

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-03
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 31

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

OFELIA DALY VÁSQUEZ SÁNCHEZ  
E-mail: adalyvasquez18@gmail.com

HENRY ANTONIO SOTELO ARIZA  
E-mail: hen-ry-s@hotmail.com

DIANA MARCELA PALACIO ROMÁN  
E-mail: palacioroman@gmail.com

### Institución Universitaria de Envigado 2014

**Resumen:** El propósito del presente escrito se fundamenta en analizar los alcances de la responsabilidad del Estado frente a la ausencia de consentimiento informado en Colombia; para ello, se identifican los factores que desde la doctrina fundamentan la responsabilidad del Estado frente a la ausencia de consentimiento informado en la actividad médica en Colombia; de igual manera, se establece el marco jurídico que determina dicha responsabilidad estatal; y finalmente, se determina desde la jurisprudencia de las altas cortes colombianas los fundamentos para la configuración de la responsabilidad estatal por la ausencia de consentimiento informado en la actividad médica.

**Palabras claves:** *Responsabilidad del Estado, Consentimiento informado, Responsabilidad médica, Riesgo, Falla del servicio, Daño especial, Riesgo excepcional, Daño antijurídico.*

**Abstract:** The purpose of this paper is based on analyzing the scope of liability against the absence of informed consent in Colombia State; for this, the factors underlying the doctrine from the responsibility of the State to the absence of informed consent in medical activities in Colombia are identified; similarly, the legal framework determines that state responsibility is established; and finally, it is determined from the jurisprudence of the Colombian high court for setting the foundations of state responsibility for the absence of informed consent in medical practice.

**Keywords:** *State Responsibility, Informed Consent, Medical Liability, Risk, utility failure, damage special, exceptional risk, unlawful damage.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Cada vez juega un papel más importante el tema de la Responsabilidad del Estado, como mecanismo jurídico para la búsqueda

de un resarcimiento al Estado de Bienestar General al que todos los ciudadanos tienen derecho y que se ve afectado directa o indirectamente por el ejercicio de los agentes del Estado que actúan en su representación.

Así, cuando se habla de responsabilidad del Estado se hace referencia al principio de legalidad, desde el cual se presume que toda actuación del Estado es conforme a derecho; ésta presunción es a favor del Estado, ya que es el demandante quien debe demostrar que esa actuación no es conforme a derecho.

Por lo anterior, se debe partir del hecho según el cual la Responsabilidad del Estado es la obligación que nace para él de reparar o indemnizar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad cuando quiera que incumple total o parcialmente, o cumpla defectuosamente con los deberes fundamentales que han sido consagrados en la Constitución y las leyes.

El tema de la responsabilidad estatal cobra especial interés cuando se trata de servicios de salud prestados por entidades a cargo del Estado, de ahí que sean múltiples las investigaciones que han abordado desde diferentes ámbitos, las distintas causales y determinadoras de este tipo de responsabilidad con materialización en el plano patrimonial.

Precisamente, conviene problematizar aquí lo concerniente al consentimiento informado, el cual, cuando se trata de intervención médico-quirúrgica, implica el deber de informar sobre los efectos secundarios de un tratamiento médico (C.C. T-1021/03 y T-1229/05), y debe estar precedido de una información adecuada (C.C. T-762/04). Tal como lo señala la doctrina autorizada:

Se entiende por consentimiento informado el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual éste último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta (Rodríguez, 2004, p. 115).

Lo que se desprende de lo anterior es que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que su prueba corra a cargo del demandado, en atención a la situación de privilegio en que se encuentra

fácticamente, para procurar la verdad dentro del proceso.

Por ello, en materia de responsabilidad estatal, importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido un paciente que está sometido a la praxis de personal adscrito a un entidad estatal. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente.

En un reciente e importante fallo, el Consejo de Estado (Rad. 20480, sentencia del 13 de abril de 2011) se refirió al caso del consentimiento informado del paciente y la obligación que tiene el galeno de informarlo acerca de los riesgos para que el paciente acepte o rehúse el procedimiento conforme

las alternativas posibles y los riesgos informados. Lo novedoso de la jurisprudencia es la remisión a “La pérdida de oportunidad” como daño indemnizable por la ausencia del consentimiento informado del paciente. Antes, el Consejo de Estado se había pronunciado por la pérdida de oportunidad en los contratos estatales, cuando, quien de acuerdo a la propuesta tenía mejor puntaje y había sido descalificado. También, en materia médica, pero ahora bajo otra perspectiva referido a la ausencia del consentimiento informado del paciente. El siguiente es un aparte importante de la sentencia:

En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de condenarse a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o

no (C.E. Rad. 12706, 24 de enero de 2002).

Como puede verse, no se puede agotar el deber de información y se concreta dicho consentimiento con la simple formalidad de la “autorización de servicios”, ya que su trámite comprende el acceso y la calidad de la información, siguiendo tanto el precedente jurisprudencial constitucional (C.C., T-477/95, T-412/04 y T-216/08), como de la Sala (C.E. Rad. 16098, 3 de mayo de 2007).

Por tal razón, la presente investigación se constituye en un ejercicio que ahonda en el conocimiento de los fundamentos de la denominada responsabilidad patrimonial estatal, de conformidad con los lineamientos hermenéutico-jurídicos que se desprenden de una lectura amplia del artículo 90 de la Carta Política de 1991, a partir del estudio y abordaje de eventos en los que se pueda configurar la responsabilidad del Estado frente a la ausencia del consentimiento informado.

Así, aunque sobre el tema de responsabilidad estatal se ha trabajado ampliamente en los niveles legal, doctrinal,

jurisprudencial e incluso académico, por tratarse la figura del consentimiento informado un elemento preponderante para fundamentar su determinación, éste es un tema relativamente reciente y que ha venido cobrando importancia en los últimos años, el cual no goza hasta ahora del suficiente despliegue conceptual en nuestro medio que recoja de modo expreso lo relativo a daños causados por el ejercicio de la actividad médica y su relación con el consentimiento informado; en consecuencia, se estima que en la perspectiva académica el tema ofrece particular validez como materia de indagación y, por tanto, resulta oportuna la investigación proyectada, a efectos de ilustrar conceptualmente al respecto.

## **2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA**

### **2.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

El artículo 90 de la Constitución Política consagra claramente la responsabilidad

patrimonial del Estado al disponer que éste “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas”. En este sentido, se establece, de modo general, la responsabilidad del Estado,

(...) cuya aplicación se determina por la configuración de dos requisitos: (1) la existencia de un daño antijurídico y (2) que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública. (...) La noción de daño antijurídico (...) puede definirse como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar. De esta manera, la responsabilidad del Estado podría configurarse no sólo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar. No obstante, para que el Estado deba responder patrimonialmente, no basta con que se cause el perjuicio antijurídico sino que éste haya sido causado por alguna autoridad pública en el ejercicio

de sus funciones (C.C. C-100/01).

Lo primero que hay que reconocer frente a la tesis normativa estipulada en el artículo 90 de la Constitución Política es que el Estado debe ser concebido como ente responsable de las actuaciones jurídicas erróneas y de la administración de justicia.

Cuando se habla de responsabilidad estatal, se relaciona con el Estado Social de derecho que, como lo define Marienhoff (1993)

(...) el Estado Social de Derecho presupone una auto limitación de sus propios poderes por parte del estado que permite frente a él un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables (p. 35).

Así se resumiría lo anterior, a que todas las actividades del poder público están sujetas a normas jurídicas, lo que se conoce como el principio de legalidad, y este principio opera dentro de un Estado de derecho.

Las consecuencias que acarrea la trasgresión, de que el Estado se sustraiga del principio de legalidad, son lo que pone en manifiesto que el Estado está efectivamente sometido al derecho, consecuencias que son de dos clases: la primera es que la legalidad debe restablecerse en todos los casos en que es posible (principalmente cuando se trata de actos, en cuyo caso la legalidad se restaura haciendo desaparecer el acto del mundo jurídico. “Tratándose de hechos es más difícil, porque la historia no tiene reversa y es imposible borrar lo que materialmente ocurrió. Lo segundo, que deben repararse todos los daños o perjuicios ocasionados” (Marienhoff, 1993, p. 35).

Estas dos clases de secuelas constituyen lo que se llama Responsabilidad del Estado, genéricamente; las primeras configuran la especie denominada responsabilidad no patrimonial o teoría de las irregularidades y las segundas responsabilidad patrimonial.

Es posible que únicamente se presenten las del primer tipo, que es lo que ocurre cuando se expide un acto general, impersonal

y abstracto, que por sí mismo no lesiona derechos subjetivos, no ocasiona directamente perjuicios o lesiones concretas en el patrimonio jurídico. En este caso el remedio consiste en anular el acto, con lo que desaparece la violación de la legalidad.

También puede ocurrir que las consecuencias sean sólo de índole patrimonial, como cuando la causa del perjuicio es un hecho cumplido, cuyos efectos ya cesaron. Así mismo, puede suceder que concurren, y el ejemplo más claro es cuando un acto anulable lastima derechos subjetivos: debe anularse el acto y proveer la indemnización, para una plena operancia de la responsabilidad.

Dicen los tratadistas que el derecho administrativo, en la misma forma que el derecho privado, deslinda la teoría de la irregularidad o ilegalidad de la teoría de la responsabilidad, al tratarlas como cuestiones separadas. Sin embargo la doctrina francesa habla de la unidad o complementariedad de las dos figuras: responsabilidad no patrimonial o teoría de las irregularidades y responsabilidad de carácter patrimonial.

Al respecto “Michel Rousset, encuentra que salvo la existencia del perjuicio, daño o lesión, que hace posible distinguirlas, hay una concordancia casi absoluta entre la irregularidad generadora de responsabilidad y la irregularidad susceptible de acarrear anulación del acto” (Rousseau, 1956, p. 96). En el derecho colombiano “no parece que exista mayor obstáculo para el acogimiento de esta original teoría monista de la responsabilidad” (Hoyos, 1985, p. 20). Cuando es un acto anulable el que causa perjuicio no puede fundarse hasta ahora la responsabilidad más que en la ilegalidad de ese acto (al menos así se ha entendido), responsabilidad que necesariamente es consecuencial a la anulación, que debe demandarse simultáneamente, dando lugar a un solo proceso y a una única sentencia. En efecto el artículo 85 Subrogado por el Decreto Extraordinario 2304/89 Art.15 dice “toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...)”

La doctrina ha supuesto siempre que en estos casos de ningún modo puede buscarse la reparación mientras no se haya anulado el acto en virtud del cual se ocasionó el daño, la caducidad de la acción indemnizatoria es la misma de la anulatoria (de plena jurisdicción, ahora llamada “de restablecimiento del derecho”), y no es menester buscar causa alguna de responsabilidad, sino que ésta nace directamente de la ilegalidad del acto. Mientras que si se trata de un hecho (hecho, operación material, omisión), se puede acudir directamente a la jurisdicción sin necesidad de pronunciamiento administrativo previo, a través de una acción diferente (artículo 86 C.C.A) que tiene caducidad distinta, y el fundamento de la responsabilidad dimana de la falta, del daño especial entre otros aspectos (ubicando nuestras bases en el régimen general francés).

De acuerdo con Esguerra (1972), en este concepto no se integran necesariamente ni la culpa, ni el carácter patrimonial del daño o lesión producido. Si se integraran, quedarían excluidas la responsabilidad penal donde el daño es social y la responsabilidad del

trabajador, basada en el riesgo. Solo se determinan el objetivo de la institución y sus tres condiciones: unas consecuencias (que después llamaremos daño o lesión), una actuación y una relación de causa a efecto.

## **2.2 TIPOLOGÍAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

A continuación se realizará una conceptualización de las diferentes modalidades de la responsabilidad estatal: la teoría de la falla del servicio, la teoría del daño especial, y finalmente la teoría del riesgo excepcional, aunque al inferir la tendencia que predica nuestro Consejo de Estado respecto al tema objeto del presente artículo trabajaremos a fondo las teorías que predominan.

### **2.2.1 *Falla del servicio***

No existe una definición clara y precisa del concepto, sin embargo algunos autores han realizado aproximaciones importantes. El Consejo de Estado, acogió la noción inicial de la falla del servicio como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente, pero

posteriormente y con el fin de enmarcarla en un ámbito más jurídico, la definió como la violación al contenido obligatorio a cargo del Estado, sin abandonar del todo la aplicación del concepto descriptivo del funcionamiento.

De acuerdo con Bustamante (2003), la Tesis de la Falla del Servicio surgió en Francia como concepto opuesto al de la culpa personal del servidor público y presenta dos variantes: La Falla Probada y la Falla Presunta del Servicio. En el primer caso, el afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de la falla o falta en el servicio, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones no prosperarán. Se trata de un requisito muy exigente ya que el actor debe suministrar plena prueba de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos constitutivos de la falla. En el caso de la Falla Presunta, el cual es considerado un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, se sigue aplicando el concepto de falla del servicio, pero con la salvedad de que es sobre

la entidad demandada que recae la carga probatoria.

### ***2.2.2 El daño especial***

A esta teoría se le llama también de responsabilidad sin falta, o de igualdad frente a las cargas públicas y encuentra su fundamento en el hecho de que una persona que soporta un daño o una carga, en desigualdad de condiciones con respecto a los demás miembros de la comunidad, debe ser indemnizada por el Estado.

Según Bustamante (2003), la existencia del Estado, su supervivencia, su desarrollo y administración, imponen a los asociados una serie de cargas que de acuerdo al principio de equidad y justicia distributiva, todos los gobernados deben soportar por igual; por ello no le es permitido al Estado romper ese equilibrio o situación de igualdad, haciendo a unos más oneroso su compromiso social que a otros, de manera que cuando dicho fenómeno se presenta es estrictamente necesario reparar todas las consecuencias que de ello se generan.

### ***2.2.3 El riesgo excepcional***

El riesgo excepcional o riesgo de naturaleza excepcional, surge cuando el Estado, en virtud de la realización de sus actividades propias, tales como el adelantamiento de una obra de servicio público, emplea recursos o medios que colocan al administrado o a sus bienes en situación de quedar expuesto a un riesgo fuera de lo común o excepcional y que debido a su gravedad, excede las cargas públicas que normalmente deben soportar los particulares. De esta manera, si se genera un daño con ocasión de la ocurrencia de dicho riesgo, sin que medie culpa alguna de la víctima ni de la administración misma, habrá lugar a responsabilidad estatal y por ende a indemnizar al perjudicado.

De acuerdo al postulado básico de la Teoría de los Riesgos,

la misma persona que corre con las expectativas de provecho, deberá cargar con los riesgos de pérdidas, de manera que lo que se pretende es superar la intervención de opiniones subjetivas acerca de lo que es o no reprochable moralmente y, en su lugar, aspirar a colocarse en el

terreno positivo de las estadísticas de los costos de producción (Ramos, 2004, p. 13).

#### **2.2.4 El daño antijurídico**

El art. 90 de la Constitución consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado sobre el concepto del "daño antijurídico", el cual comprende no solamente la responsabilidad objetiva sino también la subjetiva, la contractual y la extracontractual.

Este tipo de responsabilidad exige, para la atribución del resultado dañoso a un sujeto activo determinado, que se tenga en cuenta su esfera volitiva integrada por el ámbito cognoscitivo y la capacidad de autorregulación de su conducta, al menos en principio, pues tratándose de los imputables tendríamos que aceptar simplemente su culpabilidad natural.

### **2.3 ASPECTOS GENERADORES DE CULPA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Siguiendo a Yepes (2011), los aspectos generadores de culpa de la responsabilidad médica son:

- La negligencia: es un descuido o falta de cuidado, o una omisión, como cuando no se emplean medios conocidos y disponibles en la prestación de un servicio de salud. Si el profesional no acatando medidas de cuidados, higiene o seguridad que tiene a su disposición, atenta contra la salud del paciente estaría actuando de manera negligente.
- La imprudencia: consiste en la falta de templanza, cautela, prudencia y buen juicio. Existe cuando se somete a un paciente a un riesgo injustificado, se presentaría cuando el medico sin contar con el instrumental, los elementos médicos o la infraestructura adecuadas, efectúa un procedimiento sin poder mantener acertadamente una complicación.

- La impericia: se define como la falta de pericia o habilidad en una ciencia o arte. Aplicado al campo de los servicios de salud, consiste en la falta de conocimiento o capacidad profesional para realizar un acto médico.

Siendo entonces la medicina profesión que se compromete con el cuidado de la salud y la vida de las personas debe desplegarse con todo el cuidado y diligencia, ya que al momento de poner en práctica la actividad médica no solo se vale el profesional de sus conocimientos al respecto, sino también de muchos otros aspectos que en el momento en que estos fallen como es la mala asepsia o los equipos médicos en mal estado, pueden generar consecuencias muy graves no solo para el paciente que sufre el perjuicio sino también para el médico que no fue diligente, prudente y perito a la hora de ejercer su profesión.

## 2.4 FACTORES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Según Arturo Alessandri, citado por Yepes (2011),

hay causa eximente de responsabilidad cuando el daño proviene de un hecho que no es imputable a dolo o culpa del agente. Este podrá ser su autor aparente o material, pero no es su autor responsable. Si estas causas obstan a la responsabilidad del autor del daño no es, como creen algunos, porque falte la relación causal. Esta supone la culpa o dolo del agente, y aquí no hay ni culpa ni dolo (p. 75).

De la noción dada por Alessandri se deduce que, las causas de exoneración, nada tienen que ver con el rompimiento del vínculo causal, puesto que para el tratadista en mención, efectivamente no han existido ni culpa ni dolo en el agente, por lo que sería imposible sostener el rompimiento de la relación de causalidad entre éste elemento (culpa o dolo) y el daño producido.

Claro que existen quienes sostienen lo contrario, o sea, que la causa extraña lo que hace, es romper el nexos causal. Es el caso del

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-32
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 12 de 31

autor Raimundo Emiliani, citado por Yepes (2011), quien sostiene que:

para que se configure la responsabilidad del demandado, o sea, del presunto victimario, el demandante, o sea, la víctima, tiene que probar un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño por él sufrido. Sin este vínculo de causalidad, en efecto, el daño no puede ser atribuido al demandado, pues no sería su obra, sea porque no le es imputable por falta de culpa, sea porque proviene de causa ajena (p. 112).

De todas formas, en uno y otro caso, sea como rompimiento del nexo causal, o como ausencia del elemento subjetivo (culpa o dolo), las causas extrañas que producen la exoneración de responsabilidad son las mismas: caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero. Analicemos ahora cada una de ellas.

## **2.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SERVICIOS O ASISTENCIA MÉDICA**

Explica Yepes (2011) que en cuanto a los sujetos, los de este tipo de contrato son el paciente y el médico, quienes actúan bajo el

ejercicio libre de su voluntad; por otra parte, es un contrato bilateral ya que genera obligaciones para ambas partes; es además un contrato consensual pues se perfecciona con el acuerdo de la voluntad de las partes, por lo tanto cualquier documento firmado adicionalmente tendrá únicamente relevancia probatoria.

Este es además un contrato oneroso y conmutativo, en cual cada una de las partes tiene definida su prestación, siendo la de uno, pagar un precio (razón por la cual se clasifica como oneroso), y la del otro, presta un servicio, en este caso, médico, el cual se encuentra definido por sus conocimientos especiales.

Para que además este contrato esté libre de vicios es imprescindible la capacidad de las partes, el consentimiento y el objeto y causa lícita, propios del negocio jurídico.

### **3. MARCO JURÍDICO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

#### **3.1 CONSENTIMIENTO INFORMADO**

El consentimiento informado viene de la palabra latina "Consensus", compuesta por "cun" y "sentiré", un acuerdo de voluntades sobre el mismo punto. El ejercicio de un derecho, de imponer la voluntad y en el caso que nos ocupa el disponer del cuerpo, de su integridad, lo que implica ejercer el derecho a nuestra dignidad y la autodeterminación.

El consentimiento informado es entonces la constancia de que al paciente se le ha respetado en su autonomía y se le ha explicado a él o su familia la lesión que padece (diagnóstico), el pronóstico del procedimiento a realizar para tratarlo, sus riesgos especialmente si es quirúrgico y también de los medios técnicos con que se cuenta para éste con el fin de que el paciente tenga la opción de tratarse por otro profesional o institución que considere más adecuado. Recomendaciones al dar de alta, o en pacientes externos advertir del riesgo que el abandono del tratamiento puede comportar. Para los casos crónicos o

recidivantes informarle de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos necesarios para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia.

La facultad de llegar a un acuerdo con uno o más individuos implica el ejercicio de derechos inherentes a la calidad del ser humano, ejercicio que puede trascender desde la simple asunción de un riesgo y sus complicaciones hasta la celebración de un negocio jurídico y su cumplimiento, debiendo contarse en ambos casos con el suministro lógico, sencillo, coherente, real y suficiente de la información necesaria para lograrlo, situación que genera en el individuo la confianza y la actitud mínima para hacerlo (Saavedra, 1999, p. 2).

Definición que cuenta con un aspecto de mucha importancia y que a decir verdad es el eje del tema "la información suministrada" ya que debe ser tan clara y precisa que permita hacernos una idea tanto de los beneficios como de los riesgos que se van a tomar con el procedimiento a realizar y así tomar la decisión de llevar a cabo o no la intervención querida, en este tipo de casos en los cuales la persona recurre voluntariamente

al cirujano ya sea para la reconstrucción de algún tejido u órgano o para mejorar la apariencia por simple satisfacción personal teniendo aquí el consentimiento informado valor incalculable ya que es obligación del médico advertir a su cliente de los pro y los contra ya que lo que se está buscando es un resultado específico.

### **3.2 QUÉ TIPO DE CONTRATO ES EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Así como sucede en cualquier acto jurídico, el consentimiento del paciente en el contrato de servicios médicos debe estar exento de vicios que afecten su validez, tales como el error, la fuerza y el dolo. Pero, fuera de estos requisitos existe uno de gran importancia cual es la información previa que le debe suministrar el médico al paciente, en torno a su procedimiento y al tratamiento a seguir o la operación a ejecutar.

La información como requisito del consentimiento para el tratamiento, se convierte en una obligación o deber médico de extraordinario relieve, ya que para que el paciente pueda consentir con conocimiento

de causa tiene que ser previamente informado del tratamiento aconsejado y sus consecuencias, en función de la exploración realizada y el diagnóstico emitido.

El médico debe entonces, luego de realizar el respectivo diagnóstico, informar al paciente sobre su condición de salud, la enfermedad que lo aqueja, el tratamiento que se va a realizar o la intervención quirúrgica que se pretende hacer, así como los factibles resultados y los posibles riesgos, con el fin de que el paciente manifieste su consentimiento y autorice el respectivo tratamiento u operación.

El deber de información a cargo del médico se constituye en un derecho del paciente y en un requisito indispensable de su consentimiento, antes de la realización del respectivo acto médico. El volumen de la información previa dependerá de la condición del paciente y de su personalidad, las cuales deben ser evaluadas por el profesional de la medicina con el fin de definir qué tanto es conveniente comunicarle al enfermo en aras de su recuperación.

Siempre pertenece a la discrecionalidad del facultativo la extensión de la información, atendiendo a la personalidad y formación del paciente de contraindicaciones, etc. En último extremo podrá prescindir de ella ante el temor cierto de que la misma puede contribuir a un resultado desfavorable del tratamiento, provocado por la situación anímica o negativa del paciente, que se originaría como consecuencia de la información recibida (Romero, 1985, p. 46).

Debe distinguirse también la información como requisito de consentimiento, a la información terapéutica la cual comprende la explicación que le da el médico al paciente sobre la intensidad y cantidad de drogas que debe tomar, el régimen alimenticio a seguir, el reposo y la forma de vida que debe llevar. Esta información terapéutica es básica porque muchas veces el éxito del tratamiento depende de la correcta indicación que haga el médico a su paciente sobre las pautas a seguir y de la colaboración y obediencia de este último.

Como puede verse, el paciente antes de emitir su consentimiento debe ser informado por el médico de los posibles riesgos y

efectos adversos que pueden presentarse en la intervención quirúrgica o en el tratamiento. Según las normas de ética médica vigentes en Colombia, el médico debe advertir del riesgo previsto a su paciente o a sus familiares o allegados. Este riesgo consiste en los efectos adversos que en su concepto, dentro del campo de la práctica médica pueden llegar a producirse como consecuencia del procedimiento médico.

Dentro de los efectos adversos existe una división en típicos y atípicos, siendo los primeros los que suelen suceder con determinada frecuencia en cierto tipo de operaciones y los segundos aquellos que son totalmente imprevisibles y por ello ubicables en la hipótesis del caso fortuito.

Sería demasiado superficial decir que el médico debe advertir a su paciente de todos los riesgos que comporta el tratamiento. En efecto, esos riesgos son múltiples y varían desde el más benigno, hasta el gravísimo, como de lo excepcional a lo cotidiano. No se puede, pues, entregar al enfermo un cuadro completo de los riesgos posibles con ocasión de cada tratamiento. De una parte, habría que

transformar toda consulta en un curso de medicina lo que no es ni posible ni deseable. De otra parte no es propiamente útil desanimar a los pacientes que con tales listas de riesgos podrían desistir de cuidados indispensables; la regla es entonces la siguiente: el médico debe suministrar una información clara, exacta, pero limitada, a la evolución o a los riesgos normalmente previsible en función de la experiencia habitual y de los datos estadísticos.

Con respecto a los riesgos atípicos, por ser absolutamente imprevisibles no generan responsabilidad del profesional de la medicina ya que pueden considerarse como casos fortuitos; y, en lo que hace relación a los riesgos típicos, sólo habrá responsabilidad cuando el médico no empleó las medidas preventivas normales y el daño se produjo por su conducta negligente y culposa.

Cuando la Ley 23 de 1981 señala que la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, no irá más allá del riesgo previsto, quiere decir que éste nunca debe responder por los accidentes

imprevisibles que se presenten en el tratamiento o en la intervención quirúrgica.

La doctrina sostiene que en la situación actual, por consiguiente, el resultado lesivo producido fortuitamente, es impune. A esta solución se acoge también el llamado accidente imprevisible. Por tal debemos entender el resultado perjudicial para la salud o integridad corporal del paciente, acaecido con ocasión de la actuación del médico, pero que no se deriva de ella y que no existía ex ante (es decir, antes del inicio de la acción) posibilidad de preverlo y, por tanto el evitarlo, no sólo por él, sino por cualquier otro colega con una preparación media puesto en su lugar. Se trata de un evento no representable intelectualmente por médico.

El consentimiento informado, en la actualidad, no tiene ninguna regulación legal en nuestro país; por eso, decir con una precisión exacta qué tipo de contrato es, las condiciones específicas, etc., es imposible hacerlo, lo que sí se puede decir es que como en cualquier contrato, esta aceptación voluntaria de someterse a una intervención, obligatoriamente debe ser un consentimiento

libre de vicios: error, fuerza o dolo (artículo 1508 Código Civil), aparte de que debe cumplir con todos los requisitos contemplados en el mismo estamento para que toda persona se obligue: causa lícita, objeto lícito, capacidad, consentimiento (artículo 1502 C.C.) especificando y aunque suene reiterativo libre de vicios.

Una definición sencilla y básica del consentimiento informado sería la conformidad o asentimiento del paciente para recibir un tratamiento médico o intervención quirúrgica, después de haber recibido y entendido toda la información necesaria para tomar una decisión libre e inteligente.

En nuestra Constitución no existe ninguna previsión que haga referencia expresa al consentimiento del individuo en el ámbito de la medicina, de ahí que este tema deba entenderse implícito en el marco general de los valores jurídicos fundamentales como el respeto a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

El fundamento jurídico es el respeto de los derechos personalísimos y que el derecho

que asiste a los pacientes es poder conocer todo aquello que deseen con el fin de tomar libremente la decisión de continuar adelante o no con la propuesta diagnóstica o terapéutica del médico.

El tema del consentimiento se constituye en uno de los puntos más importantes de la responsabilidad civil médica, ya que a partir de él surgen diversas consecuencias jurídicas en torno a la relación médico-paciente. Este consentimiento consiste en la autorización que da el paciente al médico para que efectúe el acto médico, ya sea un tratamiento o una intervención quirúrgica.

Esta manifestación de voluntad puede ser emitida directamente por el paciente y ante su imposibilidad física o mental puede ser realizada por sus familiares o representantes legales, e incluso en casos de emergencias el Médico puede intervenir unilateralmente. Es conveniente destacar que toda persona tiene libertad para decidir si se somete o no a un acto médico y por ello su consentimiento debe siempre obtenerse y respetarse salvo en aquellos casos donde esté en juego su vida y no sea posible pedir su autorización, aunque

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 18 de 31</b>

este tipo de situaciones no se presenta en las cirugías de carácter estético.

Al respecto, el doctrinante Romeo Casabona manifiesta lo siguiente

el respeto a la libertad personal del paciente, exige obtener su consentimiento previamente al inicio de la intervención o tratamiento necesario. Si el paciente no está en condiciones de dar un consentimiento es válido el emitido por sus familiares. Con todo, es posible iniciar el tratamiento, en casos de urgencia, cuando no pueda obtenerse el consentimiento por ninguno de los dos procedimientos señalados (Romero, 1985, p. 47).

A partir de la autorización que da el paciente a su médico, comienza a desarrollarse la labor de este último sobre el organismo del primero, en aras de buscar una corrección estética o al menos su mejoría. Uno de los aspectos más importantes del consentimiento es el alcance de éste, ya que determina el campo de actuación donde podrá desenvolverse el médico y el cual no puede excederse salvo que se trata de un caso grave e inaplazable.

El médico se debe limitar entonces a operar el órgano o las zonas convenidas y sólo puede ampliar la operación cuando la urgencia y gravedad de la operación así lo exijan. Se afirma entonces que

en el caso de que durante la ejecución de un acto médico consentido se presente la necesidad de realizar una ampliación del mismo, no prevista inicialmente y por tanto no abarcada en el consentimiento prestado por el paciente, si éste no está en condiciones de ampliar su consentimiento, por ejemplo por estar anestesiado, la doctrina normalmente distingue según el acto imprevisto sea o no urgente. Si efectivamente tal ampliación de la intervención es urgente, se suele decir que el médico debe proceder inmediatamente, a pesar de que no sea posible en ese instante solicitar un nuevo consentimiento del paciente (Ataz, 1985, p. 78).

Debemos señalar igualmente que el médico es el que decide qué tratamiento es más conveniente para el paciente, pero sin embargo, tiene el deber de informar a éste sobre los posibles riesgos que acarrea la intervención, con el fin de que sea autorizado

para llevarla a cabo. Este consentimiento no se constituye, sin embargo, en causal de exoneración por parte del médico, ya que éste debe siempre responder por los daños que culposamente ocasiona en el cuerpo y en la salud del paciente.

Los formularios escritos de consentimiento informado tienen un contenido obligatorio que consiste en:

- Consecuencias relevantes y seguras de la intervención, cuando existan.
- Riesgos típicos de la intervención, que son aquellos cuya producción debe normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia o de la patología de que se trate.
- Riesgos personalizados: aquellos que derivan del estado físico del paciente, así como de sus circunstancias personales o profesionales.
- Contraindicaciones.

Según la interpretación jurisprudencial mayoritaria, esta información debe ampliarse al máximo cuando la intervención médica es "no curativa", es decir, aquellos supuestos de medicina llamada "voluntaria" o

"satisfactiva", como la que tiene su origen en la cirugía estética o ciertas esterilizaciones.

El consentimiento informado entonces garantiza en muchos aspectos los derechos del paciente, además de que asegura en cierta forma y se realiza en legal forma que el paciente ha sido informado de todo lo relativo al procedimiento médico a realizarse.

En conclusión, el consentimiento informado es un elemento obligatorio del acto médico que garantiza el respeto a los derechos paciente, articula la relación médico paciente y de paso se convierte (con la historia clínica y la formula de receta médica) en un documento valioso para la defensa en la responsabilidad jurídica del profesional de la salud.

Siempre entonces, al realizar cualquier tipo de procedimiento en que se involucre la salud o la integridad de la persona se debe firmar un documento que debe contener el nombre completo del paciente, la fecha, diagnóstico y nombre del procedimiento a realizar, sus posibles efectos colaterales y las complicaciones previstas. No se obliga a incluir los riesgos atípicos o poco frecuentes. Firmas del paciente y del médico con testigo en algunos

casos que se considere necesario y que en el caso del cirujano plástico será un documento exclusivamente preparado para cada tipo de cirugía que realice (Jaramillo, 2002, p. 93).

Como podemos observar entonces, este no es un simple documento en el cual la persona dice si se desea operar o no y avala con una firma, no, este papel como muchos pueden llamarlo, también tiene que cumplir con una serie de requisitos, que lo hacen válido, pues se debe explicar muy detenidamente a que se esta arriesgando el paciente, ya son tantas las expectativas con las que la persona llega, que solo se imagina la apariencia final con la que va a quedar, pero casi nunca se piensa en que se están sometiendo a una cirugía común y corriente y que posee riesgos como cualquier otra.

Hoy en día no se ha tomado conciencia de la importancia de este documento, y solo se toma como una manera del médico exonerarse de responsabilidad, sabiendo que en la práctica este se elabora de una manera tan informal y se tiene como simple requisito de firma solamente, por lo cual el papel que la persona o paciente firma no tiene toda la

información requerida, cosa de la que este ni siquiera se percata porque como ya se dijo está pendiente de otras cosas como de su apariencia, lo que permite que ha contrario de lo que se piensa si se pueden instaurar algún tipo de responsabilidad frente al médico que no es diligente en su trabajo.

### **3.3 CONSENTIMIENTO INFORMADO: ¿POR QUÉ NO DESVIRTÚA LA RESPONSABILIDAD?**

El consentimiento informado de ninguna manera desvirtúa la responsabilidad, contrario a lo que muchas personas creen, puesto que este documento es única y exclusivamente para que el médico plasme en él las posibles consecuencias o riesgos que se puedan producir en la cirugía específica y que junto con el paciente las analice para que este tenga la posibilidad dentro de su libre albedrío de tomar la decisión y permitir que esta intervención se realice en su cuerpo.

En fin, es simplemente el asentimiento de que se realice la cirugía, y además de que conoce las consecuencias o los posibles riesgos y que los asume, pero nunca es la

voluntad manifiesta de exonerar al cirujano de alguna responsabilidad por daños o lesiones sufridas por algún descuido o imprudencia dentro de la intervención.

Las personas que por ley están obligadas a informar ya están previamente delimitadas así: todo servidor de la salud que realice una intervención con un paciente, médico o paramédico, profesional o técnico debe cumplir con la diligencia del consentimiento informado.

Igualmente se puede presentar exoneración de responsabilidad por el consentimiento informado como se puede observar a continuación:

Cuando se presenta una complicación de las previstas en el consentimiento informado, y dentro de una buena práctica médica, se exonera de responsabilidad al médico. Si no existe la constancia, el paciente puede alegar que no se tuvo en cuenta su opinión sobre si aceptaba o no el riesgo de someterse al acto médico origen del daño, también se pierde la oportunidad de asegurarse contra posibles culpas exclusivas del paciente traspasadas al

profesional y que no pueden ser demostradas posteriormente, por lo cual se dificulta la situación del médico. Puede haber responsabilidad del profesional de la salud por: incumplir con el consentimiento informado, no informar de las consecuencias seguras de un procedimiento, dar la información incompleta, no respetar el consentimiento negativo del paciente.

En conclusión, el consentimiento informado es un elemento obligatorio del acto médico que garantiza el respeto a los derechos paciente, articula la relación médico paciente y de paso se convierte (con la historia clínica y la formula de receta médica) en un documento valioso para la defensa en la responsabilidad jurídica del profesional de la salud.

Los daños originados por los servicios de salud a los pacientes en general tienen 4 causas principales: Primero las fallas institucionales o del sistema establecido para ofrecer las condiciones de atención que son la mayoría; segundo los riesgos propios de los procedimientos, terapias farmacológicas y uso de la tecnología; tercero los errores médicos y cuarto la insatisfacción con los resultados. Es innegable que por la medicina se presentan en alto grado daños no esperados a los pacientes, sea en países no

desarrollados o en los países desarrollados (Manrique, 2002, p. 6).

Cabe reiterar entonces, que con el consentimiento informado diligenciado de la manera correcta, el médico podría ser exonerado de la responsabilidad siempre y cuando haya prestado su servicio como era debido, pero sin él, la persona supuestamente afectada en su integridad física y moral probaría de una manera muy sencilla (aunque no sea así), la culpa del médico, puesto que al no existir el consentimiento por escrito, se podría dar por no enterada de los posibles riesgos a los cuales se atendería en la cirugía.

### **3.4 CAPACIDAD**

En cuanto a este elemento, se aplicarán las reglas generales que plantea el Código Civil. En este sentido, la aplicación del artículo 1503 se hace fundamental: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces”. Seguidamente el artículo 1504 plantea los eventos en que se consideran las personas incapaces. De esta manera, resulta lógico que las personas que se consideran plenamente capaces, puedan

manifestar directamente su voluntad de contratar, y presten su consentimiento directamente, sin necesidad de algún tipo de autorización.

En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales”. “En este punto se contempla el código de ética médica colombiano (Título II, Capítulo I, Artículo 14): “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a persona 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 (Guzmán, 1994, p. 142).

Merece especial atención ésta última parte referente a la incapacidad de los menores para manifestar su voluntad en tratándose de servicios de salud.

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en

conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor, y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos.

La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

a) De un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

b) De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el

carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal", de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal". Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

c) La edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad. En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos (C.C. T-477/95).

De lo anterior se deduce que el alcance de la norma del código de ética está en cierto modo restringido, pues la incapacidad civil que se presume de los menores de edad para contratar y manifestar su voluntad, en el tema médico asistencial cobra diferente valoración y en estos casos, tal como lo plantea la corte, prima el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor y por ende, siguiendo las reglas propuestas por esta corporación, habrá casos en los cuales algunos menores de

 <p><b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b> Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código: F-PI-32</b></p>
		<p><b>Versión: 01</b></p>
		<p><b>Página 24 de 31</b></p>

edad tengan la capacidad de consentir determinados tratamientos o procedimientos que afectan su esfera íntima personal.

que el consentimiento del paciente se encuentra libre de vicios.

### **3.5 CONSENTIMIENTO EXENTO DE VICIOS**

Para que la manifestación de voluntad expresada por un individuo sea válida jurídicamente, es necesario que se encuentre libre de vicios como son la fuerza, el error y el dolo. En el tema médico, este requisito adquiere una mayor importancia, puesto que necesariamente nos debe remitir al asunto referente al consentimiento informado, el cual consiste en la información que el médico debe proporcionar al paciente, de manera precisa y clara, acerca de los procedimientos o tratamientos que se le van a practicar, de los riesgos que su tratamiento conlleva y sobre las alternativas terapéuticas.

Una vez el paciente sea informado adecuadamente de todos estos, estará en libertad de aceptar o no lo propuesto por el médico y decidirá seguir o no sus indicaciones. Ahí encontraremos entonces,

### **4. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL**

En materia de consentimiento informado, diferentes Cortes colombianas se han manifestado en diversas oportunidades.

En la Sentencia del 3 de mayo de 1999 (Exp. 11169), el Consejo de Estado aborda el caso de una menor que es intervenida y queda parapléjica, la institución es demandada y para exonerarse presenta un documento firmado por la paciente y su madre, el cual, dice, hace las veces de consentimiento informado. El Consejo de Estado manifestó que ese documento no tiene valor alguno porque la menor no tenía capacidad para consentir, porque dicho documento no reunía los requisitos del consentimiento informado al no referirse a procedimientos específicos, ni a las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo; también se dijo que adolecía de causa ilícita porque la renuncia previa a reclamaciones por daños derivados de hechos ilícitos,

culposos y en el caso de las personas jurídicas de derecho público por falla en el servicio no puede ser admitida. Al respecto se aplica la doctrina francesa según la cual cuando el médico no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y éstos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico, este los asume en forma unilateral y compromete su responsabilidad personal y la del centro asistencial en el cual presta sus servicios.

Por su parte, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-401 de 1994, consideró que el consentimiento informado es un elemento estructural de la relación médico paciente, al ser la manifestación de sus derechos a la autonomía, dignidad y autodeterminación orientados a hacer partícipe al paciente en la toma de decisiones relativas a su salud, guiado siempre por la capacidad técnica y científica del médico. Destaca que todo tratamiento, incluso el más ordinario, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen por lo menos tres situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento: 1) cuando el estado mental del paciente no es

normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

De igual manera, se destaca la Sentencia T-411-de 1994, en la cual se resuelve un caso en el que los padres no permitían que su hija fuera hospitalizada puesto que su religión evangélica no se los permitía. El médico actúa como agente oficioso e instaura acción de tutela, la cual es concedida para proteger los derechos a la vida y salud de la menor. La Corte manifestó que el derecho a la expresión de la libertad religiosa es relativo y se encuentra limitado por el orden público y el bien común; de allí que el ejercicio de ese derecho no puede vulnerar el derecho de otra persona. En este caso se presentaba un conflicto entre el derecho a la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida y la salud de la menor, protegiéndose los de la niña por la naturaleza y prevalencia de los derechos comprometidos. De esta manera, el consentimiento que inicialmente pueden otorgar los padres cuando se trata de menores pierde su legitimidad constitucional cuando, al negarlo, se vulneran derechos

fundamentales del menor y se pone en peligro su vida, salud e integridad.

En la Sentencia T-474 de 1996, se analiza un caso de ambigüedad genital; la Corte parte del supuesto según el cual los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, no son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. La Corte asevera que no es posible la readecuación de sexo, sin la autorización directa del paciente y se considera que el sexo es un elemento inmodificable de la identidad de la persona y sólo puede ser afectado por la decisión individual consciente y debidamente informada del interesado. En este caso los médicos iban a intervenir al menor con base en un consentimiento dado por los padres años atrás, cuando el menor sufrió un accidente en sus órganos genitales; por esta razón el consentimiento no cumple con el requisito de ser persistente y cualificado. Se considera que la operación comporta transformaciones que afectan los derechos fundamentales del menor, por esto no es válido el consentimiento otorgado por los padres y debe ser tenido en cuenta el menor,

aplazando la operación hasta que él pueda dar su consentimiento informado.

A través de la Sentencia T-559 de 1995, se estudia el caso de un paciente que no está de acuerdo con los tratamientos ofrecidos por su médico y solicita al juez de tutela que le solucione su problema. La Corte estimó que en el presente caso el manejo de ese consentimiento informado es un asunto exclusivo del médico y del paciente, y al no tratarse de una situación de urgencia, no puede obviarse tal requisito y menos aún ser suplido o definido por el juez. Si el paciente no está de acuerdo con el diagnóstico ni con las opciones de tratamiento que le han sido propuestas y explicadas por la institución, lo hace en ejercicio de su autonomía y ello no implica vulneración de sus derechos fundamentales.

En la Sentencia T-1021 de 2003, la Corte Constitucional considera que el consentimiento informado es un requisito necesario para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos, pues los profesionales de la salud no pueden decidir por sus pacientes.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-1390 de 2000, analiza la legitimidad del consentimiento sustituto paterno en casos de ambigüedad genital y expresa que para ver si ese consentimiento es válido debe analizarse la urgencia y necesidad del tratamiento, su impacto y riesgos y la edad y madurez del menor. En este caso expresó que la madre podía autorizar la cirugía porque el menor tiene menos de un año, es decir que no se ha superado el umbral a partir del cual el consentimiento sustituto paterno pierde validez constitucional.

Mediante la Sentencia SU-377 de 1999, la Corte Constitucional expresó que el procedimiento de readecuación de sexo es de carácter extraordinario por que implica la afectación definitiva de la persona en cuanto a su proyección a futuro como individuo.

Por su parte, en la Sentencia T-551 de 1999, la Corte reitera los postulados enunciados en la SU-377 sobre ambigüedad genital, enfatizando en que para que el consentimiento sustituto de los padres sea

constitucionalmente legítimo debe ser informado, formal, actual (persistente) y cualificado, así mismo concluye que es válido el consentimiento paterno para autorizar procedimientos de remodelación genital en menores de 5 años, siempre que se cumplan los anteriores requisitos.

Por último, el Consejo de Estado, a través de Sentencia del 24 de enero de 2002, destaca la importancia del consentimiento informado dentro de la relación médico paciente, al ser una expresión de los derechos fundamentales a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad del paciente. En el caso concreto el paciente fue intervenido quirúrgicamente y el acto médico no adoleció de ningún defecto, se realizó de la forma correcta y con el personal más idóneo; sin embargo, el paciente quedó con ciertas secuelas, que aunque normales y esperadas en el tipo de procedimiento, no le fueron advertidas.

## **6. CONCLUSIONES**

Tal y como lo expresa la doctrina, el consentimiento del paciente debe estar precedido de la información previa por parte del Médico con relación a su condición clínico-patológica y al efecto adverso que pueda presentarse en la intervención quirúrgica o en el tratamiento médico. El consentimiento del paciente es la autorización al Médico para la ejecución de su labor, pero no se constituye en una causal de exoneración por los daños causados intencional o culposamente.

Respecto al consentimiento del paciente, éste consiste en la autorización que da el enfermo al galeno para que efectúe el acto médico, ya sea un tratamiento o una intervención quirúrgica. Esta manifestación de voluntad puede ser emitida directamente por el paciente y ante su imposibilidad física o mental puede ser realizada por sus familiares o representantes legales, e incluso en casos de emergencias el Médico puede intervenir unilateralmente.

La aceptación del paciente debe darse además sobre los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto, de allí que además se requiera la existencia de una información brindada por el médico, que es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar su salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

La prescindencia del consentimiento informado solo es admisible en caso de urgencia, entendida ésta como todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico. En esos casos ese consentimiento es sustituido por la necesidad de preservar la vida de la persona.

Siguiendo las disposiciones de la Corte Constitucional, el consentimiento debe ser libre, es decir, que no esté inducido por circunstancias externas al tratamiento mismo que puedan provocar el error por parte del paciente. El consentimiento debe ser informado, esto es, que el médico está en la obligación de suministrar a su paciente, a

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 29 de 31</b>

través de un lenguaje claro y comprensible y con la debida prudencia la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica.

El consentimiento informado implica que el paciente debe conocer todas las implicaciones que un determinado tratamiento puede tener en su estado de salud para poder tomar la decisión correspondiente sobre la realización del mismo. En el caso concreto, el médico tomó unilateralmente decisiones sobre los tratamientos que aplicaría al paciente, siendo éstas contrarias al principio de dignidad humana, de confianza (mas no de autoridad) y de información que deben estar presentes en el desarrollo de la relación médico paciente, máxime teniendo en cuenta que médicamente se logró determinar la capacidad mental del paciente para manifestar su voluntad y asumir el tratamiento que inicialmente se le había indicado.

## REFERENCIAS

- Ataz L., J. (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.
- Bustamante L., Á. (2003). *La Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Castaño, M. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Temis.
- Castillo, J. (2010). ¿Cómo se puede probar el consentimiento informado en un proceso de responsabilidad médica? *Revista Médico Legal*, 18(2), 12-14.
- Esguerra, J. (1972). *La Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio Público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Guzmán M. F. (1994). El acto médico: implicaciones éticas y legales. *Acta médica colombiana*, 19(3), 139-149
- Hoyos, R. (1985). *La responsabilidad de la administración pública*. Bogotá: Ed. Temis.
- Jaramillo J, C. (2002). *Responsabilidad civil médica – La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colección Ensayos 8.

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 30 de 31

- Manrique, J. (2002). Administrador de Salud. División Científica SCARE. *Revista médico legal*, 8(1), 1-10.
- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ramos A., J. (2004). *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Rodríguez L., P. (2004). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Barcelona: Bosch.
- Romero C., C. (1985). *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Rousseau, C. (1956). *Teoría general de la responsabilidad en derecho administrativo*. Bogotá: Alberto Hernández M. y Alberto González O. Editores.
- Saavedra C., Y. (1999). *Consentimiento informado*. Disponible en [http://www.medicolegal.com.co/ediciones/2\\_1999/consentim\\_info.htm](http://www.medicolegal.com.co/ediciones/2_1999/consentim_info.htm).
- Yepes R., S. (2011). *La responsabilidad civil médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
20480. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. *Sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp. 11169*. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. *Sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp. 16098*. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *Sentencia del 24 de enero de 2002, Rad. 12706*. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-401*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-411*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-477*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-559*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-474*. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T-377*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T-551*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. *Sentencia del 13 de abril de 2011, Exp.*

## Jurisprudencia

	<b>ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 31 de 31

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-1390*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-100*. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-1021*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-412*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-762*. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-1229*. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-216*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

## CURRÍCULUM VITAE

**Ofelia Daly Vásquez Sánchez:** estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

**Henry Antonio Sotelo Ariza:** estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

**Diana Marcela Palacio Román:** estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.