

El límite a la actividad protectora implica, por un lado, que el Estado no puede adoptar las decisiones de salud por las personas, en la medida en que sus resoluciones específicas puedan ser tomadas autónomamente, aunque las mismas no hayan desarrollado plenamente su autonomía en todos los aspectos de su vida. Tal límite impone además el deber del Estado de proteger a las personas en relación con aquellas decisiones para las cuales no han desarrollado la autonomía necesaria. La protección de estas personas resulta aceptable entonces, en la medida en que ellas mismas, o terceros, pongan en peligro el ejercicio futuro de su autonomía, con sus decisiones respecto de su salud.³²

Entonces, podemos afirmar que la autonomía se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad humana, la cual debe ser reconocida y garantizada por el Estado, en donde el paciente debe ser tratado como un sujeto de derechos, quien decide, entre las diferentes opciones de tratamientos, la que más le convenga, sin que el médico o la sociedad le impongan alguno.³³ Pero, en el caso de personas en donde su autonomía se vea comprometida, el Estado puede entrar a protegerla, verbi gratia, el hermafroditismo en NNA, situación en la cual los padres o tutores no pueden decidir sobre la readecuación de sexo, si no serán aquellos quienes en un futuro decidirán cuando tengan capacidad.

32 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

33 *Ibid.*

IV. EVOLUCIÓN, MODELOS Y DESARROLLO HISTÓRICO

La doctrina ha abordado el concepto del consentimiento informado, a partir de su evolución histórica, en cuatro facetas. En efecto, doctrinantes como Julio César Galán Cortés,³⁴ Patricia Castaño de Restrepo,³⁵ Flanklyn Fajardo Sandoval y Luis Eduardo Ruano Ibarra,³⁶ reconocen la existencia de cuatro etapas referentes al consentimiento informado:

- La primera, conocida como consentimiento voluntario, se originó en 1947, con la expedición del Código de Investigación de Núremberg, el cual se creó con la finalidad de juzgar a los nazis; este código en su párrafo inicial preceptuó “que el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial”,³⁷ “dando paso a una visión de autonomía y respeto por los derechos de quien funge como paciente o como objeto de estudio”.³⁸
- La segunda tiene mayor relación con el acto médico. Fue así como, en 1957, el Tribunal de Apelaciones de California, en el caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*,³⁹ se condenó al médico cirujano y radiólogo, por no haber informado a su paciente de los riesgos de una aortografía traslumbrar,⁴⁰ la cual le generó una parálisis irreversible. En los argumentos del fallador (juez Bray), se indica “que un médico viola sus obligaciones hacia su paciente y se expone a ser demandado si le oculta cualquier hecho que pueda ser necesario para fundamentar un consentimiento inteligente del mismo al tratamiento propuesto. Asimismo, el médico

34 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 26.

35 Castaño de Restrepo, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Editorial Temis S.A.; 1997, p. 170.

36 Fajardo Sandoval & Ruano Ibarra, *El consentimiento informado...*, op. cit.

37 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 26.

38 Fajardo Sandoval & Ruano Ibarra, *El consentimiento informado...*, op. cit., p. 54.

39 Ver sentencia del Tribunal de Apelaciones de California en el caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board Of Trustees* de 1957, en <<http://www.stanford.edu/group/psylawseminar/Salgo.htm>>.

40 Técnica radiológica que permite descubrir posibles alteraciones en la morfología de las aortas, en <<http://salud.doctissimo.es/diccionario-medico>> (consulta del 22 de enero de 2012).

no puede minimizar los riesgos conocidos de un procedimiento u operación para inducir al consentimiento de su paciente”.⁴¹

- La tercera es conocida en la doctrina como el consentimiento válido, teniendo su sustento en el caso *Culver* en 1982. En este se sostuvo: “La obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos en la defensa”.⁴²
- Finalmente, encontramos la etapa “conocida como la del ‘consentimiento auténtico’, [que] se caracteriza por la decisión auténtica del paciente, entendiéndose como tal la que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo”.⁴³

Otra forma de abordar el concepto de consentimiento informado es observando los modelos en los cuales la doctrina se ha fundamentado, estos son:

4.1. Modelo paternalista

En palabras del escritor Fernando Javier Herrera Ramírez, el “principio de beneficencia constituye la esencia del modelo paternalista que importa la búsqueda del bien de otra persona desde el nivel de preeminencia que permite prescindir de la opinión de otra persona”.⁴⁴ A su turno, el profesor español Diego Gracia Guillén, citado por Galán Cortés, define el paternalismo como “el rechazo a aceptar o a consentir los deseos, opciones y acciones de las personas que gozan de información suficiente y capacidad o competencia adecuada, por el propio beneficio del paciente”.⁴⁵

Según Francisco León Correa, citado por Fajardo Sandoval, el “modelo paternalista, factiblemente el más común en la relación médico-paciente, como se puede ver, restringe la libertad del segundo con el objeto de beneficiarle, ya que en efecto, el paternalismo es el paradigma centrado en el médico y su deber de beneficiar al

41 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 27.

42 *Ibíd.*, p. 27.

43 *Ibíd.*

44 *Ibíd.*, p. 218.

45 *Ibíd.*, p. 47.

paciente”.⁴⁶ Para Tom Beauchamp y James Childress, consiste “en que una persona (el médico) no toma en cuenta las preferencias o acciones conocidas de otra persona (paciente), cuando quien hace esto lo justifica en razón de que persigue beneficiar o evitar daños a las personas cuyas preferencias o acciones no son tomadas en cuenta”.⁴⁷

Para efectos de nuestro análisis, resulta relevante señalar que la doctrina ha dividido el paternalismo en débil y fuerte, el cual es importante a la hora de determinar si no se toma el consentimiento del paciente por falta de información e incapacidad, o por una postura extrema en la cual la voluntad del paciente no tiene cabida dentro del acto médico. Al respecto, los doctrinantes Galán Cortés,⁴⁸ Fajardo Sandoval y Ruano Ibarra⁴⁹ sostienen que el paternalismo débil es aquel que

no permite que alguien se haga daño a sí mismo por defecto en el derecho al consentimiento informado (por falta de información o por incapacidad para el consentimiento), por lo que constituye una forma del principio de no maleficencia que obliga a proteger a las personas contra los perjuicios provocados por causas ajenas al control de su voluntad, mientras que el paternalismo fuerte afirma que puede y debe evitarse que las personas adultas atenten contra sí mismas, aunque posean información y capacidad de juicio y disenso.⁵⁰

4.2. Modelo de justicia

El modelo de justicia hace referencia al principio de beneficencia, pero al servicio de terceros, limitando la autonomía. Este modelo “es perfectamente equivalente al principio de intereses de terceros, constituyendo una causa justa de privación de libertad de una persona, lo que determina la quiebra del principio de autodeterminación para estos casos”.⁵¹ Es así que se parte del supuesto de que, al perjudicar los intereses de la sociedad por parte de una persona, la sociedad tiene jurisdicción sobre el individuo, haciendo prevalecer los intereses generales sobre los particulares.

46 Citado por Fajardo Sandoval & Ruano Ibarra, en *El consentimiento informado...*, op. cit., pp. 43-44.

47 *Ibid.*, p. 46.

48 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 48.

49 Fajardo Sandoval & Ruano Ibarra, *El consentimiento informado...*, op. cit., pp. 42-49.

50 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 48. Ver Beauchamp, Tom & Childress James. *Principles of biomedical ethics*, p. 181.

51 Galán Cortés, *ibid.*, p. 48.

Podemos citar como ejemplo las campañas de salud pública de vacunación obligatoria y los internamientos.⁵²

4.3. Modelo de beneficencia

La beneficencia busca “la protección de los mejores intereses del paciente, exclusivamente desde el punto de vista de la medicina, sin tener presente el proyecto vital de cada individuo, ni sus preferencias o decisiones personales. Para este modelo, la medicina proporciona un punto de vista objetivo sobre los mejores intereses del paciente”.⁵³ Para mayor claridad del concepto, podemos dar como ejemplo el caso en que una persona tenga ciertas convicciones religiosas o culturales, las cuales le lleven a decidir la no aplicación de un determinado tratamiento, no obstante, el profesional de la salud lo aplicaría, con el argumento de que busca los mejores intereses para el paciente.

4.4. Modelo de autonomía

Este modelo vela por los intereses del paciente sin tener presente la visión objetiva de la medicina; así lo precisaron Tom Beauchamp y Laurence McCullough en su obra *Ética médica: las responsabilidades morales de los médicos*: “La decisión de una determinada persona es autónoma si procede de los valores y creencias propios de dicha persona, se basa en una información y comprensión adecuada y no viene impuesta por coacciones internas o externas...”.⁵⁴ De igual forma, Herrera Ramírez⁵⁵ consideró el modelo de autonomía como la situación en la cual un humano que se encuentra en uso de razón puede elegir libremente sin ninguna clase de presión ni imposición.

En todo caso, podemos decir, luego de analizado este aparte, que el consentimiento informado se fundamenta en la expresión de la voluntad que tiene cada persona en decidir sobre su salud e integridad. Por ello, se hace necesario brindar al paciente una información (clara, verdadera y adecuada) por parte del médico de las alternativas y complicaciones que acarrea un procedimiento, esto con el propósito

52 *Ibíd.*

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*, p. 45.

55 Herrera Ramírez, Fernando Javier. *Manual de responsabilidad médica*. Bogotá: Leyer; 2008, p. 218.

de que el paciente pueda evaluar los posibles tratamientos para finalmente exteriorizar su voluntad.

Dentro de los modelos dados por la doctrina y expuestos anteriormente, observamos que no se puede abusar de ninguno de ellos, toda vez que se correría el riesgo de deformar la relación médico-paciente. Además, si se incurre en un autonomismo extremo, en el cual el paciente pone sus reglas y condiciones sin tener en cuenta la guía y asistencia de médico, se llevaría a la posible retirada de la relación por parte del médico. De otro lado, si el médico toma una posición paternalista, vulneraría los derechos que trae consigo el consentimiento informado.

V. A QUIÉN SE DEBE INFORMAR

Una de las situaciones a las que se enfrenta el médico es saber a quién debe informar y, además, si la persona a la que le informa cuenta con la capacidad para decidir. Es así que la expresión de la voluntad se puede dar de forma directa o indirecta, dependiendo si acude directamente al paciente o a un tercero.

5.1. Consentimiento directo

Para resolver este punto, se debe realizar la pregunta ¿quién ostenta la titularidad del consentimiento? Es verdad que en muchas ocasiones no existe problema en determinar a quién se le debe informar, como es el caso de los adultos con plena capacidad de juicio. En relación con este aspecto, autoras como Elena Highton y Sandra Wierzba, citadas por Galán Cortés en la obra titulada *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, exponen que el problema de la “capacidad no debe entenderse como la capacidad legal, sino como la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, con plena facultad para valorar las ventajas alternativas, además de la posibilidad de sobreponerse al medio, la angustia y al nerviosismo que conlleva una situación de esta índole”.⁵⁶

Por su parte, Castaño de Restrepo⁵⁷ analiza el consentimiento indirecto a fin de determinar en qué casos se solicita el consentimiento directo; para ello argumentó:

a. *Incapacidad legal*: para discernir el problema del consentimiento, se remitió a lo dispuesto en el artículo 1502 y subsiguientes del Código Civil, los cuales hacen referencia a quiénes son incapaces legalmente, que se dividen en dos grupos:

- Los incapaces absolutos: dentro de los cuales están los impúberes y sordomudos, quienes no pueden darse a entender.

⁵⁶ Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 17. Cfr. Rojas Zorro, “Fundamentos bioéticos...”, op. cit., en <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2003/9/2/cdm_art_2_v9_r2.pdf> (consulta del 20 de abril de 2011). Para este autor, la capacidad “se refiere al buen funcionamiento de los procesos psicológicos, pero está vinculada fundamentalmente al querer de la voluntad que en otras palabras equivale al libre ejercicio de la autodeterminación de los individuos”.

⁵⁷ Castaño de Restrepo, *El consentimiento informado...*, op. cit., pp. 99-121.

- Los incapaces relativos: los menores adultos, los disipadores que estén bajo interdicción.

Si el paciente no se encuentra en alguna de estas situaciones, se dice en principio que puede recibir la información y dar su consentimiento para llevar a cabo uno o varios tratamientos sobre su cuerpo. No obstante, surge la pregunta ¿qué pasa si el paciente se encuentra en estado de inconsciencia o sus facultades psicofísicas están limitadas, pero dicho paciente legalmente es capaz? A continuación, le daremos respuesta a este cuestionamiento.

- b. Incapacidad de hecho:* en respuesta de la pregunta anterior, está este tipo de incapacidad en donde en principio se dice que es capaz, pero, por ciertas circunstancias, el paciente no puede exteriorizar su voluntad. Es aquí donde el profesional de la salud debe acudir al consentimiento diferido, el cual explicaremos más adelante.
- c. Principio de reserva y deber de información:* en lo referente a la capacidad, se debe decir que

en la relación entre el principio de reserva y el criterio según el cual el paciente tiene derecho a recibir la información y a decidir de acuerdo con sus mejores intereses y en las condiciones excepcionales que impiden suministrarle información al paciente y por ende obtener su consentimiento directo, inferimos a manera de conclusión, algunas condiciones para determinar cuándo se debe informar al paciente y obtener directamente su voluntad. Esas condiciones son:

Autonomía del paciente. Estado de consciencia o ausencia de una incapacidad de hecho que le impida comprender lo que se le informa o tomar una decisión (facultades cognitivas y volitivas).

Existencia de otras condiciones que hagan física y moralmente posible suministrarle la información (estado psicológico, resistencia anímica, etc.).

Si el paciente se encuentra en un estado de salud grave, la información debe contribuir a la solución de sus problemas espirituales y materiales (esto respetando el tenor literal del artículo 18 de la Ley 23 de 1981...

Que el paciente no requiera intervención inmediata, y que, por lo tanto, se pueda esperar la recuperación de su consciencia o de sus facultades mentales para suministrarle información.⁵⁸

58 Ley 1098 del 2006, p. 121.

En este orden de ideas, concluimos que el consentimiento informado directo es aquel en el que el paciente expresa al galeno su voluntad de permitir o no la aplicación de algún procedimiento. Tal consentimiento debe brindarse de manera directa y sin interferencia de persona alguna.

5.2. Consentimiento indirecto

En el caso en que el facultativo no pueda informar directamente al paciente sobre el procedimiento o tratamiento por seguir, se debe solicitar a un tercero; para este caso, existen dos formas de hacerlo.

La primera desarrollada en España y plasmada en el artículo 5º de la Ley 41 del 2002,⁵⁹ la cual preceptúa que la información debe darse al paciente como titular de este derecho, pero también pueden ser informadas las personas que tengan vínculo familiar o de hecho con el paciente. Es decir, no establece un orden riguroso para determinar quién debe ser informado.

59 Reino de España, Ley 41 del 2002, artículo 5º. Titular del derecho a la información asistencial:

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.
2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.
3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho".

A su vez, la Ley 23464 de la República Argentina, en su artículo 18 propone un orden riguroso⁶⁰ y ritualista, al igual que en Colombia (Ley 73 de 1988,⁶¹ artículo 5°), el cual comporta problemas en la práctica, ya que el familiar no siempre está al cuidado del paciente y no siempre conoce acerca de las convicciones o mejores decisiones para el enfermo.

5.2.1. El consentimiento diferido en menores

La capacidad de los menores de edad es tomada por la doctrina desde diferentes puntos de vista. Es así como en España⁶² el menor de edad que tenga “capacidad de juicio y entendimiento [que] le permitan conocer el alcance del acto médico para su propio bien jurídico debe ser él mismo quien autorice la intervención médica”,⁶³ es decir, se dice que un menor puede tener capacidad para dar consentimiento y, en el supuesto de que el paciente no tenga la suficiente madurez para consentir, sus padres o los representantes legales pueden otorgar dicho consentimiento. Además, cuando un menor con suficiente grado de madurez tenga discrepancia con su tutor, podrá acudir ante el juez, salvo los casos de urgencia, de modo que el médico podrá actuar amparado bajo la figura de estado de necesidad. Adicionalmente, en el caso

60 República de Argentina, Ley 23464, artículo 18: “A los efectos de este título se establece el siguiente orden de familiares legitimados para la disposición, que se encuentren en el lugar del deceso, en pleno uso de sus facultades mentales, que regirá en ausencia de voluntad expresa del causante: a) el cónyuge conviviente; b) los hijos mayores de edad; c) los padres; d) los hermanos mayores de edad; e) los abuelos y nietos mayores de edad; f) los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive; g) los parientes por afinidad hasta el segundo grado. Tratándose de parientes del mismo grado, es suficiente el consentimiento de uno solo de ellos; sin embargo, la oposición de alguno de éstos eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines aquí previstos. El vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de documento público. De lo expuesto deberá quedar constancia en los registros del servicio o establecimiento”.

61 Colombia, Congreso de la República, Ley 73 de 1988, artículo 5°: “Cuandoquiera que en desarrollo de la presente Ley deba expresarse el consentimiento, bien sea como deudo de una persona fallecida o en otra condición, se tendrá en cuenta el siguiente orden:

- 1) El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos. 2) Los hijos legítimos o naturales, mayores de edad. 3) Los padres legítimos o naturales. 4) Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad. 5) Los abuelos y nietos. 6) Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado. 7) Los parientes afines hasta el segundo grado”.

62 Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel. “La minoría madura”, presentada en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 23 de octubre de 1997, en <<http://www.aeds.org>> (consulta del 18 de abril de 2011); Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 82.

63 *Ibid.*, p. 78.

en que un menor de edad sin madurez requiera un tratamiento pero sus padres se opongan, se actuara en beneficio del menor.

Al respecto, José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez⁶⁴ sostiene la dificultad que se presenta en determinar quién es un menor maduro; así mismo, afirma que el término madurez es relativo. En este aspecto, estamos de acuerdo, pues al tener un ordenamiento tan laxo se pueden presentar problemas en determinar quién es capaz de recibir información para asentir determinado tratamiento.

En el caso colombiano,⁶⁵ se debe contar con la voluntad de los padres, sin poner en peligro la vida de los NNA; tal afirmación tiene sustento en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (es mandato constitucional velar por los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes). Cuando sus parientes, por convicciones culturales, religiosas, entre otras, pongan en riesgo los intereses de su hijo, se salvaguardarán los intereses del menor.⁶⁶

5.2.2. El consentimiento diferido en enfermos mentales

Visto el tema de los menores, analizaremos el de los enfermos mentales, relevante en materia jurídica a la hora de solicitar el consentimiento informado.

Encontramos el fallo de 1978 del Estado de Nueva Jersey, caso *Rennie versus Klein*, en el cual la Corte Federal del Distrito de Nueva Jersey señaló:

64 Martínez-Pereda Rodríguez, “La minoría madura”, op. cit.

65 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 23 de 1981, artículo 14: “El médico no interviene quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

66 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006, artículo 8º: “Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Artículo 9º: “Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. En igual sentido, el Consejo de Europa en la Recomendación 1121 preceptúa que el menor es titular de derechos, e insta a los Estados miembros a designar un mediador especial para los niños, el cual tendrá dentro de sus funciones aconsejarles, informarles de sus derechos, y podrá intervenir con el fin de ejercer acciones en nombre del menor.

Esta apelación nos obliga a definir los derechos legales de los enfermos mentales con respecto a la atención y el tratamiento suministrado por el Estado. Sostenemos que los enfermos mentales que están comprometidos contra su voluntad a las instituciones del Estado, sin embargo, conservan el derecho constitucional a rechazar las drogas antipsicóticas que pueden tener efectos secundarios e incapacidad permanente. El Estado puede anular ese derecho cuando el paciente es un peligro para sí mismo, o para otros, pero en situaciones que no son de emergencia debe proporcionar el debido procedimiento.⁶⁷

La jurisprudencia norteamericana estableció que, salvo los casos de urgencia o ante grave e inmediato peligro propio para el enfermo, los psiquiatras no pueden suministrar medicación antipsicótica a los pacientes sin su consentimiento, aunque se hallen hospitalizados, a no ser que sean incapaces de consentir.⁶⁸ Para dirimir el conflicto de las personas con trastornos mentales, tomaremos la solución propuesta por Herbert J. Drane, citado por Galán Cortés:

a) Si para un trastorno o enfermedad determinada (que puede ser mortal), existe un tratamiento eficaz, sin riesgos, y no hay alternativa terapéutica, puede aceptarse un consentimiento tácito. Por otro lado, un paciente moribundo que sabe que el tratamiento es inútil, es competente para rechazarlo; b) si hay alternativas de tratamiento o existe algún riesgo en el que se propone, el paciente debe comprender las diferencias y los riesgos de las alternativas que existen y ser capaz de una decisión basada en tal comprensión. La ignorancia o la incapacidad de comprensión lo hacen incompetente. En estos casos, es válido que el médico decida la opción que considere más adecuada; c) el nivel de competencia del paciente debe ser particularmente valorado cuando toma decisiones que parecen irracionales o son peligrosas u opuestas al juicio médico.⁶⁹

Jurisprudencialmente se ha dicho que no sirve cualquier alteración mental para declarar incapaz al enfermo del otorgamiento de su consentimiento, lo cual complica aún más la posición del profesional de la salud en la medida en que se crea un limbo en determinar hasta qué punto el paciente es capaz o no de consentir.⁷⁰

67 Estados Unidos de América, Corte Federal del Distrito de Nueva Jersey, Caso *Rennie vs. Klein* de 1978, en <<http://openjurist.org/653/f2d/836/rennie-v-klein-m-d-m-d>> (consulta del 18 de abril de 2011).

68 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 95.

69 *Ibid.*, p. 98.

70 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “La contraindicación, en muchos casos, hace parte de los criterios de sopesación que el enfermo tiene en cuenta para determinar su estado de salud. Es posible establecer una

5.2.3. El consentimiento en los casos de urgencia

El caso de urgencia es un término que define expresamente el Decreto 3380 de 1981 en su artículo 3º: “Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.⁷¹

Por lo tanto, en el supuesto de que se ponga en riesgo la vida del paciente, el médico no debe buscar el consentimiento de sus familiares o representantes legales, ya que está amparado por lo señalado en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981, en la medida que está protegiendo la vida del paciente. De igual forma, la jurisprudencia colombiana al respecto ha sido clara en sostener que en principio el consentimiento debe ser dado por el paciente, salvo casos que en verdad involucren urgencia.⁷²

Debe observarse que la información que suministre el médico al paciente debe contener todos los elementos relevantes que contengan una visión de los riesgos y los posibles beneficios que puedan surgir en la intervención. Argumento que es congruente con lo expresado en la Audiencia Provincial de Zaragoza, fallo del 27 de mayo de 1995, al precisar lo siguiente:

La información a dar por el médico ha de tener en cuenta múltiples factores, como son la capacidad de comprensión y decisión del paciente, sus deseos de información, la necesidad del tratamiento y el riesgo, así como los probables efectos de la información sobre el paciente, evitando la inoportunidad e incluso inquietarle inútilmente, a riesgo de tener que rehacer una intervención indispensable para su curación. También ha de tener distinta valoración el incumplimiento del deber de información, o el modo en que se hace, si se está ante una intervención terapéutica, o, como en el caso presente, ante una operación preventiva de embarazo, supuesto éste en el que la información puede ser ofrecida con la mayor claridad para el cliente y, por lo tanto, es exigible al médico mayor rigor en el cumplimiento de dicho deber.⁷³

diferenciación entre la situación mental del paciente –patológica o no– y su autonomía o capacidad para consentir. En este orden de ideas, la contraindicación hace parte del espacio de discrecionalidad y autonomía que posee el paciente frente al médico al momento de la prescripción del tratamiento. Aun existiendo un desequilibrio psicológico de parte del peticionario, a partir del cual se pudiese concluir una agresividad especial contra sus semejantes, ésta no parece ser una razón para excluir al paciente de la posibilidad de opinar acerca del tratamiento que prefiere”.

71 República de Colombia, Decreto Nacional 3380 de 1981, artículo 3º.

72 En este sentido, sentencias T-477/95, T-597/01, SU-337/99, T-480/97, SU-337/99, T-597/01, T-850 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia.

73 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 186.

VI. LA INFORMACIÓN DE RIESGOS POR PARTE DEL PROFESIONAL DE LA SALUD

En diversos apartes del presente estudio, hemos insistido en señalar la claridad que debe existir en la información dada por el galeno a su paciente, la cual debe incluir los riesgos que se pueden presentar en el tratamiento o procedimiento sugerido, con el fin de que el paciente tenga la suficiente claridad y pueda decidir de la mejor forma y conscientemente, evitando en el futuro posibles demandas. Sobre esto, el médico Mauricio Estévez-Bretón manifiesta:

Una buena relación médico-paciente es un importante recurso terapéutico disponible para ser utilizado con destreza en nuestro quehacer clínico diario. (...) Debo resaltar la importancia de la utilización de un lenguaje que el paciente y sus familiares logren entender (según las características socioculturales de cada paciente). El lenguaje técnico-científico solo debería utilizarse para indicarle al paciente cuál es el término utilizado por la medicina para designar su condición o patología. Un paciente y su familia bien informados tienen mucho menor riesgo de cometer errores y sufrir complicaciones. Además, tienden a tomar las mejores decisiones en el espectro terapéutico y, por lo general, son consultadas abiertamente con el médico. Por supuesto que un paciente bien informado por su médico tiene menor riesgo de llegar a tramitar una queja o una demanda en contra del profesional.⁷⁴

La posición dada por este profesional de la salud, para nosotros, es acertada, por cuanto propone la transparencia en la relación médico-paciente, y, de igual forma, no ve con recelo⁷⁵ la transmisión de información del galeno al paciente.

Dentro del deber de información que tiene el profesional de la salud frente a su paciente, existe un punto álgido, y es la información acerca de los riesgos que se pueden presentar tanto en la etapa del diagnóstico como en la de tratamiento. Si bien es cierto que el médico debe informar veraz, integral y oportunamente los procedimientos, las expectativas, el diagnóstico, el pronóstico de su enfermedad y su(s)

74 Estévez-Bretón, Mauricio. "Prácticas para optimizar la relación médico-paciente", en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2011, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 24 de julio de 2011).

75 Tal como lo mencionamos anteriormente, estamos de acuerdo en la transmisión clara, veraz y oportuna del médico hacia el paciente sobre el tratamiento o procedimiento por seguir y los riesgos que estos acarrearán.

posible(s) tratamiento(s), además es necesario informar respecto de los riesgos que se pueden presentar. Cada uno de ellos comporta un riesgo, lo que no quiere decir que nos encontramos en el régimen de actividades riesgosas, tema que ya fue discutido y solucionado por la doctrina y la jurisprudencia. Lo referente al aspecto de los riesgos es su aceptación ante su posible acaecimiento. Es por ello por lo que el médico tiene el deber de informar adecuadamente a su paciente sobre las posibles consecuencias de un procedimiento; de lo contrario, privaría al paciente de decidir libremente, lo que viciaría su consentimiento.

El artículo 16 de la Ley 23 de 1981 establece “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto”.⁷⁶ Es decir, la no información de riesgos previstos genera responsabilidad. En este sentido, los doctrinantes Patricia Castaño de Restrepo, Julio César Galán Cortés y Roger O. Dalq sostienen que, si el profesional de la salud no informa al paciente sobre los riesgos, es el médico quien asume los riesgos. Así mismo, la doctrina considera que, en el caso de no informarse sobre los riesgos al paciente, se puede aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, por cuanto al paciente al desconocer esos riesgos se le privó de la oportunidad de no realizarse el tratamiento u optar por otra terapia.

Respecto de los riesgos y de cuáles de ellos se deben informar, el Decreto Nacional 3380 de 1981⁷⁷ y la Resolución 13437 de 1991,⁷⁸ proferida por el Ministerio de

76 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 23 de 1981, artículo 16.

77 República de Colombia, Decreto 3380 de 1981: “Artículo 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

Artículo 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

- a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan.
- b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

Artículo 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

Artículo 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

78 República de Colombia, Ministerio de Salud, Resolución 13437 de 1991, artículo 1º: “Adoptar como postulados básicos para propender por la humanización en la atención a los pacientes y garantizar el

Salud, hoy en día denominado Ministerio de Salud y Protección Social, consagran el deber de informar acerca de los riesgos previstos en una terapéutica. Es necesario anotar que existen riesgos de común ocurrencia o típicos (aquellos previsibles que, de acuerdo con la experiencia, avances, estudios y estadísticas, se pueden presentar y se hace necesario revelarlos); y también, riesgos de escasa ocurrencia o atípicos (aquellos previsibles pero de escaso acontecer).

Hay que resaltar la importancia de consignar los riesgos en la historia clínica del paciente. Por otra parte, el médico no deberá informar de los riesgos en caso de urgencia o emergencia. Igualmente, no será necesaria su información cuando el estado mental del paciente no permita la expresión de la voluntad y no existan parientes que la puedan otorgar por el enfermo.

Castaño de Restrepo,⁷⁹ en este punto, afirma que los riesgos que se deben informar necesariamente son los que no sean de gravedad pero de común ocurrencia y los que comporten gravedad y sean de común ocurrencia. Los que no son necesarios informar son los que no sean graves y sean de escasa ocurrencia. Según esta autora, el problema surge en los riesgos graves de escasa ocurrencia, en donde al suministrar la información se puede preocupar al paciente y este no pueda decidir sobre la realización del tratamiento, por lo que insta a tomar una postura que no lesione la autonomía del paciente, pero que a la vez no lo inquiete.

Vemos cómo, en aras de proteger la vida, se toma una posición paternalista, en la cual el médico posee la información de los riesgos y no la suministra. En conclusión, el modelo autonómico en la praxis se puede ver obstaculizado por cuanto en ocasiones no son informados los riesgos o situaciones determinantes para la toma de una decisión por el paciente.

mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio público de salud en las instituciones hospitalarias públicas y privadas, los derechos de los pacientes que se establecen a continuación:

(...).

2) Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.

(...)"

79 Castaño de Restrepo, *El consentimiento informado...*, op. cit., pp. 198-199.

El artículo 18 de la Ley 23 de 1981 preceptúa que, si la condición del enfermo es grave, el médico se lo comunicará si esto contribuye a la solución de sus problemas materiales o espirituales; en una mirada estricta al principio de autonomía, no se le debería privar de la posibilidad de conocimiento de su situación al paciente, ya que, según la doctrina, se deben mirar las circunstancias del paciente en particular, con el fin de determinar si, al transmitirle dicha información, tendrá complicaciones (trastornos nerviosos), o si, al informársele, podrá pedir apoyo espiritual o legal (testamento, reconocimiento de hijos, etc.).

VII. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU COMPRENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO (1991 A LA FECHA)

7.1. Corte Constitucional

El consentimiento informado ha tenido un gran desarrollo en materia constitucional. Algunos doctrinantes lo califican como un derecho fundamental, posición que no compartimos en principio, más bien, ante la omisión de realización del deber de información y de ilustración por parte del médico al paciente, se pueden ver vulnerados derechos fundamentales, como el derecho a la autonomía, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Si bien existe un derecho a la información que se encuentra preceptuado en la Constitución Política de Colombia, no se debe confundir con el concepto de consentimiento informado; el derecho a la información hace parte del conjunto de derechos que gravitan alrededor del consentimiento informado. Para sustentar esta afirmación, nos basaremos en lo señalado por la doctrinante Castaño de Restrepo, al señalar:

Los derechos que tiene el paciente para ser informado y para tomar decisiones relacionadas con su estado de salud tienen su origen en algunos principios y derechos fundamentales tutelados constitucionalmente, tales como el derecho a la libre personalidad (Const. Pol., art. 16) o a la libertad en todas sus manifestaciones, libertad de conciencia (Const. Pol., art. 18), de cultos (Const. Pol., art. 19), etc.; el derecho a la información veraz e imparcial (Const. Pol., art. 20); el derecho a la intimidad (Const. Pol., art. 15), el principio de respeto por la dignidad humana consagrado en el artículo 1° de nuestra carta política; los derechos fundamentales de los niños reconocidos en el artículo 44 de la misma Carta...⁸⁰

Ahora bien, vistos los aspectos normativos y doctrinarios respecto del consentimiento informado, revisaremos en este punto el trato que ha dado la Corte Constitucional, analizando su jurisprudencia desde 1991 a la fecha.

80 Castaño de Restrepo, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 61.

7.1.1. Capacidad, derechos y deberes del paciente

La Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994⁸¹ habla de un ciudadano que padecía de una afección renal, quien requería una diálisis peritoneal, consistente en el intercambio de soluciones líquidas y electrólisis por medio de un dispositivo externo, y que no se realizó el tratamiento, razón por la cual el galeno decidió enviarlo a salud mental, lo que trajo como consecuencia el deterioro de la relación médico-paciente. Dicha sentencia fue la primera en revisar el tema del consentimiento informado y tiene especial relevancia en cuanto analiza la autonomía del paciente y la posibilidad que tiene el médico tratante de retirarse de la relación médica.⁸²

Dado lo anterior, en la praxis no todas las relaciones que se establecen entre médicos y pacientes son las más pacíficas, lo que podría llevar a una pérdida de confianza por parte del paciente, o a una animadversión por parte del galeno hacia su paciente. Esta situación conduciría a la no realización de un correcto deber de informar por parte del médico, impidiendo el otorgamiento de un real consentimiento informado.⁸³ Si bien el médico adquiere unas obligaciones para con su paciente, esas obligaciones no son una camisa de fuerza que impida que esta relación se pueda finalizar.

La determinación de la capacidad del paciente ha sido fundamental, con ella se establece si el paciente es apto para otorgar su consentimiento en un tratamiento médico, es decir, si no se analiza la capacidad adecuadamente, la autonomía del paciente puede verse trasgredida. Cualquier alteración mental no sirve para declarar incapaz al enfermo de otorgar su asentimiento, lo cual complica la posición del pro-

81 En similar sentido, Corte Constitucional, Sentencia T-866 de 2006, T-1131 de 2004, T-850 de 2002, T-925 de 2001 y T-076 de 1999.

82 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “Lo primero que debe advertirse es la posibilidad de que ambas partes cuenten con la alternativa de retirarse de la relación médica. Ahora bien, en caso de que no se manifieste dicha voluntad de abandono, el médico debe informar al paciente de las implicaciones del tratamiento y debe poner de presente su derecho de no seguir la prescripción propuesta o de escoger otro médico. En estas condiciones de recelo e incredulidad, el médico debe adoptar una actitud especialmente respetuosa de la autonomía del enfermo. En estos eventos, es preferible un comportamiento supeditado al principio de la autodeterminación del paciente, que una actitud simplemente paternalista. La relación médico-paciente se encuentra estructurada a partir de dos principios fundamentales: primero, la capacidad técnica del médico y, segundo, el consentimiento idóneo del paciente. En el caso presente la relación médica careció de uno de sus elementos esenciales, como es el consentimiento del paciente”.

83 En el mismo sentido, la Corte sostuvo que el médico puede apartarse de la relación. Sentencia T-823 del 4 de octubre de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

fesional de la salud, en la medida que se puede crear un limbo, como en el caso de poder determinar hasta qué punto el paciente es capaz o no de consentir.

Se nos hace importante resaltar lo dicho por la Corte Constitucional, cuando sostiene que los médicos tienen dentro de sus funciones las de escuchar, comprender, aconsejar y aliviar al paciente. También el tribunal constitucional expresó que la divulgación de información por parte del médico puede causar perjuicios anímicos y físicos, motivo por el que cada situación tiene sus particularidades y no todas se pueden juzgar bajo el mismo parangón.

La obligación de informar es un mandato que debe cumplirse en todas las situaciones, salvo las contenidas en la ley –el médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan. b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico–.⁸⁴

En este orden de ideas, el consentimiento informado está adscrito al derecho a la autonomía y a la dignidad, por lo que la Corte Constitucional manifiesta: “Así, valga la ilustración, de manera similar a como la mentira piadosa puede ser una excepción a la regla que prohíbe mentir, la retención de información por motivos de dignidad humana puede estar justificada en ciertos casos”.⁸⁵ En este sentido, si se toma literalmente, se estaría volviendo a un modelo paternalista; la interpretación que se le debe dar, según este tribunal, consiste en que cada paciente es diferente y debe ser tratado de diversa manera.

La Corte, a nuestro modo de ver, hace una observación muy interesante, sostiene que la visión autonomista de la voluntad no puede llevarse al extremo, por cuanto puede perjudicar la relación médico-paciente provocando un exceso de individualismo, dificultando la obligación que tiene el médico de curar a su paciente.

En lo concerniente con el “ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente”.⁸⁶ Es decir, aparte de los conocimientos teóricos, se resalta el consentimiento informado como uno de los pilares en el desarrollo del acto médico.

84 República de Colombia, Decreto 3380 de 1981.

85 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

86 *Ibid.*

Podemos resaltar como elementos que nos servirán en el establecimiento de una política de prevención de responsabilidad estatal en el consentimiento informado la importancia que tiene la autonomía y la dignidad que se le deben dar al paciente en el desarrollo del consentimiento informado. Estos derechos deben ser respetados por parte del médico, de lo contrario, estaría vulnerando un mandato constitucional. Tales derechos no deben ser tomados de forma absoluta, ya que, de ser así, perjudicarían la relación médico-paciente, la cual debe ser dinámica y fluida.

En la Sentencia C-264 del 20 de mayo de 1997, se discute el homicidio por piedad. Pero, a su vez, abordó el tema del consentimiento informado; de allí se pueden rescatar algunos elementos, como el rechazar cierto tratamiento siempre y cuando se esté en capacidad de decidir sobre su cuerpo. En este punto confluyen dos sujetos: el paciente, a quien se le debe suministrar información confiable y cierta acerca de su mal, y, de igual forma, se debe ilustrar sobre las posibles terapias para aliviar su padecimiento; y, de otro lado, el médico, quien debe suministrar esa información. En lo que hace referencia a la no aceptación de ninguna terapia por parte del enfermo, el facultativo debe brindar a su paciente condiciones encaminadas a llevar su enfermedad dignamente.

Se advierte cómo el galeno cumple una función fundamental en el acto médico; además, es el encargado de no alarmar a su paciente y de tratar de entenderlo con el fin de que este tome la mejor decisión, para posteriormente realizar el tratamiento escogido o ponerlo en una situación que lo conforte en el desarrollo de su enfermedad.

7.1.2. El tratamiento del consentimiento en los niños, niñas y adolescentes

En relación con el consentimiento de los NNA y la protección que estos tienen, se han fallado distintas sentencias,⁸⁷ las cuales defienden los derechos del paciente menor de edad, cuestión que se puede tornar complicada en determinadas situaciones, puesto que no siempre sus padres pueden decidir sobre el menor. Este tribunal ha indicado que, si bien en principio los padres deciden sobre sus hijos, estos no son propiedad de nadie, por ende, existen casos en los cuales se privilegia el derecho a la vida, *verbi gratia*, el de los pertenecientes a determinados cultos religiosos que no

87 República de Colombia, Corte Constitucional, sentencias t-411 del 19 de septiembre de 1994, t-477 del 23 de octubre de 1995 y T-477 del 25 de septiembre de 1996.

permiten transfusiones sanguíneas u otros tratamientos médicos. Así mismo, se ha dicho que es un mandato constitucional velar por la vida de los niños en tratamientos drásticos que no comportan grado de urgencia, como es el de cambio de sexo, en el que es el menor quien decidirá cuando tenga capacidad. Vemos cómo la Corte vela por los derechos de los NNA y la titularidad que no poseen los padres en todos los casos.

Respecto de la capacidad de estos, se ha sustentado:

Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes, quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas. La institución de salud responsable de la atención médica del menor debió cumplir con sus obligaciones dando prelación a la defensa y protección del derecho a la vida del paciente, para lo cual, ante la negativa del joven de recibir un tratamiento que se le recomendó como urgente y necesario dada la gravedad de su estado, debió consultar y contar con la opinión de por lo menos uno de sus padres, y dado el conflicto de posiciones entre uno y otro, acoger y aplicar aquella que le garantizara al menor el acceso inmediato a todos los tratamientos y recursos científicos disponibles para salvar su vida, con mayor razón cuando el organismo especializado al que consultó, se había pronunciado señalando que se acogiera la decisión del padre.⁸⁸

Como se aprecia, el ordenamiento está dirigido a preservar la vida del menor, ya sea tomando el consentimiento del padre o no.⁸⁹ Observamos en este punto cómo la autonomía se relativiza, debido a que no se tiene en todos los casos, prefiriendo siempre la salvaguarda de la vida del menor.

88 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-474 del 25 de septiembre de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.

89 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-474 del 25 de septiembre de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz: "En el Estado social de derecho, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su 'razón' la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad".

La Sentencia SU-377/99⁹⁰ unificó la jurisprudencia en lo relativo al consentimiento diferido que brindan los padres en caso de hermafroditismo de un menor; cabe señalar la Sentencia T-477 de 1995, que trata el caso en el que un niño de seis años de edad fue mordido por un canino, que le cercenó sus genitales, en la que se discutió la readecuación de sexo que se le podría practicar al niño. La Corte Constitucional ha sido clara en sostener que el consentimiento del menor será necesario en tratamientos drásticos que no comporten emergencia o sufrimiento para este, como es el caso del hermafroditismo, después de los cinco años de edad, en donde la ciencia médica dice que, para poder solucionar esta condición, el paciente debe someterse a un tratamiento en edad temprana, con el fin de causar los menores daños psicológicos y poder obtener mejores resultados “estéticos”. Pero esta razón no es suficiente para este tribunal, ya que, a su sentir, es indispensable el consentimiento del menor (salvo urgencia o casos asimilables). Para que este consentimiento sea válido, se hace necesario que la información sea clara y suficiente, que en ella se expongan los riesgos y beneficios a los cuales se va a someter al paciente.

El grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen a su vez de los riesgos, los beneficios y del propio impacto del tratamiento sobre la autonomía de la persona. Así, si la decisión sanitaria recae sobre una terapia muy invasiva, o riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un “consentimiento cualificado”.⁹¹

Como vemos, los NNA no tienen capacidad para consentir. Es por ello por lo que se acude al consentimiento diferido o sustituto; al respecto, la Corte declaró

... que los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente. Para evaluar si es válido ese

90 En similar sentido, sentencias SU-377 del 12 de mayo de 1999, T-551 del 2 de agosto de 1999, T-1390 del 12 de octubre de 2000, T-1025 del 27 de noviembre de 2002 y T-1021 del 30 de octubre de 2003.

91 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-551 del 2 de agosto de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

“consentimiento sustituto”, la sentencia reiteró que es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor. En muchos casos, el análisis sobre la legitimidad de este consentimiento sustituto puede tornarse muy complejo, pues los anteriores criterios no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión. Además, esas pautas pueden orientar la decisión en sentidos opuestos. Por ello, la Corte indicó que el papel de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia constitucional del respeto a la intimidad familiar y al pluralismo en materia médica, implican una regla de cierre que opera en favor de la autonomía familiar: si el juez, en un caso controvertido, tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares (in dubio pro familia), a fin de que los desplazamientos de los padres por las autoridades estatales sean minimizados.⁹²

La Corte fue clara al referirse que, en aquellos casos que causen dolor al paciente (NNA), los padres podrán decidir, pero, en los casos en que no exista urgencia o sufrimiento físico, se tendrá que esperar a que el menor tenga capacidad para decidir, por cuanto se le podrían trasgredir sus derechos por las preferencias de los padres.

7.1.3. El consentimiento en los tratamientos experimentales

En cuanto al consentimiento informado en los tratamientos experimentales, el deber de información por parte del profesional de la salud es más exigente que en la demás intervenciones.⁹³ A nuestro modo de ver, es correcta esta posición, en la medida que estos tratamientos al ser novedosos pueden llevar a la cosificación del paciente y a que se convierta en un medio para obtener resultados y experiencias médicas.

Es necesario concluir entonces, que el principio de utilidad que tienen los diversos procedimientos experimentales para el desarrollo de la ciencia médica está limitado por el principio de autonomía que les impone a los profesionales de la ciencia médica un mayor rigor cuando presentan a sus pacientes un procedimiento experimental para su curación. Por supuesto, debido a que la validación de los procedimientos médicos no es un proceso matemático exento de discusiones al interior de la comunidad científica, y debido también a que existen tanto mecanismos formales como informales para llevar a cabo estas acreditaciones, el deber de los médicos de proveer a sus pacientes la in-

92 *Ibid.*

93 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-377 del 12 de mayo de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

formación necesaria respecto de un procedimiento cuya validez científica sea incierta, no se agota con la simple opinión de un especialista. Es necesario cualificar el criterio por el cual se determina el procedimiento a efectuar, cuandoquiera que existan dudas razonables acerca de su validez terapéutica o de su indicación a la situación de salud específica del paciente.⁹⁴

En síntesis, los argumentos esbozados en la jurisprudencia dada por la Corte Constitucional referente al consentimiento informado, la autonomía y la dignidad del paciente, son una de sus preocupaciones, llegando a considerar que el consentimiento debe ser informado y cualificado. Se puede concluir que, en materia de tratamientos experimentales, el consentimiento es más riguroso, lo cual implica para el profesional de la salud mayor cuidado y dedicación en la comunicación que transmite a su paciente.

7.1.4. El consentimiento en personas con discapacidad mental

En lo atinente a las personas con discapacidad mental,⁹⁵ la Corte Constitucional ha manifestado que, a diferencia de los NNA,⁹⁶ los cuales tendrán capacidad para decidir en un futuro, los enfermos mentales carecen de esta en principio. Así lo precisó:

La tensión en estos casos entre el interés en preservar la salud y la vida de las personas que no pueden ejercer plenamente su autonomía, y el respeto por su dignidad, impone la necesidad de establecer una medida a la actividad protectora del Estado y de la

94 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-597 del 7 de junio de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

95 En igual sentido se han fallado las sentencias T-492 del 29 de junio de 2006, t-850 del 10 de octubre de 2002, T-1019 del 1º de diciembre de 2006 y t-560a del 27 de julio de 2007.

96 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-560A del 27 de julio de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil: "Surge el denominado consentimiento sustituto como presupuesto fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo, como ocurre, como ya se dijo, con los hijos menores de edad frente a sus padres. Dicho consentimiento debe estar precedido de una amplia y pormenorizada información que los médicos están obligados a suministrar, a efectos de garantizar que la decisión que se adopte esté sustentada en un detallado y claro conocimiento del tipo de tratamiento o procedimiento médico que se va a realizar, las posibles complicaciones que se puedan presentar y la complejidad del mismo. Con el cumplimiento de estos requisitos, se considera que la determinación que frente al estado de salud se adopta por los padres no vulnera la autonomía del menor, por cuanto se supone que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal. Esta figura se identifica en la doctrina con el nombre de consentimiento orientado hacia el futuro".

sociedad. Tal actividad debe encaminarse a permitir el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos. Por lo tanto, las medidas protectoras serán aceptables constitucionalmente en tanto estén dirigidas a preservar o a promover el desarrollo de las condiciones físicas, mentales, y de salud, necesarias para el ejercicio de tal autonomía.⁹⁷

Como se indicó, en principio se privilegia la autonomía del paciente y se debe mirar su capacidad futura; si se puede establecer que en un futuro podrá autodeeterminarse, no se acudirá al consentimiento diferido, pero, en el caso de estipularse que no podrá tener capacidad de consentir en ningún momento de su vida, se deberá pedir autorización judicial.

Este tribunal ha proclamado reiteradamente que se debe determinar si el paciente podrá tener una mejoría en sus capacidades mentales, con el fin de que en un futuro pueda consentir. En caso de no cumplirse el anterior presupuesto, los representantes legales pueden pedir autorización judicial, con el propósito de hacer uso del consentimiento informado sustituto, el cual será cualificado, es decir, es más exigente para el médico por cuanto debe transmitir toda la información acerca de este tratamiento. Además, deberá dejarse constancia por escrito.⁹⁸ Es esencial mencionar que esta hipótesis se da en el caso de tratamientos drásticos que puedan afectar la autonomía y dignidad de las personas, como es el caso de la esterilización.⁹⁹

De igual forma, la Corte fijó unos parámetros por seguir en lo relativo al tratamiento de esterilización:

(i) A juicio de esta corporación un procedimiento quirúrgico de esterilización constituye una restricción severa de un derecho fundamental; (ii) por dicha razón, el mismo no puede ser simplemente autorizado por el representante legal de una menor de edad con problemas de retardo mental, sino que además es menester obtener previa autori-

97 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

98 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995, M. p. Alejandro Martínez Caballero.

99 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-560A del 27 de julio de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil: “Sin embargo, aun cuando esta postura jurisprudencial puede ser lógica y razonable para aquellas operaciones o tratamientos que por su propia naturaleza no tengan incidencia sobre la identidad personal, la identidad sexual o el libre desarrollo de la personalidad del menor, no ocurre lo mismo con las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, de difícil realización o riesgosas, que por su estrecha vinculación con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución. Dicha situación ocurre, por ejemplo, con las operaciones de asignación de sexo o los procedimientos quirúrgicos de esterilización”.

zación judicial, dentro de un proceso distinto al de la tutela, a menos que se presente una situación de urgencia o imperiosa necesidad que permita adelantar dicho procedimiento con la autorización exclusiva de los padres; (iii) en el trámite del citado proceso judicial, se debe demostrar que el incapaz tiene problemas mentales que le impiden específicamente dar el consentimiento no sólo presente sino también futuro para ese tipo concreto de procedimientos quirúrgicos; (iii) (sic) de manera que, sin dicha autorización judicial previa, no le es posible al representante legal del incapaz acudir ante el juez de tutela a demandar la práctica de la intervención; por último, (iv) (sic) en el caso de una mujer incapaz mayor de edad, adicionalmente a los citados requisitos se debe exigir la declaración previa de su estado, por medio de un proceso de interdicción de sus derechos y discernimiento de una guarda.¹⁰⁰

7.1.5. El consentimiento y las creencias culturales y religiosas

En el fallo T-823 del 4 de octubre de 2002, se muestra cómo el equipo médico puede apartarse de un tratamiento que no se siente capaz de realizar, ya sea por sus creencias (objeción de conciencia) o porque no está conforme con lo establecido en la *lex artis*. El caso es de una ciudadana que requería una cirugía en donde se le debía trasfudir sangre, pero, debido a sus creencias, ella no aceptó la transfusión de sangre, dado que su religión no lo permite. El médico se negó a hacer ese tratamiento, pues los protocolos determinan que se hace necesario tener como alternativa tal transfusión.

Como bien es sabido, para llevar a cabo toda práctica médica, se hace imperativo pedir el consentimiento por parte del paciente; de no ser así, sería una práctica ilegal. Por eso, si el médico considera imposible la realización de un tratamiento en las condiciones propuestas por el paciente, se puede retirar de la relación, pero debe buscar “los servicios de quien, según su buen criterio, pueda prestarle la asistencia médica y quirúrgica necesaria conforme a los parámetros de su voluntad”,¹⁰¹ salvo los casos en que exista una urgencia manifiesta que comprometa la vida del paciente.

Vemos que el médico no está obligado a atender a todos los pacientes, es decir, si alguno no comparte su opinión y se hace imposible seguir el tratamiento, este se puede retirar, tratando de buscar a otro profesional que cumpla la voluntad del paciente, y no será sujeto de ningún tipo de responsabilidad.

100 Ibid.

101 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-823 del 4 de octubre de 2002.

7.2. Consejo de Estado

7.2.1. Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, consejero ponente Daniel Suárez Hernández, Expediente 6897, y sentencia del 9 de julio de 1993, Expediente 7795, consejero ponente Julio César Uribe Acosta

La sentencia del 30 de julio de 1992 (Exp. 6897) estudió el caso de un ciudadano afiliado al Instituto de los Seguros Sociales que consultó con un especialista perteneciente a dicho ente su molestia en un oído, ante lo cual el galeno dispuso su hospitalización para someterlo a tratamiento quirúrgico por una otitis. Como resultado de ese procedimiento, el paciente quedó con parálisis facial.

Este fallo fue el primero que estudió el consentimiento informado luego de la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991. Tal estudio analizó este tema de forma somera, por cuanto no fue desarrollado plenamente; básicamente hizo referencia acerca de los deberes del médico relacionados con informar al paciente sobre los riesgos y posibles consecuencias en determinado tratamiento.

“Igualmente no hay comprobación en el proceso que permita admitir que por parte del médico tratante cirujano se le hicieron las observaciones, advertencias y precisiones necesarias al paciente respecto de las consecuencias que el acto quirúrgico podía originarle, (...) que le permitieran al enfermo disponer con entera libertad e independencia sobre su salud personal y futura”.¹⁰²

Es deber del médico informar sobre los riesgos y las posibles consecuencias de la realización de un tratamiento o procedimiento; de no hacerlo, se incurriría en una falla del servicio. Hay que agregar que con esta sentencia la carga de la prueba quedó en cabeza de la parte demandada, considerando que el profesional de la salud es quien tiene más facilidades de demostrar su diligencia y cuidado; algunos tratamientos comportan situaciones especiales de conocimiento que el paciente no está en capacidad de entender, por ello, el médico debe probar el consentimiento informado.

Posteriormente, en providencia del 9 de julio de 1993 (Exp. 7795), se trató el caso referente a la tubectomía (esterilización en la mujer) sin el consentimiento de esta, impidiéndole su capacidad reproductiva.

102 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, C. P. Daniel Suárez Hernández, Exp. 6897.

Con esta sentencia se consolidó la posición del Consejo de Estado, dando unos lineamientos generales en la solicitud de consentimiento en intervenciones médicas. Este fallo reivindicó los derechos del paciente, en la medida que el profesional de la salud debe respetarlos y no basarse solo en sus conocimientos. Así mismo, en concordancia con la aplicación de falla presunta, que hasta ese momento se aplicaba, se le impuso la carga al médico de probar el consentimiento informado.

Este tribunal trató de garantizar los derechos del paciente, poniendo presente que, si este no se encuentra en capacidad de dar su consentimiento, se puede hacer uso del consentimiento diferido.¹⁰³ Del mismo modo, se resalta la importancia que tiene la historia clínica y su correcto diligenciamiento; en el presente caso, al no quedar constancia del consentimiento del paciente y, en su defecto, del consentimiento sustituto, se dio por sentado que no existió.

En virtud de lo anterior, estamos de acuerdo con la posición del Consejo de Estado en el sentido de que el enfermo tiene derecho a su libre elección entre las opciones que dé el médico, salvo que la intervención sea de urgencia, es decir, que comporte un grave riesgo para el paciente. El enfermo no tiene que estar a la voluntad del profesional de la salud. Observamos cómo, de no explicarse las posibles alternativas de los tratamientos y sus respectivos riesgos, se puede aplicar la pérdida de oportunidad.

7.2.2. El consentimiento informado y el deber de informar los riesgos. (Fallos del 3 de abril de 1997, Expediente 9467, y 15 de noviembre de 1995, Expediente 10301)

Estas sentencias hicieron referencia al tema de los riesgos que debe asumir el paciente y el médico en el momento de dar su consentimiento. En primer lugar, encontramos el fallo del 3 de abril de 1997, teniendo su sustento fáctico en una paciente que padecía de dolor de espalda, por lo que fue sometida a una cirugía, cuya finalidad fue la de eliminar su padecimiento. Antes de la realización de dicha cirugía, no se informó de sus riesgos, dentro de los cuales estaba la posible cuadriplejía, en lo que finalmente se desencadenó el caso como resultado de la terapéutica.

En este fallo, se sostuvo:

Pretender que cuando la institución médica decide realizar determinada intervención con el consentimiento del paciente, por considerar que es la más adecuada para recuperar su salud, ella corre con los riesgos que dicha intervención acarrea, como lo afirma

103 República de Colombia, Congreso de la República, Ley 73 de 1988, artículo 5°.

la parte actora en su recurso de apelación, implicaría asimilar la actividad médica al régimen de las actividades peligrosas en las cuales la responsabilidad **se deduce simplemente del riesgo que el responsable crea en su provecho o para su beneficio; aquí, por el contrario, el riesgo que la intervención conlleva se toma es sólo en favor de la víctima.**¹⁰⁴ (Negrilla fuera de texto).

A nuestro parecer, la referida sentencia no fue clara en mostrar la asunción de riesgos, como se hizo notar atrás, razón por la que los riesgos no informados y que debieron ser transmitidos al paciente son asumidos por el médico. En el presente caso, el juez no se detuvo a mirar si efectivamente se presentó el deber del médico de informarle al paciente acerca de los riesgos.

Adicionalmente, el tribunal confundió dos etapas del acto médico, como son el tratamiento y el consentimiento informado, en la medida en que la sentencia se basó en afirmar que todas las cirugías acarrearán riesgos y que el personal médico actuó diligente y prudentemente, motivo por el que fue exonerado. Al respecto, si bien es cierto que en la cirugía el médico actuó con diligencia y prudencia, el juzgador no tuvo claro que la etapa de consentimiento está diseñada para que el paciente decida si se somete a determinado tratamiento.

En consecuencia, advertimos la confusión que se genera en nuestros tribunales contenciosos, los cuales en ocasiones no diferencian el procedimiento quirúrgico del de consentimiento informado, exculpando al profesional de la salud que efectúa una adecuada cirugía (sin daño físico alguno), pero que omite la solicitud del consentimiento informado. Estos procedimientos hacen parte del acto médico, pero generan responsabilidad individual.¹⁰⁵

104 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de abril de 1997, C. P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 9467.

105 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, C. P. Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 17483. “La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes que conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización –más que de organismo– en punto a la susodicha relación jurídica total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente–, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”.

Por el contrario, nos adherimos al fallo del 15 de noviembre de 1995.¹⁰⁶ Este hizo referencia a la falta de información de los riesgos originados de la práctica de una tiroidectomía (remoción total o parcial de la tiroides). En desarrollo de esta, se planteó la hipótesis contraria, es decir, se manifestó la situación en los casos en que no se obtiene el consentimiento informado por parte del paciente, escenario que genera responsabilidad.

Al respecto, señaló:

Podía la Caja Nacional de Previsión, en defensa de sus intereses jurídicos y económicos, para exonerarse de responsabilidad, demostrar que había actuado conforme a los más estrictos cánones de cuidado y diligencia en el manejo del paciente, antes, durante y con posterioridad a la intervención quirúrgica, para evitar que se presentará la lesión del nervio recurrente y la consecuente parálisis de las cuerdas vocales, generadora de la disfonía que afecta a la actora.

De otra parte no está acreditado en el proceso, y tal carga probatoria era de la demandada, que como secuela postoperatoria de esa intervención, pudiera resultar lesionado en el nervio, causar la parálisis de las cuerdas vocales y ocasionar la disfonía que actualmente padece la señora Emilse Hernández de Pérez, así se actuara con diligencia y cuidado indispensables para esta clase de operaciones quirúrgicas. Menos aún se estableció que dicha señora hubiera sido informada de la ocurrencia de tales lesiones como un riesgo inherente a la tiroidectomía.

Así las cosas, estima la Sala que en el subjuice sí opera la presunción de falla del servicio y por lo tanto la apreciación que hizo el tribunal para reconocer la existencia de la falla o falta del servicio habrá de mantenerse.

Visto lo anterior, se concluye que, no obstante de producirse una cirugía u otro tratamiento, practicado con diligencia, esta debe contar con la voluntad del paciente, ya que, si bien no se comete falla alguna en la prestación del servicio por el tratamiento, se materializa con la falta de consentimiento, el cual es una manifestación del funcionamiento anormal del servicio de salud. Además de ello, apoyamos la teoría de Dalq, que hace referencia a que el médico responderá y asumirá todos los riesgos previstos unilateralmente si este actúa sin obtener el consentimiento informado, aun cuando no exista culpa en la creación del daño.

106 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 15 de noviembre de 1995, C. P. Daniel Suárez Hernández, Exp. 10301.

7.2.3. El consentimiento informado y la historia clínica

La providencia del 29 de enero de 1998 (Exp. 10807)¹⁰⁷ hizo referencia al caso que se generó en una cirugía de hernia inguinal practicada erróneamente, puesto que se realizó en la ingle del lado contrario, que no presentaba anomalía alguna.

En este fallo, el Consejo de Estado revisó el caso del paciente en el cual su consentimiento es solo para los procedimientos informados y autorizados por él. También recalcó la importancia que tiene la historia clínica en los procedimientos quirúrgicos, pues es en esta que se evidencia lo autorizado por el paciente y los límites que tiene el profesional de la salud en el acto médico; este no puede extralimitarse de lo autorizado so pena de incurrir en responsabilidad, así el daño no se cause con culpa.¹⁰⁸

En el fallo del 3 de mayo de 1999 (Exp. 11169), se analizó el caso de la cirugía hecha a una niña que, como consecuencia de esta, quedó parapléjica.

En este plano, el Consejo de Estado argumenta que el médico puede intervenir al paciente en caso de urgencia sin mayores trámites.¹⁰⁹

107 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 10807: “Aplicando al caso la reseña probatoria anterior la Sala considera que la falla del servicio resulta evidente por el solo hecho de haber llevado a cabo el acto quirúrgico del 27 de agosto de 1991 dentro de un esquema de cierta improvisación. (...), asimismo debió tomar las precauciones necesarias relativas a la información previa sobre el estado de la paciente, procurando la historia clínica con anticipación, para su consulta y tener en cuenta que la paciente Alba Miriam Molano se encuentra anestesiada y por ello inconsciente, razón por la cual el cirujano desbordó el consentimiento dado para un fin concreto”.

108 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 10807: “... sin adentrarse en mayores detalles, que no se obró con diligencia y cuidado por parte del Instituto de los Seguros Sociales en la etapa preoperatoria a la intervención quirúrgica practicada a la señora Alba Miriam Molano de Paniquita. Y a la anterior conclusión se llega porque hay un solo detalle que permite inferir dicha falta de cuidado: la ausencia de la historia clínica de la paciente al momento de la operación. No es entendible que tratándose de un cirugía programada con antelación, de una cirugía electiva, no se haya dispuesto lo necesario para que la historia de la paciente pudiera ser consultada por el cirujano, máxime cuando éste no ha examinado, no ha evolucionado a la misma con antelación, cuando no conoce sus antecedentes clínicos, las operaciones que ha tenido, sus dolencias, etc., como ocurre por regla general en las instituciones de previsión social, en donde uno es el médico que diagnostica y evoluciona al paciente, y otro es el que opera”.

109 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11169: “En conclusión, no está probado que en el caso de la menor la práctica de la biopsia tuviera la urgencia alegada, pues se observa que la lesión tenía por lo menos un mes de evolución y tampoco aparece razonable descartar la existencia de una masa no tumoral frente a la incertidumbre que los exámenes de laboratorio revelaban”.

La sentencia en mención contiene nuevos señalamientos que son importantes y hacen referencia a los formatos preimpresos que existen en las instituciones de salud, los cuales no todas las veces son aplicables para todos los pacientes, debido a que cada uno de ellos trata casos diferentes. Razón por la que, para el Consejo de Estado, no es válido aceptar el consentimiento informado con la mera firma del paciente en el formato y sin recibir una verdadera información, ya que es necesario tener en cuenta lo siguiente:

- a) En primer término porque la menor al momento de la firma del documento tenía 11 años de edad y por lo tanto carecía de capacidad para consentir (C.C., art. 1504).
- b) En segundo lugar, dicho documento no reúne las características del consentimiento informado pues no sólo no contiene una aceptación por parte de los representantes legales de la paciente del procedimiento terapéutico específico que se le va a practicar sino que también carece de información sobre las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo.

Allí sólo se autoriza en forma genérica la práctica de todos los exámenes que el Instituto considere necesarios, inclusive examen post-mortem y el someterse al tratamiento que el mismo indique para la enfermedad.¹¹⁰

En este entorno, vemos materializado lo anotado anteriormente, y hace referencia al término pseudoconsentimiento, el cual se define como la firma que el paciente o su representante plasma en unos documentos que se pretenden hacer valer como un consentimiento informado, pero que en la praxis no tienen valor probatorio alguno.

Con esta sentencia, se expone el afán que tienen los médicos de dejar firmado los documentos preimpresos, creyendo que estos constituyen una prueba para exonerarse de demandas, prueba que en un juicio puede ser rápidamente desvirtuada, por ello, como lo hemos mencionado, se hace necesario que el médico sepa a quién debe pedirle el consentimiento y cuál es la información que debe dar al paciente, y, si lo quiere, luego de dar esta información, de manera clara, suficiente y adecuada al paciente, dejar constancia en la historia clínica de que se dio consentimiento, especificando cuál fue dicha información.

110 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11169.

7.2.4. El deber de información por parte del profesional de la salud

Posteriormente, en fallo del 24 de enero de 2002 (Exp. 12706), se revisó el caso originado por una operación tumoral de cuello, en la que el paciente perdió el habla y quedó con parálisis en el lado derecho de su cuerpo. Sobre este, el Consejo de Estado se detuvo a analizar el consentimiento informado en muchos de sus aspectos, y, en nuestro concepto, es una de las providencias más acertadas y completas.

Teniendo en cuenta lo dicho por este tribunal, resaltamos la introducción de la denominada carga dinámica de la prueba, teoría que sostiene que la carga de la prueba le atañe a la parte que se encuentra en mejores condiciones para demostrar la falla. Igualmente, se recalcó la importancia del deber que tiene el galeno de informar al paciente, información que debe ser completa y que se constituye como método preventivo ante eventuales demandas; es así como se dijo:

Tratándose de la actividad médico-quirúrgica, ésta requiere de especial cuidado y diligencia dados los riesgos particulares de cada caso, circunstancia que además impone la **obligación de informar de manera completa y clara al paciente no solo de los reglamentos del establecimiento hospitalario, o de los procedimientos que requiere, sino de las vicisitudes y eventualidades que pueden llegar a presentarse en su curso, con ocasión de o con posterioridad a la intervención, y esa obligación de información adquiere especial importancia como actitud preventiva del galeno, así como trascendencia probatoria si con posterioridad a la actuación llegare a presentarse un accidente.**¹¹¹ (Negrilla fuera de texto).

En lo referente a la carga de la prueba, en este punto el Consejo de Estado reflexionó sobre la situación de favorabilidad para la demostración, la que está en cabeza del médico, por lo tanto, él es quien debe comprobarlo. En cuanto al consentimiento informado, indicó que se debe considerar la dignidad de la persona, y también resaltó la relación médico-paciente, que debe ser dinámica, por lo tanto, el médico debe informar de tal manera que el impacto negativo que cause al paciente en la toma de una decisión sea mínimo, esto sin ocultar los riesgos previsibles y demás consecuencias pertinentes en el tratamiento. Además de ello, esta sentencia tiene importancia en la medida en que analizó que no cumplir con el deber de información puede acarrear la pérdida de oportunidad (se priva al paciente de la opción de rechazar el tratamiento por los riesgos que conlleva determinado tratamiento).

111 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de enero de 2002, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12706.

Este tribunal señala que no basta con que la atención dispensada sea diligente y prudente para exonerar al demandado si esto no viene acompañando de un consentimiento informado, el cual debe ser ilustrado, idóneo, previo y concreto, en donde se trate al paciente con la verdad. Con esta posición, estamos de acuerdo, y ha sido reiterada casi en todas las sentencias antes estudiadas, es decir, si el médico no quiere asumir los riesgos que debe transmitir al paciente referentes a un determinado tratamiento, debe informarlos, con el fin de que el paciente exprese su voluntad.

Así mismo, argumenta que el acto médico es de trato sucesivo, es decir, no basta con el consentimiento dado en una primera etapa si posteriormente se hace necesario realizar otro tipo de procedimiento en donde sea preciso que el paciente vuelva a consentir su aplicación.

El consentimiento informado se fundamenta en la autonomía que tiene cada persona en decidir sobre su salud e integridad. Es por ello por lo que se hace indispensable que se expliquen las alternativas y complicaciones de un procedimiento. El profesional de la salud debe dar una información clara, verdadera y adecuada, de lo contrario, el consentimiento se viciaría.

Observamos que, en el fallo del 3 de mayo de 2007 (Exp. 16098), se estudió el caso que se produjo por la aplicación de una cirugía equívoca de extirpación del útero. En este se retoma el consentimiento informado y se exige el deber del médico de brindar una información clara y adecuada. Además, recalca la importancia de utilizar, por parte del médico, un vocabulario entendible para el paciente, ya que se está frente a una persona común para quien son incomprensibles los términos técnicos que se puedan usar, razón por la que se insta al galeno a emplear léxico de fácil entendimiento, a fin de que el paciente pueda hacerse una mejor idea del procedimiento que se le está explicando y así poder asentir correctamente.

7.2.5. El consentimiento informado en las cirugías estéticas

La providencia del 5 de diciembre de 2002 (Exp. 13546) analizó la cirugía estética. En esta se dijo que este tipo de cirugías son de resultado; tema en que se hace necesario decir, como lo sostiene la doctrina mayoritaria, dentro de la cual hallamos a Princigalli y Sgobo, citados por Galán Cortés, que “en las intervenciones de cirugía estética, [hay] una mayor severidad en cuanto al deber de información que pesa sobre el médico, señalando que la diversidad de tratamientos de estos se traslada sobre

la vertiente de la información”.¹¹² Otra parte de la doctrina considera que la obligación de informar es la misma en todos los procedimientos dentro del acto médico.

Como bien es sabido, la jurisprudencia nacional y española¹¹³ sostienen que esta obligación es de resultado; por su parte, Galán Cortés arguye que esta obligación es de medios, salvo que el médico se haya comprometido a obtener un resultado, pues se pone en una peor condición a este tipo de galenos, y hay que tener en cuenta que tal tipo de procedimientos también contiene el elemento de *aléa*, en donde factores exógenos al ámbito del cirujano pueden generar un resultado adverso al paciente.

En materia de publicidad engañosa, sostenemos que se debe hacer responsable al galeno que dé información incorrecta, toda vez que este no está cumpliendo con el deber de información. Igualmente, se hace pertinente decir que el consentimiento debe estar libre de vicios, sin uso de fuerza o malicia tendiente a generar equivocación, lo cual implica una información ilustrada por parte del médico, la cual se exige en todos los casos.¹¹⁴

El Consejo de Estado propone la importancia de la información suministrada por parte del paciente, con el fin de que el médico conozca en detalle el estado de salud del enfermo y así poder realizar adecuadamente un diagnóstico y un tratamiento.¹¹⁵

112 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 268.

113 España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3 Sección 6 del 3 de octubre de 2000. “En la cirugía voluntaria o de satisfacción no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”.

114 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2002, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 13546: “El consentimiento implica la aquiescencia, aceptación y es el resultado de la ilustración o información; el conocimiento ilustrado del paciente es una condición atributiva de responsabilidad al médico en caso de ausencia de este elemento, quizá sería mejor exigir al médico como una conducta debida la información ilustrada al paciente.

115 Debe ilustrarse tanto al paciente, como al médico y a los responsables del paciente, teniendo en cuenta que éste puede ser menor de edad, o encontrarse en condiciones de imposibilidad para decidir por inconciencia o por demencia por ejemplo, o en otras circunstancias particulares según que se trate de un paciente normal, o que pueda presentar alguna adicción.

Tratándose del médico, también tiene derecho a ser informado plenamente por parte del paciente de las circunstancias que rodean su situación, de sus condiciones físicas y económicas, de sus antecedentes y tratamientos anteriores, opiniones médicas antecedentes y antecedentes familiares.

Si se piensa en los responsables del paciente éstos tienen las mismas obligaciones respecto de lo que esté a su alcance, pero si hay límites, éstos no podrán entenderse a cargo del médico.

El destinatario de la ilustración debe estar en condiciones de aceptar o rechazar, y cualquiera que sea su respuesta ésta tiene la finalidad de contribuir a la claridad que el juez busca en el conocimiento del caso sub judice, con los naturales efectos jurídicos y éticos.

Es menester anotar la aceptación para determinado tratamiento, la cual radica en una correcta ilustración, con el propósito de que el paciente decida si asume o no los riesgos propios de la terapéutica.

Este tribunal indicó en primera medida que la falta de consentimiento informado no constituye responsabilidad, se debe generar un daño y un nexo causal entre estas. De igual forma, afirma que

la aceptación o rechazo es pues determinante si se piensa en el caso en que no se ilustra y a pesar de ello no hay un daño, o el daño propio del procedimiento dentro de los márgenes de tolerancia; o se ilustra pero se causa daño y la ilustración por sí misma no exime pues no autoriza a dañar, quizá a correr el riesgo, caso en el cual lo corren a la vez el médico pero con cierta “impunidad” y el paciente pero a su cargo; podría igualmente ilustrar, y causarse daño en curso del procedimiento, pero no evidenciarse el nexo causal.¹¹⁶

Veremos posteriormente el cambio de posición, la cual se aplica en nuestros días, en donde se manifiesta que así no se genere un daño físico se produce falla en el servicio por no solicitar debidamente el consentimiento informado.

7.2.6. El cambio de jurisprudencia respecto a los daños morales y físicos por parte del Consejo de Estado

En sentencia del 26 de enero de 2002 (Exp. 12706), se habló acerca del consentimiento, el cual debe ser expreso, y, además, de que la carga de la prueba corresponde al demandado, es decir, no aplica la falla del servicio probada que a partir del 2006 se aplicó. De igual modo, resaltó lo dicho en la sentencia del 9 de julio de 1993, en donde se realizó una tubectomía pomey (esterilización del órgano reproductivo femenino) sin consentimiento, con el pretexto de la urgencia, pese a que este procedimiento pudo ser postergado. Es decir, el Consejo de Estado reitera que el consentimiento debe ser dado por el paciente salvo casos que en verdad involucren urgencia.

Se recalca que el consentimiento es un proceso, en donde se debe ilustrar permanentemente al paciente de todas las variables en determinado momento; así mismo, consideramos acertada la afirmación que hace este tribunal referente al presupuesto de ignorancia del paciente en lo relativo a la medicina. Finalmente, este fallo sostiene que el consentimiento debe ser dado por persona capaz en uso de sus facultades.

116 *Ibíd.*

En el caso bajo estudio, el tribunal consideró que estos presupuestos no se dieron, lo cual generó un daño y, por ende, responsabilidad.

Aunque los hechos de la sentencia del 18 de febrero de 2010 (Exp. 17866) tratan de una persona que no fue atendida y por falta de atención falleció, este tribunal consideró pertinente manifestarse acerca del consentimiento informado, en donde sostuvo que el médico puede generar responsabilidad cuando no se pide consentimiento; así no se materialice un daño físico, se responderá por la privación de los derechos de disponer sobre la vida y someter a un riesgo al paciente. El Consejo de Estado da una nueva teoría que señala que así no se cause un daño material, es decir, un daño físico, al no haberse pedido consentimiento, se genera un daño moral que puede ser indemnizable.

Esto es, se acepta la indemnización en los casos en que no se hubiera pedido consentimiento y no hubiese un desmejoramiento de la salud, porque se considera que se vulneran derechos como la libertad, autonomía y dignidad al no haber decidido libremente.

Los daños sufridos como resultado de los riesgos típicos que no se consintieron son un daño diferente al que se cause como consecuencia de una falla en la prestación del servicio médico, los cuales 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. En lo atinente a la medida del daño moral, se establecerá “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”.¹¹⁷

Podemos afirmar que hubo un cambio de jurisprudencia, por cuanto ahora se puede pedir indemnización por perjuicios morales cuando no haya un daño físico, caso en el que el médico responderá.

Recientemente, en sentencias del 9 de junio de 2010 (Exp. 19276), 23 de junio de 2010 (Exp. 19101) y 27 de abril de 2011 (Exp. 20502), se sostuvo que el Estado será patrimonialmente responsable por los daños derivados de la omisión o defectuosa prestación del servicio, en donde se ubica el consentimiento informado.

117 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17866.

De igual manera, consideró la Sala en otra oportunidad, que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos no se materialicen o, inclusive, aun cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente.¹¹⁸

De la misma manera, erróneamente apuntó “que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo”.

Nos adherimos a la posición del consejero Enrique Botero Gil, quien argumenta que no se puede confundir la causa con el efecto, esto es, la conducta generadora del daño con el daño mismo; al respecto, manifestó:

Ahora bien, “que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo”, genera un dislocamiento no sólo lógico, sino jurídico, de estruendosa repercusión ya que equivale a asimilar la conducta con el resultado de la misma, en otras palabras a confundir causa y efecto, y si bien allí descansa una relación predominantemente ontológica, como lo advirtieron los filósofos griegos y medievales, son elementos de una sucesión objetiva fenoménica; y es que la falla del servicio en el plano jurídico es el quebrantamiento de una obligación administrativa, mientras que el daño es el resultado o fruto de esa transgresión al ordenamiento, que se materializa en la afectación de un bien o interés legítimamente protegido. Por estas razones que son suficientes y por otras que se podrían exponer in extenso, es que no comparto la postura señalada ut supra.¹¹⁹

En la jurisprudencia actual, el consentimiento informado es tomado como parte del acto médico y, de no solicitarlo adecuadamente por parte del médico, este incurrirá en responsabilidad.¹²⁰

118 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 19101.

119 República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2002, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 13546.

120 Ver República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de enero de 2011, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 17547; Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 7 de

VIII. EL PSEUDOCONSENTIMIENTO, EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA HISTORIA CLÍNICA

En la práctica médica, el consentimiento informado se ha convertido en un trámite para evitar demandas;¹²¹ si bien esto puede ser verdadero, la transmisión de información por parte del galeno no debe ser llevada al diligenciamiento de formas previamente establecidas, por cuanto dicho trámite no tiene una verdadera ilustración del tratamiento y de la enfermedad del paciente, lo que puede generar que la expresión de la voluntad del paciente se vicie.

La relación médico-paciente, como lo sostiene el doctor José Humberto Duque Zea,¹²² se basa en el principio de permiso y beneficio, el cual tiene por objeto ser dejado en paz, lo que también comporta el derecho a la intimidad a rechazar ser tocado por los demás y, por consecuencia, a rechazar o aceptar una intervención.

Por su parte, Carlos A. Gherzi y Celia Weingarten¹²³ argumentan que el médico tiene el derecho de actuar discrecionalmente con fundamento en la medicina científica y debe informar los riesgos de la aplicación de un determinado tratamiento; para ellos, el deber de información se circunscribe de esta forma:

El hecho de conocer los riesgos no garantiza en absoluto que la estrategia o técnica sea una de las científicamente adecuadas, es decir, el obrar discrecional, porque como hemos visto, la función de la información no es la de garantizar un verdadero consentimiento contractual, sino el de dotar al paciente de los elementos necesarios para

febrero de 2011, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 34387; Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 18948; Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, C. P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 18947.

121 Rodríguez Almada, "Seudoconsentimiento...", op. cit.; Rodríguez Almada, Hugo. "Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención", en <<http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/2001v1/art4.pdf>> (consulta del 2 de febrero de 2011); Vázquez Ferreyra, "El consentimiento informado...", op. cit.

122 Duque Zea, José Humberto. "El consentimiento informado ¿cuestión de formalismo legal o cuestión de humanidad?", en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 1999, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 2 de febrero de 2011).

123 Gherzi, Carlos A. & Weingarten, Celia. "La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos", en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 1998, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 9 de agosto de 2011).

que pueda programar su conducta, esto es, asentir o no al tratamiento propuesto. No basta pues con que se informe, sino que es necesario además superar el control de cientificidad de la actuación médica.¹²⁴

A nuestro modo de ver, estos autores dan erróneamente el argumento de que los pacientes son incapaces de brindar consentimiento, por su mismo estado de convalecencia. No compartimos dicha postura, ya que el médico está sometido al consentimiento del paciente o sus parientes bajo los parámetros preceptuados por la ley y la Constitución.

Como mencionamos anteriormente, el principio de autonomía de la voluntad es el aplicable en nuestros días, es decir, no podemos quedarnos en el modelo paternalista en donde el médico aplica la medicina a su criterio. De igual modo, no hay que desconocer los derechos que se le han reconocido al paciente vía constitución y jurisprudencia, el médico debe informar al paciente de los posibles tratamientos y riesgos; respecto a estos dos últimos, acogemos lo dicho por Ghersi y Weingarten.

Sobre esto, exponen que la información no se debe brindar en términos científicos, sino de forma en que el paciente entienda lo referente a los riesgos; igualmente, manifiestan que los riesgos que se deben informar son “los riesgos que razonablemente y de acuerdo a los conocimientos científicos, la estrategia terapéutica conlleve, es decir, aquellos que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas”.¹²⁵

Es pertinente decir que nos adherimos a lo dicho por los precitados autores¹²⁶ en lo referente a la relación médico-paciente, la cual es mutua, y de la que se desprenden derechos y obligaciones, criterio que es compartido también por Estévez-Bretón.¹²⁷ El argumento en donde el médico aplica a su discreción el tratamiento e informa a su paciente de los riesgos de dicha terapéutica es erróneo y a todas luces transgrede los derechos de los pacientes.

Siguiendo con el desarrollo de este tema, el consentimiento informado debe ser solicitado por el profesional que realizará el tratamiento, no debe ser delegado en otra persona. El consentimiento informado tiene su origen en el acto de comunica-

124 *Ibíd.*

125 *Ibíd.*

126 *Ibíd.*

127 Estévez-Bretón, “Prácticas...”, *op. cit.*

ción entre ambos lados de la relación, con el fin de evaluar y valorar cuál es la mejor decisión para el paciente.

De otra parte, un problema que se genera dentro de la relación médico-paciente es la asimetría de conocimientos, en la cual el paciente se encuentra en ocasiones con dificultades de comprensión (por su enfermedad, estado emocional, nivel cultural), lo cual lleva a que la libertad se vea restringida. Para tratar ese tema, el autor Duque Zea brinda un modelo de acción, a saber:

Hacer partícipe al paciente en las decisiones implica informarlo debidamente de los pormenores de la enfermedad, de su diagnóstico, de las alternativas del tratamiento y del pronóstico y este tipo de información no sólo exige conocimiento científico sino aptitudes comunicacionales y actitudes para empatizar y compartir con el paciente. Escenario éste que es difícil de lograr en el actual contexto de premura y limitaciones de tiempo que exige el control de costos en el sistema de seguridad social en salud que rige en Colombia.¹²⁸

Como se anotó, el consentimiento informado no debe convertirse en trámite de firmas, sin permitirle al paciente tomar una decisión. Rodríguez Almada dice: “La voluntad por escrito y la firma del paciente, carece de todo valor ético y jurídico en ausencia de una adecuada información y una real autonomía del paciente”,¹²⁹ lo que en resultado da un pseudoconsentimiento, el cual tiene por finalidad no informar correctamente al paciente de los riesgos y la forma del tratamiento, si no que su objeto es la constitución de la prueba para futuros litigios. Al realizarse este tipo de prácticas, no se explican los riesgos del tratamiento y las posibles alternativas para tratar la enfermedad, privando al paciente de la oportunidad de rechazar determinado tratamiento o de escoger el que tenga menos riesgos o secuelas.

Siguiendo este orden de ideas, como lo sostiene Galán Cortés,¹³⁰ los protocolos o formatos de consentimiento deben servir de ayuda en el proceso de información, no deben estar diseñados con fines defensivos, pensando en los intereses del médico, por cuanto el destinatario es el paciente. Adicionalmente, señala que los protocolos deben ser diseñados por médicos y no por juristas; estos últimos pueden servir de colaboradores en aspectos formales, posición que compartimos en cuanto

128 *Ibíd.*

129 Almada, “Seudoconsentimiento...”, *op. cit.*

130 Galán Cortés, *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 137.

los abogados no deben ser quienes guíen esta práctica, por cuanto no son doctos en muchos de los procedimientos que se realizan sobre los pacientes.

De igual forma, estamos de acuerdo con Roberto Vázquez Ferreyra,¹³¹ el cual indica que el consentimiento informado por escrito solo se exige para ciertos casos en particular, pero que no hay nada malo en que los médicos quieran dejar constancia de la ocurrencia del acto de información.

(...) La instrumentación del consentimiento informado no puede pasar por esos formularios absurdos que generalmente se hacen firmar a todo paciente en el mismo momento en que ingresa a un establecimiento asistencial.

(...) Siempre insistimos que valen mucho más unas líneas manuscritas en la historia clínica confeccionadas por el médico tratante en las que se deja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus alternativas, que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar al establecimiento. (...) Las cortes suelen atribuir gran importancia a estas anotaciones, especialmente cuando (...) estas anotaciones no necesitan ser voluminosas ni ocuparle mucho tiempo al profesional.¹³²

Como lo proponen Roberto Vázquez Ferreyra, Ricardo de Ángel Yaguez, Julio Galán Cortés y Hugo Rodríguez Almada, el consentimiento informado es mejor dejarlo dentro de la historia clínica en la medida en que recoge todos los datos del paciente. En lo relativo a la exoneración de responsabilidad, hay que dejar claro que las cláusulas exonerativas no son válidas jurídicamente.

El consentimiento informado debe ser comprendido por los profesionales de la salud como la expresión de la voluntad del paciente, aceptando o rechazando determinado procedimiento, no debe ser entendido como un simple acto obligatorio que los liberará de demandas. Se reitera, se puede dejar documentado el consentimiento informado, acompañado de información verbal, visual o audiovisual, con el fin de clarificar las dudas del paciente. Y, en el caso de tener formatos, sería bueno que este se llenara por el médico con la situación particular del paciente y de su enfermedad.

131 Vázquez Ferreyra, "El consentimiento informado...", op. cit.

132 *Ibid.*

IX. COROLARIO

Observamos cómo el consentimiento informado es la expresión de la voluntad del paciente, este encierra un conjunto de elementos y derechos mediante los cuales se insta al médico a suministrar al paciente información suficiente, clara y ajustada a la realidad,¹³³ con el propósito de que el paciente pueda expresar su voluntad y dar su consentimiento, y que no esté viciado, sino, por el contrario, sea un asentimiento voluntario, libre y consciente (capacidad).

El consentimiento informado es relevante en el acto médico, razón por la cual el Consejo de Estado ha planteado la posibilidad de imputar responsabilidad por los daños morales cuando no se pide consentimiento, así no se cause un daño físico (sostiene que se vulneran los derechos a la autonomía y a la dignidad). Siguiendo con este tema, vemos cómo el paciente puede decidir si toma o no el tratamiento propuesto (caso de creencias religiosas que no permiten ciertos tratamientos, v. gr., los Testigos de Jehová, que no permiten transfusiones), siempre y cuando el paciente tenga la capacidad de decidir.

La autonomía no se puede llevar a tal extremo que desnaturalice la relación médico-paciente, por cuanto el médico cumple la función de orientar e informar al paciente acerca de su mal y de los posibles tratamientos; tampoco se puede convertir en una relación vertical, en la cual el médico decide qué se debe hacer, ya que se vulnerarían los derechos del paciente. En el caso en que el paciente imponga condiciones en las cuales el médico no se sienta cómodo para ejercer el tratamiento, el galeno se puede retirar, pero debe buscar a otro médico que pueda cumplir con las peticiones del paciente (caso en el que se necesita una cirugía donde se hace necesaria la trasfusión de sangre, conforme con la *lex artis*, pero el paciente por sus creencias religiosas solicita la realización de la operación sin trasfusión).

El caso de los NNA se hace interesante, puesto que, si el tratamiento es drástico, verbi gratia, readecuación de sexo en el hermafroditismo, los padres podrán otorgar el consentimiento informado antes que el menor cumpla cinco años de edad; de lo contrario, deberán esperar a que el NNA tenga capacidad para decidir. También se concluye que la jurisprudencia por mandato constitucional privilegia todos los casos en que la vida del menor se pueda salvaguardar sobre los demás derechos,

133 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1229 del 28 de noviembre de 2005.

como es el caso en que por creencias los padres no consienten cierto tratamiento fundamental para salvar la vida del menor. La Corte Constitucional ha sido clara en sostener que se debe proteger la vida del menor.

De otro lado, tenemos a las personas con discapacidad mental, situación en la que es preciso tener en cuenta si el tipo de enfermedad que padecen tendrá mejoría, con el objeto de determinar si podrá tener capacidad de consentir; de no ser así, será necesaria una orden judicial, con el fin de hacer uso del consentimiento sustituto.

En ciertas ocasiones, como en el caso de tratamientos experimentales, o el consentimiento sustituto en personas dementes, será indispensable un consentimiento informado cualificado, es decir, más exigente por parte del médico, en la medida en que, en estas situaciones, los derechos del paciente se podrán ver vulnerados fácilmente, por ello se debe dejar constancia del consentimiento informado en la historia clínica.

La jurisprudencia contencioso-administrativa, en lo atinente al consentimiento informado, el riesgo y la posible responsabilidad que pueda generar, ha tenido las siguientes variaciones:

1. En sentencia del 31 de noviembre de 1995 se sostuvo que el médico asume los riesgos previsibles en caso de no informarlos.
2. Posteriormente, en fallo del 3 de abril de 1997 (Exp. 9467), se dijo que el médico no podía asumir estos riesgos en caso de no informarlos, ya que, de ser así, se asemejaría a las actividades peligrosas.
3. Más adelante, en fallo de 1999 (Exp. 11169), se confirmó lo dicho en 1995, en donde el médico asume los riesgos que debe informar pero que no lo hace; a la postre, dicho tribunal siguió manteniendo esta teoría conjuntamente con los derechos del paciente y su libre decidir, en donde era necesario que se presentara un daño físico para poder predicar responsabilidad por la prestación de servicios médicos.
4. Finalmente, en sentencia del 18 de febrero de 2010, se abre la posibilidad de demandar así no se cause un daño físico, por cuanto se considera la probabilidad de vulneración de los derechos del paciente en su libre elección.

A nuestro modo de ver, esta nueva posición es garantista y está de acuerdo con los postulados dados por la Corte Constitucional, lo cual impone en cabeza del médico

una carga más severa en la obligación de informar, hecho que puede generar que el consentimiento informado se lleve adecuadamente.

Vemos la incertidumbre en que se encuentra el tema del riesgo; ejemplo de ello son las variaciones jurisprudenciales, lo que no permite establecer un estándar claro a la hora de transmitir información al paciente.

Se hace un llamado a documentar el consentimiento informado, lo que no es razón para convertirlo en la firma de documentos sin ilustrar a su paciente; el correcto proceder es instruir al paciente con el fin de que este tome una correcta decisión y, posteriormente, dejar constancia de ello.

Así las cosas, vista la relevancia del consentimiento informado y la posibilidad que tiene este de generar responsabilidad, se debe advertir que no puede ser tomado a la ligera por parte de los profesionales de la salud, puesto que se podría incurrir en una falla del servicio.

X. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Bernate Ochoa, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario; 2010.
- Castaño de Restrepo, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Editorial Temis S.A.; 1997.
- Castaño de Restrepo, María Patricia. *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado: derivada de la administración y prestación de servicios de salud*. Bogotá: Temis; 2003.
- Dueñas Albarracín, Fabián Ricardo. *El consentimiento informado en la actividad médica*. Línea de Investigación de Responsabilidad Médica, Universidad del Rosario, 2011.
- Fajardo Sandoval, Franklyn & Ruano Ibarra, Luis Eduardo. *El consentimiento informado: del paternalismo a la reivindicación de los derechos humanos del paciente*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; 2009.
- Fernández Muñoz, Mónica Lucía. *La responsabilidad médica: problemas actuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; 2008.
- Galán Cortés, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas; 2001.
- Herrera Ramírez, Fernando Javier. *Manual de responsabilidad médica*. Bogotá: Leyer; 2008.
- Jackson, Emily. *Medical law: text, cases and materials*. Oxford: Oxford Press; 2006.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis; 2006.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica*. Medellín: Diké; 1994.
- Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 7ª ed.; 2005.
- Parra Guzmán, Mario Fernando. *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley; 2010.
- Ruiz Orejuela, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones; 2006.
- Saavedra Rojas, Édgar. “El concepto del debido proceso en el juicio disciplinario médico”, en *Gaceta de Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Médica*, Vol. 4, Nº 1, enero-junio 2000.
- Serrano Escobar, Luis Guillermo. *Aspectos críticos de la responsabilidad médica en la actualidad*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley; 2004.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Sobre la culpa de la prueba médica*. Medellín: Diké; 2001.

Artículos

- Duque Zea, José Humberto. “El consentimiento informado ¿cuestión de formalismo legal o cuestión de humanidad?”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 1999, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 2 de febrero de 2011).
- Estévez-Bretón, Mauricio. “Prácticas para optimizar la relación médico-paciente”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2011, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 24 de julio de 2011).
- Gherzi, Carlos A. & Weingarten, Celia. “La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. el consentimiento y la aceptación de riesgos”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 1998, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 9 de agosto de 2011).
- Manrique Bacca, Jorge Iván. “El profesional de la salud y el consentimiento informado”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 1999, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 1º de abril de 2011).
- Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel. “La minoría madura”, presentada en el *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 23 de octubre de 1997, en <<http://www.aeds.org>> (consulta del 18 de abril de 2011).
- Peña B., Julio Enrique. “El consentimiento informado”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2000, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 15 de febrero de 2011).
- Rodríguez Almada, Hugo. “Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención”, en <<http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/2001v1/art4.pdf>> (consulta del 2 de febrero de 2011).
- Rodríguez Almada, Hugo. “Seudoconsentimiento informado en Uruguay”, en <<http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/2002v1/art-11.pdf>> (consulta del 2 de febrero de 2011).
- Rojas Zorro, Elberto, “Fundamentos bioéticos del consentimiento informado”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2003, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 20 de abril de 2011).
- Sideme. “La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica”, en <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/historiaclinica_rvf.pdf> (consulta del 15 de marzo de 2011).
- Valencia Pinzón, Giovanni. “La *lex artis*”, en *Revista Médico Legal*, Bogotá, 2001, en <<http://www.medicolegal.com.co>> (consulta del 10 de abril de 2011).
- Vázquez Ferreyra, Roberto A. “El consentimiento informado en la práctica médica”, en Sideme (Uruguay), en <<http://www.sideme.org/doctrina/articulos/ci-ravf.pdf>> (consulta del 2 de febrero de 2011).

Sentencias Consejo de Estado

- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, consejero ponente Daniel Suárez Hernández, Exp. 6897.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 13 de agosto de 1992, consejero ponente Daniel Suárez Hernández, Exp. 7274.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 9 de julio de 1993, consejero ponente Julio César Uribe Acosta, Exp. 7795.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 febrero de 1995, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 9142.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 15 de noviembre de 1995, consejero ponente Daniel Suárez Hernández, Exp. 10301.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de abril de 1997, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 9467.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 6 de noviembre de 1997, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 11701.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 10807.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 11943.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11169.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, consejero ponente Daniel Suárez Hernández, Exp. 11949.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11169.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, consejero ponente María Helena Giraldo Gómez, Exp. 12548.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000, consejero ponente María Helena Giraldo Gómez, Exp. 11519.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de enero de 2002, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12706.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2002, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 13546.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 1º de julio de 2004, consejero ponente Ariel Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 14696.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 28 abril de 2005, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 14786.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 14400.

- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 15352.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, consejero ponente Enrique Gil Botero, Exp. 16098.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 14726.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 8 de junio de 2009, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 17033.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, consejero ponente Enrique Gil Botero, Exp. 18364.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 17483.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 16068.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 18285.
- Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 18142.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 18100.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17866.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 17837.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, consejero ponente Enrique Gil Botero, Exp. 19276.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 19101.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 19570.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 20654.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de enero de 2011, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio, Exp. 17547.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 7 de febrero de 2011, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio, Exp. 34387.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio, Exp. 18948.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 20502.

República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, consejero ponente Hernán Andrade Rincón, Exp. 18947.

Sentencias Corte Constitucional

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-493 del 28 de octubre de 1993, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-411 del 19 de septiembre de 1994, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-474 del 25 de septiembre de 1996, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-377 del 12 de mayo de 1999, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-551 del 2 de agosto de 1999, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-062 del 4 de febrero de 1999, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1390 del 12 de octubre de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-075 del 26 de enero de 2001, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-566 del 31 de mayo de 2001, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-597 del 7 de junio de 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-823 del 4 de octubre de 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 10 de octubre de 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1021 del 30 de octubre de 2003, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-412 del 6 de mayo de 2004, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-492 del 20 de mayo de 2004, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1229 del 28 de noviembre de 2005, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 1º de febrero de 2006, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-317 del 24 de abril de 2006, magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-492 del 29 de junio de 2006, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-866 del 19 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1019 del 1º de diciembre de 2006, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-560A del 27 de julio de 2007, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-216 del 29 de febrero de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-653 del 1º de julio de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1201 del 4 de diciembre de 2008, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-732 del 15 de octubre de 2009, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-055 del 12 de febrero de 2009, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-542 del 15 de junio de 2010, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-924 del 17 de noviembre de 2010, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia extranjeras

Reino de España, Tribunal Supremo, Sala 3 Sección 6, sentencia del 3 de octubre de 2000, en <<http://sentencias.juridicas.com/docs/00063638.html>> (consulta del 22 de abril de 2011).

Reino Unido, *Bolam versus Friern hospital management committee 1957 UK*, en <http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/BOLAMV_1%20DOC.pdf> (consulta del 2 de abril de 2011).

Estados Unidos de América, Corte Federal del Distrito de Nueva Jersey, Caso *Rennie versus Klein* de 1978, en <<http://openjurist.org/653/f2d/836/rennie-v-klein-m-d-m-d>> (consulta del 18 de abril de 2011).

Estados Unidos de América, sentencia del Tribunal de Apelaciones de California en el caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board Of Trustees* de 1957, en <<http://www.stanford.edu/group/psylawseminar/Salgo.htm>>.

Normas

República de Colombia, Ley 23 de 1981.

República de Argentina, Ley 23464.

República de Colombia, Ley 73 de 1988.

República de Colombia, Decreto 3380.

República de Colombia, Resolución 13437 de 1991.

República de Colombia, Constitución Política.

República de Colombia, Código Civil.

Reino de España, Ley 41 del 2002.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006.

Otros

Consejo de Europa, Recomendación 1121.

Convenio de Oviedo de 1997.

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

