

CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL



RONALD ALEXANDER FRANCO AGUILERA

CÓDIGO 3500851

NILSON ALEXANDER HOLGUÍN RÍOS

CÓDIGO 3500860

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADOS DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C. JUNIO 2014

CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD
MÉDICA CONTRACTUAL

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA
EN DERECHO ADMINISTRATIVO.

RONALD ALEXANDER FRANCO AGUILERA

CÓDIGO 3500851

NILSON ALEXANDER HOLGUÍN RÍOS

CÓDIGO 3500860

Tutor Metodológico

DOCTORA JINYOLA BLANCO RODRÍGUEZ

Tutor Temático

DOCTOR JAIRO ANTONIO SANDOVAL CARRANZA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADOS DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C. JUNIO 2014

CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL *

*Ronald Alexander Franco Aguilera **

*Nilson Alexander Holguín Ríos**

Resumen

El cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supuso dejar al margen una relación con sentido paternalista y regida por el principio de beneficencia, para alcanzar una nueva situación, acorde con los tiempos, en la que el paciente y sus derechos se configuran como los protagonistas, es por eso, que surge la necesidad de establecer si existe o no responsabilidad contractual del galeno cuando se suscribe un consentimiento médico informado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que existe responsabilidad del galeno cuando se omite el consentimiento informado, salvo en situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o culpa del paciente.

Palabras claves: consentimiento médico informado, responsabilidad médica, contratos médicos, paciente.

ASSENT INFORMED LIKE EXEMPTING OF MEDICAL CONTRACTUAL RESPONSIBILITY

Abstrac

The change of juridical culture in the relation doctor - patient demonstrated in the affirmation of the beginning of autonomy of the person, supposed leaving to the

* El presente trabajo se realizó a través de una investigación documental para obtener el Título de Especialista en Derecho Administrativo.

* Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Especialista en Servicio de Policía de la Escuela de Cadetes de Policía Francisco de Paula Santander y candidato a Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: ronald.franco1401@correo.policia.gov.co

* Abogado de la Corporación Universitaria Remington, Técnico Profesional en Servicio de Policía de la Escuela Carlos Eugenio Restrepo. Correo electrónico: nilson.holguin@correo.policia.gov.co

margin a relation characterized by a sense paternalistic and been ruled by the beginning of welfare, to reach a new situation, according to time, in that the patient and his rights are formed as the protagonists, it is because of it, that arises the need to establish if it exists or not contractual responsibility of the physician when one signs a medical informed assent.

The jurisprudence of the Supreme Court of Justice has expressed that responsibility of the physician exists when the informed assent is omitted, except in situations of major force, fortuitous case or blames of the patient.

Keywords: medical informed assent, medical responsibility, and medical contracts, patient.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida y el derecho a la salud, son considerados como inherentes al ser humano, derechos que demandan del Estado Colombiano una protección especial en aras de evitar que sean vulnerados, es por esto, que la actividad profesional de la medicina está íntimamente ligada a la actividad profesional del Derecho, en atención a que se pueden estar vulnerando estos derechos por malos procedimientos quirúrgicos o tratamientos médicos por parte de los profesionales en la salud.

La responsabilidad médica y lo que conlleva sus derivaciones jurídicas, éticas y conductas morales, tienen en la actualidad mayor atención de doctrinantes, jueces, abogados y posibles víctimas que reclaman una información clara y precisa para todos los involucrados en el tema en comentario.

En tal sentido, la Corte de Casación de Francia, en sentencia del 20 de mayo de 1936 con ponencia del Magistrado Louis Josserand, indicó que después de

exhaustivos estudios de fondo, introdujo una transformación la doctrina; en donde se estableció las circunstancias normales que surgen entre la relación paciente y médico es estrictamente de carácter contractual. (SILVA 2004)

Sobre este tema en particular, en Colombia, la Sala de Casación Civil en sentencia del 05 de marzo de 1940 con Ponencia del Magistrado Liborio Escallon, sostuvo que *“la responsabilidad del médico es contractual no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero”*; entendiendo así, que el consentimiento informado como el contrato médico, tiene como características propias y principales las mismas del contrato, partes, capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Por tal razón, es pertinente decir que por regla general la naturaleza de la responsabilidad civil médica es contractual, ya que el vínculo o relación que se establece entre el paciente y el médico es un contrato; es de ahí, que el crecimiento de las demandas que ha puesto en tela de juicio el alcance de responsabilidad del médico, se origina por el objeto contractual establecido dentro del consentimiento informado que suscribe con el paciente.

Para efectos de la construcción de este tema, se avocará el estudio en el consentimiento informado en las cirugías y tratamientos médicos, como causal o no de exoneración en responsabilidad civil contractual.

En tal sentido, el consentimiento informado como perfeccionamiento del acto jurídico (artículos 1500 y 1502 Código Civil Colombiano), por regla general, es consensual, ya que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes.

El artículo 5º del Título 2º de la ley 23 de 1981 señala que en la relación médico – paciente se cumple por decisión voluntaria y espontanea de las partes, lo que en concordancia con el artículo 1500 del Código Civil Colombiano da una claridad al consentimiento, al exigir que este debe ser libre, exento de vicios como error, fuerza o dolo, de lo contrario afectaría la eficacia del acto jurídico.

El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 dispone que *“el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y puedan afectarlo física y psicológicamente, salvo los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”*.

Por otra parte, el artículo 10 del Decreto 3380, reglamentario de la Ley 23, ambos de 1981, prescribe que: *“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”*.

En ese sentido, el artículo 12 de la norma ídem, indica que *“el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”*.

De lo anterior, se concluye que el galeno tiene la obligación ilustrar al paciente, familiares o allegados sobre los riesgos que en la salud y la propia vida tiene el tratamiento y/o procedimiento quirúrgico que se llevara a cabo, sin que sea válido guardar silencio al respecto, ya que no se le puede someter a un riesgos injustificado; por lo que con ello genera la obligación de obtener del paciente su consen-

timiento para actuar conforme a los conductos exigidos por la ciencia médica en el caso concreto.

Es común entre los seres humanos someterse a cirugías y tratamientos médicos que buscan mejorar las condiciones de salud o las condiciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual, se hace necesario realizar un estudio sobre los efectos jurídicos que origina un consentimiento informado, el cual es considerado como una causal de exoneración de responsabilidad civil médica, es decir, ese consentimiento que es obligado a firmar todo paciente antes de someterse a un tratamiento médico o quirúrgico sobre los posibles riesgos y consecuencias que genera cada procedimiento; dicho consentimiento, debe hacerse de forma inteligible al paciente, para lograr así que éste conozca de primera mano, todos los riesgos y consecuencias que implican someterse a una intervención médica y así lograr que en forma libre y espontánea exprese su voluntad de someterse al procedimiento, atendiendo la confianza depositada en el médico – Profesional de la Salud.

Ahora bien, en cirugías y en tratamientos médicos, ese consentimiento, no puede ser considerado como una causal de exoneración de responsabilidad civil médica, en aquellos casos donde ha sido otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo, sin que sea suficiente la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias, tratamientos o procedimientos a que deberá someterse el paciente, motivo por el cual es necesario establecer: ¿si existe o no responsabilidad contractual cuando se ha suscrito con el paciente un consentimiento médico informado para procedimientos quirúrgicos o tratamientos médicos, o si por el contrario, este consentimiento puede ser considerado como un eximente de responsabilidad para el galeno?, problema jurídico que será resuelto bajo el estudio de algunas sentencias, proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, leyes y doctrina que verse sobre este tema.

Se debe establecer el origen de la responsabilidad contractual del galeno frente a su paciente, para luego decantarlo a través de las diferentes leyes y jurisprudencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, que permita establecer si el consentimiento médico informado puede ser o no considerado como un eximente de responsabilidad.

ENFOQUE METODOLÓGICO

La consulta y análisis de algunas decisiones judiciales que versan sobre el consentimiento informado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2004 al 2011 realizada a través de una investigación documental, fue el insumo principal para establecer el alcance jurídico del consentimiento médico informado en aras de establecer la responsabilidad contractual del galeno cuando ha existido dicho consentimiento.

Al decantar las sentencias en mención, se estudiaron algunas decisiones judiciales en patrones fácticos que versan sobre el mismo problema jurídico – Consentimiento informado como eximente de responsabilidad contractual, con base en la tesis realizada por Luz Yolanda Albarracín Aguillon y Otros para optar el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín “*Línea Jurisprudencial en tratamientos médicos y quirúrgicos, el consentimiento informado, es causal de exoneración en responsabilidad civil medica*”

El punto de partida para la definición de los patrones fácticos, es el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, ya que dispone que el galeno no puede exponer a su paciente a unos riesgos o situaciones medicas injustificadas y estableció la necesidad de pedir su consentimiento libre y espontáneo para realizarle tratamientos quirúrgicos o médicos que considere indispensables para salvaguardarle su salud, procedimientos que puedan inclusive afectarlo física o psicológicamente.

Con la línea jurisprudencial de Albarracín Aguillon, se puede evidenciar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, estableció el alcance jurídico del consentimiento informado como eximente de responsabilidad médica contractual, es así, que dicho consentimiento informado por la legislación colombiana a través de la Ley 3ª del 28 de mayo de 2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, es considerado como el prestado en forma espontánea, libre y voluntaria por una persona natural que requiere una actuación en el ámbito de la salud una vez recibida la información adecuada y valorado las opciones propias de cada situación médica; éste por regla general, es verbal, pero se deberá prestar por escrito en aquellas situaciones médicas que requieren procedimientos quirúrgicos o tratamientos médicos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

De igual forma, Benjamín Erazo Acuña, en su libro “*Consentimiento Informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud*”, ha hecho precisiones respecto al consentimiento informado al manifestar que:

...en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de ‘informed consent’ en U.S.A. y de ‘consentement éclairé’ en Francia.

También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. Aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito. (ERAZO, Pág. 76)

De tal manera, que el consentimiento médico informado es considerado como un acto jurídico que surge entre el médico y paciente y/o sus familiares. Es un derecho exigible y una clara manifestación de la autonomía y voluntad para tomar decisiones de parte del enfermo o su familia, en caso de no poder otorgarlo. El enfermo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad. Así mismo, el médico deberá explicarle, en un lenguaje comprensible, en qué consiste y la evolución en caso de no ser tratada. Deberá conocer cuáles son las alternativas de tratamiento y los efectos secundarios que éstos podrían ocasionarle y una vez que el paciente ha sido debidamente informado, podrá otorgar su consentimiento Informado para dar inicio al tratamiento médico o procedimiento quirúrgico, para así generar una responsabilidad médica que no es otra cosa, que la obligación que pesa sobre un galeno, una persona jurídica (EPS, IPS, entre otros del área de la salud), de reparar los daños que infringió a otra de manera contractual o extracontractual y por consiguiente el deber legal de restablecer el equilibrio jurídico patrimonial o extramatrimonial del que recibió el daño.

Esta responsabilidad médica, es posible gracias a la celebración de contratos médicos bajo la figura de un negocio jurídico mediante el cual, el médico se compromete a tratar al paciente a cambio de una remuneración y el paciente a seguir las indicaciones del galeno, lo que genera una relación contractual puede ser gratuita por voluntad del galeno, sin que se desdibuje la obligación contractual, que surge del consentimiento de las partes, tal como lo indico Antonio Pedreira Andrade en su conferencia sobre la problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario - Derecho a la Salud y Constitución Española.

Bajo ese entendido, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena en sentencia del 19 de diciembre de 2005, Ref. Exp. No. 05001 3103 000 1996 5497-01, decidió el recurso de casación interpuesto por la señora Lina María Ortega Jaramillo y otros contra

la sentencia del 19 de abril de 2001, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.

Como antecedentes de ésta sentencia, se acude a la casuística para señalar que mediante demanda asignada al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, los actores solicitaron que se declarara que el Dr. Gabriel Flórez Manrique es civilmente responsable de los daños que le fueron ocasionados a la señora Ortega Jaramillo y otros, como consecuencia directa y necesaria del tratamiento médico para reducir la acumulación de grasa en su abdomen y el tamaño de sus senos, y que, como consecuencia de lo anterior, se declare que el demandado está obligado a pagar a los demandantes los perjuicios materiales (daño emergente consolidado vencido, daño emergente futuro y lucro cesante, indexados), los perjuicios por daño fisiológico y los de orden moral, ya que ella consultó a otros especialistas quienes se alarmaron ante el resultado de la referenciada intervención y le informaron que ella fue sometida a una abdominosplastia y a una mamoplastia, mas no a una liposucción, como era lo adecuado, generando cicatrices permanentes y consecuencias en su salud en atención a que no se obtuvieron los resultados prometidos por el galeno.

Como argumentos jurídicos en segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín, luego de destacar que la demanda principal presentaba una acumulación de pretensiones: las formuladas por Lina María Ortega Jaramillo, fundadas en el incumplimiento contractual atribuido a su contraparte, y las propuestas por los otros demandantes, a título de responsabilidad civil extracontractual, citó el juzgador algunas reflexiones que en materia de responsabilidad médica ha dispensado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, según las cuales, entre otros asertos, en algunos casos, como la intervención quirúrgica con fines estéticos, el médico asume una obligación de resultado, por manera que si éste no se obtiene, tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que logre demostrar caso fortuito, fuerza mayor o la culpa de esta última.

Visto, entonces, que el galeno se obligó a practicar las intervenciones a que se refirió en su escrito de contestación de la demanda, tendientes ellas, principalmente, a reducir el volumen corporal de la paciente, y que, además, tal y como era de la incumbencia del médico, en armonía con los artículos 1757 del Código Civil y 177 del C. de P. C., se estableció que los susodichos procedimientos fueron efectivamente agotados, obteniéndose la consecuente disminución en los senos y en el abdomen de Lina María, se impone establecer si éste asumió, de manera expresa o ya por la naturaleza del negocio ajustado con aquella otras obligaciones adicionales, y si estas fueron cabal, íntegra y oportunamente satisfechas. Conviene recordar, en este orden de ideas, que la paciente mostró su descontento con el resultado de las intervención quirúrgica a la que fue sometida, por las siguientes circunstancias: a) el estado de cicatrización de las heridas causadas por el médico; b) porque, en las condiciones particulares de aquella, hubiera sido más conveniente una liposucción y no la abdominoplastia y la mamoplastia a que fue sometida, y c) por cuanto *“una mama quedó más grande que la otra”*.

Como excepciones, el galeno manifestó que ilustró a la paciente con diagramas donde se realizaría las incisiones inevitables para efectuar el procedimiento, colocándole de presente que *“ninguna cicatriz desaparecería”*, advirtiéndole sobre las eventuales complicaciones inherentes a los procedimientos, como hematomas, dehiscencia de suturas, abscesos e infección de las heridas quirúrgicas, sufrimientos de colgajos, cicatrización irregular (queloide o hipertrófica), entre otras consecuencias, haciendo precisión que la señora Lina María *“sin ningún apremio y en forma voluntaria acepta someterse a los procedimientos indicados y corriendo todos los riesgos inherentes a los mismos”*.

Se puede establecer que el galeno asume un rol de comerciante de tratamientos médicos y procedimientos quirúrgicos que buscan el embellecimiento del cuerpo humano, apartándose de los postulados de la medicina y del mismo ejer-

cicio de su profesión, pues muchos de ellos se aprovechan de aquellas personas que por convicción propia o porque su albedrío ha sido nublado por los mandatos a veces caprichosos de la moda o por culpa de la publicidad engañosa, tienen como ilusión, expectativa o deseo convertir su silueta a lo que, dentro de un ambiente de marcado de consumo hace recomendable, con frecuencia a costa de su propia vida, de su salud y/o estabilidad emocional, por lo que se concluye que el médico se arroga la obligación de resultado, ya que si éste no se obtiene, genera con ello el pago de una indemnización a la víctima, salvo que este demuestre caso fortuito, fuerza mayor o la culpa del paciente.

En los diversos argumentos jurídicos expresados por el Tribunal en su sentencia y en la Línea jurisprudencial *¿En tratamientos médicos y quirúrgicos, el consentimiento informado, es causal de exoneración en responsabilidad civil médica?*, realizada por Luz Yolanda Albarracín Aguillón y Otros para optar el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, se extraen conceptos de vital importancia para establecer si el consentimiento informado es causal de exoneración de responsabilidad médica contractual, tales como los siguientes:

“Obtención del consentimiento por parte del paciente: No se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del mé-

dico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas.

*Se habla de **consentimiento ilustrado** en los siguientes términos: “Precisamente, sobre el galeno pesaba satisfacer ese deber de ilustración acerca de la naturaleza, riesgos, inconvenientes, ventajas y expectativas de las intervenciones quirúrgicas a practicar a la señora Ortega Jaramillo, como presupuesto indispensable para obtener el consentimiento de la paciente, abriendo el paso, así, a la configuración del acuerdo de voluntades cuya ejecución motivó la presente controversia” (negrilla fuera de texto).*

En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Magistrada Ponente Dra. Ruth Marina Díaz Rueda en sentencia del 12 de marzo de 2010, Ref. Exp. No. 0500131030092002-00111-01, fue objeto de estudio el siguiente caso, que se resume así:

Se trata de un proceso ordinario en el que los actores, piden se declare que los demandados, en el ejercicio de su profesión de médicos anesthesiólogos, son responsables solidarios, civil y extracontractualmente, por el fallecimiento de María de Teresa de Jesús Rendón Palacio Suárez, y en consecuencia, se les condene a reconocerles daño emergente y daño moral subjetivo.

La reclamación de los actores se centra en la configuración de la responsabilidad civil extracontractual de los demandados frente al deceso de Teresa de Jesús Rendón Palacio como secuela de la intervención quirúrgica que se le practicó con anestesia general por la falta de consentimiento informado, en atención a que únicamente había otorgado autorización para que la misma se le hiciera con anestesia local.

Al examinar esta situación, la Sala hace las siguientes precisiones:

El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 dispone que “el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento pa-

ra aplicar tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y puedan afectarlo física y psicológicamente, salvo los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 3380, reglamentario de la Ley 23, ambos de 1981, prescribe que: “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”. Y dice el artículo 12 del mismo estatuto que “el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”.

En respaldo de esta consideración cita en extenso la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo el 24 de agosto de 2002 y saca como deducción que “no es suficiente el asentimiento por parte del paciente para someterse a una intervención quirúrgica o terapéutica, si el médico previamente no le ha advertido de las distintas opciones de tratamientos y de los riesgos que conlleva cada uno de ellos, pues de no ser así, ese consentimiento a más de que no es informado, es incompleto”.

Igualmente destaca que no es posible exigirle al profesional que agote en su información a su “paciente”, todas y cada una de las posibilidades o eventualidades que surjan de un específico procedimiento científico, mucho más cuando algunas, a pesar de los cuidados y precauciones que se tomen, siempre serán imprevisibles, siendo entonces suficiente, según autorizadas jurisprudencias y doctrinas patrias que se haga la advertencia de los “riesgos de mayor ocurrencia, porque es imposible exigir explicación de la infinidad de riesgos que pueden sobrevenir”.

Se pronuncia el juez de primera instancia desestimando las pretensiones, bajo el siguiente análisis:

El cambio de anestesia que se tuvo que hacer de local a general fue impuesto por las circunstancias sobrevivientes y no por un capricho o abuso de los médicos demandados.

Sí hubo consentimiento informado en este caso, pues a la paciente desde un principio se le enteró de los riesgos de la intervención que se le iba a practicar e incluso se le informó de las eventualidades de una emergencia durante esta. Es por ello que su analfabetismo no puede ser aducido como excusa para asegurar que desconocía el contenido exacto del texto del documento en el que consta el suministro de tal información y que otra persona tuvo que suscribir a ruego, ya que “apenas resultaba natural que antes de solicitar la firma a ruego peticionara que el mismo le fuera leído, pero el hecho de que la testigo indicara que estampó la firma sin leer, cuando más constituye un acto de imprudencia de su parte, lo que tampoco descarta la posibilidad de que el mismo hubiera sido leído.

Además, en la historia clínica consta que con antelación ya se le había explicado todo lo relacionado con el procedimiento quirúrgico y terapéutico que se le practicaría, como también de los peligros y complicaciones que se podían presentar.

Sobre la falta de consentimiento para la aplicación de la anestesia general debe precisarse que en el referido documento obrante a folio 5 del cuaderno principal se aprecia que la autorización referida comprende “en el numeral 3°, la realización de todo otro procedimiento necesario, distinto al programado, para enfrentar actuaciones imprevistas, riesgos o complicaciones; en el numeral 4°, la intervención de otros profesionales de la salud que se requieran, fuera del médico tratante y, en el numeral 5°, la aplicación de anestesia, a pesar de que constituye un factor de riesgo”.

Las autorizaciones que se le otorgan al médico tratante, si se quiere, son susceptibles de cuestionamiento por la generalidad de su otorgamiento y porque no se confieren explícitamente en relación con cada uno de los procedimientos necesarios o probables y no programados para una específica intervención quirúrgica. Esto es lo ideal, pero sucede que en situaciones como las que se sucedieron aquí, visto que Teresa de Jesús se encontraba inconsciente y en imposibilidad de expresar su voluntad.

Se considera válido ese consentimiento emitido por anticipado. Se reitera, cosa diferente es que el paciente tenga plena conciencia, en cuyo caso si debe obtener la manifestación de voluntad de éste para ese nuevo evento imprevisto, que se ha presentado.

...atendiendo lo expresado al replicarse la demanda en el sentido de la disminución de la visión de la occisa y la imposibilidad de acudir a un tratamiento diferente al quirúrgico para aminorar los efectos de la enfermedad y lo consignado al respecto en la historia clínica, permiten concluir “que sí había una justificación para el tratamiento a que fue sometida la paciente, la que no fue desvirtuada por la parte demandante, pues no allegó medios de convicción en tal sentido”.

El Tribunal en segunda instancia expresa que teniendo en cuenta el escrito que identifica como “*consentimiento informado*”, y el enteramiento suministrado a la paciente quedó consignado en la historia clínica, tal como consta en los escritos respectivos que claramente dan noticia, tanto la intervención que se le realizaría como la descripción de las complicaciones o riesgos posibles.

De tal forma que confirmó la sentencia del *A quo* y sustentó la desestimación de las súplicas de la parte actora referidas al reconocimiento y pago de los perjuicios que le irrogaron los contradictores ante el deceso de Teresa de Jesús Rendón Palacio de Suárez, fallecida como secuela del procedimiento quirúrgico que le fue efectuado por éstos, en dos argumentos esenciales:

El primero, en que sí existió consentimiento informado de la paciente, quien solicitó y obtuvo que una tercera persona, concretamente Lucila Quintero López, suscribiera por ella el respectivo documento que le fue puesto de presente por el médico tratante antes de ingresar al quirófano.

El segundo, consistente en que aun aceptando que no hubo dicho “consentimiento informado” para la aplicación de anestesia general, el que reitera que es indiscutible su existencia, ante la ocurrencia excepcional de una situación que ameritaba una sedación excepcional el médico está legalmente autorizado para actuar como lo prescriben los cánones científicos sin que sea necesario conseguir o tener a la mano anticipadamente dicho “consentimiento informado”, como le ocurrió al profesional Efrén Colorado Gómez, “quien además tomó la determinación más adecuada como de ello dieron cuenta los testigos técnicos que desfilaron por el proceso sin que válidamente se le pudiera exigir otra conducta diferente”.

En virtud del análisis realizado a las anteriores jurisprudencial, es de vital importancia hacer relación de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que versa sobre el “*consentimiento informado como eximente de responsabilidad médica contractual*”.

SITUACIÓN	CONCLUSIÓN	SENTENCIAS
El consentimiento que exonera es el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; consentimiento que debe hacerse inteligible al paciente, para que conozca ante todos los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.	SI, ES CAUSAL DE EXONERACIÓN EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	0500131030092002-00111-01(2010) C.S.J
El consentimiento que no exonera, es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias, tratamientos o procedimientos a que deberá someterse el paciente.	NO, ES CAUSAL DE EXONERACIÓN EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	19001-3110-002-2000-00647-01 (2004) C.S.J 05001-31-03-000-1996-05497-01 (2005) C.S.J T-68001-22-13-000-2009-00185-01 (2009) C.S.J 1100102030002009-01202-00(2009) C.S.J 11001-3103-018-1999-00533-01 (2011) C.S.J 05001-3103-008-1999-00797-01 (2011) C.S.J

Cuadro No. 1

Fuente: Elaboración propia

Corolario a lo anterior de cara al estudio que se viene realizando, se puede advertir una regla de reiteración por parte de la Corte, como lo deja entrever la línea jurisprudencial realizada por Luz Yolanda Albarracín Aguillón y Otros para optar el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, *¿En tratamientos médicos y quirúrgicos, el consentimiento informado, es*

causal de exoneración en responsabilidad civil médica?, dan un amplio concepto de lo estudiado al aducir :

Se observa claramente, que la corte en los fallos que se muestran sigue un lineamiento reiterado, ya trazado por otras sentencias; siguiendo los lineamientos planteados por la Corte Suprema de Justicia y la regulación normativa (Ley 23 de 1981, Decreto 3380 de 1981), se destaca que siempre frente a las intervenciones y prácticas médicas es una obligación por parte del médico darle a conocer al paciente o en su defecto a su familia todas las circunstancias relevantes que van a rodear la actuación, la naturaleza de la intervención, los riesgos que se pudieran presentar, el proceso de recuperación y las posibles complicaciones, todo esto teniendo en cuenta los postulados y directrices dadas por la Lex Artis. Toda esta información suministrada es indispensable para obtener el consentimiento del paciente.

En ese orden de ideas, podemos decir que la palabra “consentimiento informado” es una palabra compuesta, es decir, se compone de dos elementos: 1. Toda la información que se debe suministrar al paciente; 2. Esa información dada tiene como finalidad obtener el consentimiento; por lo tanto cuando concurren ambos elementos podemos decir que se configuró un acuerdo de voluntades.

Obtener ese consentimiento como requisito sine quanon para la práctica de cualquier intervención médica tiene mucha relevancia; para el cumplimiento de una obligación legal y también porque en toda intervención está involucrada aspectos fundamentales de la persona, como es; la vida, la salud, la autonomía, su integridad corporal y moral. Por lo tanto, cuando no se cumple este requisito se viola derechos fundamentales y la relación jurídica establecida.

Siguiendo los lineamientos de la Corte, el consentimiento informado para ser válido debe reunir unas características, a saber: es un acto dispositivo, espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, verbi gratia, documental, confesión, testimonios, etc., debe ser oportuno, la información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos “que puedan afectarlo física o síquicamente”.

Esta exigencia de información se deriva de la relación basada entre médico-paciente, que es una relación basada en confianza, basada en

un trato acorde con los postulados referentes con la naturaleza y dignidad humana.

Ahora bien, el consentimiento informado es un contrato donde se plasma el objeto del mismo, por tal razón debe de estar explícita cada una de las obligaciones y deberes contraídas en la misma naturaleza, riesgos, mejorías y esperanzas de las intervenciones quirúrgicas a practicar al paciente, como presupuesto indispensable para obtener el consentimiento del paciente, generando con ello la configuración del acuerdo de voluntades. (C.S de J. Exp. 05001-31-03-000-1996-05497-01.

De cara al consentimiento informado, se ha pronunciado la Corte al indicar que es una obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión no sólo vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad, sino la relación jurídica. Esta obligación se cumple, *“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 10, Decreto 3380 de 1981).y dejará constancia *“en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”* (C.S de J. Exp. N° 0500131030092002-00111-01).

De otro lado, el Exp. N° 05001-31-03-000-1996-05497-01, ha indicado, que cuando se trata de una cirugía se hace indispensable que el médico ilustre al paciente, en detalle, acerca de la forma como serían acometidas las cirugías, los cortes o incisiones que ella impone, la notoriedad de las huellas o cicatrices que dejaran las mismas, la imposibilidad de evitarlas, la afectación que ello puede generar, externamente en su cuerpo, lo atinente al proceso de recuperación y sus posibles complicaciones, etc., confrontándolo con otras alternativas que la ciencia médica puede ofrecer para ese momento.

El consentimiento también se define como la *“declaración de voluntad sobre un objeto”* (C. C., artículo 1517), *“como modo de querer de los seres racionales que,*

cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos, para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis"; también es de los principales elementos del contrato de prestación de servicios médicos, por lo que dicho consentimiento debe darse a través de un acto de declaración de voluntad por parte del paciente.

Esta forma de consentimiento es de aprobación entre las partes, el que se obliga a hacer y el que se obliga a recibir por una contraprestación de servicio ya descrita dentro del contrato, por tal razón el incumplimiento al mismo total o parcial genera unas erogaciones para la parte que haya incumplido el contrato.

Este tipo de aquiescencia es consensual, pues se perfecciona con el acuerdo de voluntades del médico y paciente, sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia, validez o prueba. En este sentido, cualquier tipo de documento que se suscriba tiene carácter "*ad probationem*", empero en intervenciones o tratamientos médicos en que corra riesgo la vida del paciente se hace inminente que el consentimiento sea expreso y sea consignado por escrito, en lo que algunos llaman "*medicina defensiva*". (Tribunal Superior de Bogotá. Exp. N° 110013103020-2006-00625-01).

No obstante, dentro de la jurisprudencia solo se halló un disenso en la cual se dice "*que no es necesario obtener un consentimiento informado específico en situaciones excepcionales; el médico está legalmente autorizado para actuar como lo prescriben los cánones científicos sin que sea necesario conseguir o tener a la mano anticipadamente dicho consentimiento informado*". (C.S de J. Exp. N° 0500131030092002-00111-01).

La consideración se fundamentó en que había un consentimiento informado para una anestesia local, no obstante ante la ocurrencia anormal de una situación que ameritaba una sedación excepcional el médico está legalmente autorizado

para actuar como lo prescriben los cánones científicos sin que sea necesario conseguir o tener a la mano anticipadamente dicho “*consentimiento informado*”, como le ocurrió al profesional Efrén Colorado Gómez, “*quien además tomó la determinación más adecuada como de ello dieron cuenta los testigos técnicos que desfilaron por el proceso sin que válidamente se le pudiera exigir otra conducta diferente*”. (C.S de J. Exp. N° 0500131030092002-00111-01).

Es de allí, que la información debe ser razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos “*que puedan afectarlo física o síquicamente*” (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, el “*riesgo previsto*” por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad. (C.S de J. Exp. N° 11001-3103-018-1999-00533-01).

CONCLUSIÓN

Una vez realizado de fondo el análisis de la jurisprudencia, doctrina y la línea jurisprudencial basada en la sentencia marco de la Corte Suprema de Justicia; se concluye que la falta total o parcial de los requisitos del consentimiento informado, no es eximente de responsabilidad médica contractual, pues se tiene que la omisión de la obligación de informar en forma clara y detallada un procedimiento médico y obtener así el consentimiento informado del paciente, hace responsable al médico, y por tal razón, a las Instituciones prestadoras de los servicio de la salud, obligadas legalmente a verificar con estricta observancia, el quebrantamiento de los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la libertad, y los daños patrimoniales y extramatrimoniales causados a las personas en su vida, en su salud y en su integridad sicofísica como consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado.

Se determinó que para la existencia de un consentimiento informado que permita eximir de responsabilidad al galeno, es necesario que éste cumpla con los requisitos y características de un Acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, oportuno y que puede acreditarse con todos los medios de prueba, como documentales, la confesión, los testimonios, entre otros.

Se tiene, conforme al Artículo 1502 el C.C, la existencia de unas características relativas del contrato suscrito entre el galeno y el paciente, tales como las que versan sobre la capacidad, la ausencia de vicios, objeto y causa lícita, al igual que la existencia de unas características específicas tales como el fuero personal; consciente, informado o ilustrado, que debe reflejar el deseo del paciente “... y *no simplemente una adhesión a la decisión médica ya tomada; la información debe ser dada en términos de fácil comprensión, teniendo en cuenta el nivel cultural del paciente y su efectiva capacidad de discernir entre los beneficios y los riesgos de aquello que se le describe y propone*”; actual; manifiesto, en tanto que “*exige una coincidencia con la forma oral o escrita en que puede ser otorgado*” libre; completo; gratuito; receptivo y solicitado.

En cuanto a la exoneración de responsabilidad civil médica, conforme a lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, el consentimiento que exonera es el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento. Consentimiento que debe hacerse inteligible al paciente para que conozca de primera mano los riesgos que implican una intervención quirúrgica y/o tratamiento médico, y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico. De manera que su ausencia compromete la responsabilidad del profesional pese a que se haya realizado la correcta ejecución técnica de la intervención o del tratamiento. La omisión de la obligación de informar al paciente y obtener su consentimiento informado, hace civilmente responsable al médico.

Se puede concluir, que la obligación contractual que se genera entre el paciente y el médico es una obligación de resultados, el cual se perfecciona mediante el lleno de los requisitos del consentimiento, en tal sentido, este documento cobra merito ejecutivo en el evento del incumplimiento al mismo bajo las formalidades del Código Civil generando con ello la responsabilidad médica contractual. No obstante, como en todo contrato hay unas eximentes de responsabilidad contractual, las cuales son taxativamente reguladas en la norma por lo cual no obra responsabilidad médica contractual en los eventos que se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o la culpa del paciente.

REFERENCIAS

ALBARRACÍN AGUILLÓN, Luz Yolanda y otros (2013) Línea jurisprudencial ¿En tratamientos médicos y quirúrgicos, el consentimiento informado, es causal de exoneración en responsabilidad civil médica? Universidad de Medellín.

LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. (2006) El Derecho De Los Jueces. Bogotá. Segunda Edición.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2008) Consejo Superior De La Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Interpretación Constitucional 2ª edición.

ERAZO ACUÑA, Benjamín, Consentimiento Informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Editorial Ecoe Ediciones.

Ley 23 de 1981. Por medio de la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica. Febrero 18 de 1981.

Ley 3 de 2001. Por medio de la cual se regula el consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. Mayo 28 de 2001.

Decreto 3380 de 1981. Por medio del cual se reglamenta la ley 23 de 1981. Noviembre 30 de 1981. Diario Oficial N° 35924.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No.110010203000- 2004-00871-0, 03 de septiembre de 2004, MP Cesar julio valencia copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 19001-3110-002-2000-00647-01, 27 de septiembre de 2004, MP Cesar Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 05001-31-03-000-1996-05497-01, 19 de diciembre de 2005, MP Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. T-68001-22-13-000-2009-00185-01, 3 de junio de 2009, MP Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 1100102030002009-01202-00, 31 de julio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 1001-22-03-000-2012-00274-01, 15 de noviembre de 2009, MP Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 0500131030092002-00111-01, 12 de marzo de 2010, MP Ruth Marina Díaz Rueda.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Referencia: Expediente No. 110013103020- 2006-00625-01, 30 de agosto del-2010, MP Julia María Botero Larrarte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 08001-3103-013-2005-00124-0, 12 de julio de 2011, MP Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 05001-3103-008-1999-00797-01, 1 de diciembre de 2011, MP Ruth Marina Días Rueda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Referencia: Expediente No. 11001-3103-018-1999-00533-01, 30 de agosto de 2011, MP William Namén Vargas.

SILVA MONTECINOS, Cristian Alfonso (2004). El contrato de prestaciones médicas desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual. Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjs586c/doc/fjs586c.pdf>. 10 de enero de 2014.