

**TENDENCIA DE LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN AL
CONSENTIMIENTO INFORMADO EN VIRTUD A LA RESPONSABILIDAD EN
EL HACER MÉDICO EN COLOMBIA DURANTE 2010-2014**

CRISTIAN ALFONSO TORRES JIMÉNEZ



**UNIVERSIDAD LIBRE – SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIÓN
PEREIRA
2018**

**TENDENCIA DE LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN AL
CONSENTIMIENTO INFORMADO EN VIRTUD A LA RESPONSABILIDAD EN
EL HACER MÉDICO EN COLOMBIA DURANTE 2010-2014**

CRISTIAN ALFONSO TORRES JIMÉNEZ

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado

ÁNGELA MARÍA HENAO MEJÍA

Asesora



UNIVERSIDAD LIBRE – SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIÓN

PEREIRA

2018

NOTA DE ACEPTACIÓN

FIRMA DEL PRESIDENTE DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

Pereira, Risaralda, agosto de 2018

DEDICATORIA

Dedicado a todos los profesionales de la salud, que en su afán de servir a la comunidad, abandonan su propia vida, por brindar su conocimiento y cuidado continuo a la sociedad.

A mis padres por ser el soporte y no permitir el desfallecimiento en el camino, a mis compañeros por las palabras de aliento, la ayuda inmensurable y largas jornadas de estudio que permitieron alcanzar lo que inicio como un proyecto y hoy se materializa alcanzando el título de abogado.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Libre Seccional Pereira y su Facultad de Derecho, a los docentes y asesores que depositaron su confianza y orientaron el desarrollo profesional y personal, inculcando sus vivencias y conocimientos para hacer de mi un profesional holístico.

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN..... | 11 |
| HIPÓTESIS | 15 |
| 2. JUSTIFICACIÓN | 16 |
| 3. OBJETIVOS | 18 |
| 3.1 Objetivo General | 18 |
| 3.2 Objetivos Específicos..... | 18 |
| 4. MARCO TEÓRICO | 19 |
| 4.1. ANTECEDENTES | 19 |
| 4.2. ESTADO DEL ARTE..... | 23 |
| 4.3 MARCO NORMATIVO | 29 |
| 4.4 MARCO CONCEPTUAL | 35 |
| 4.5 MARCO BIOÉTICO..... | 38 |
| 5. METODOLOGÍA..... | 42 |
| 5.1 FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN | 42 |
| 5.2 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN | 42 |
| 5.3 ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN..... | 43 |
| 5.4 UNIDAD DE ANÁLISIS | 43 |
| 5.5 INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN | 46 |
| 5.6 PRUEBA PILOTO | 46 |
| 5.7 APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS..... | 47 |
| 5.7.1. Matriz de análisis categorial sentencias Corte Constitucional Colombiana | 47 |
| 5.7.2. Matriz de análisis categorial sentencias Corte Suprema de Justicia Colombiana | 52 |
| 5.7.3. Matriz de análisis categorial sentencias Consejo de Estado Colombiano | 58 |
| 5.8 RESULTADOS..... | 63 |
| 5.8.1. Análisis sentencias Corte Constitucional Colombiana | 63 |
| 5.8.2. Análisis sentencias Corte Suprema de Justicia Colombiana | 68 |
| 5.8.3. Análisis sentencias Consejo de Estado..... | 72 |
| 6. CONCLUSIONES..... | 75 |
| 7. RECOMENDACIONES..... | 79 |
| ASPECTOS ADMINISTRATIVOS | 80 |

| | |
|--------------------------------------|----|
| 8.1. RECURSOS DISPONIBLES | 80 |
| 8.1.1. Recursos Financieros | 80 |
| 8.1.2. Recursos Materiales | 80 |
| 8.1.3. Recursos Institucionales..... | 80 |
| 9. BIBLIOGRAFÍA..... | 82 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es producto del Proyecto de Aula realizado en la asignatura de Investigación IV “Investigación Socio – Jurídica y Formulación de Proyectos”, el cual tiene como antecedente al anteproyecto construido en la asignatura de Investigación III, en donde se desarrolló lo referente al diseño metodológico para, en el desarrollo del Proyecto de aula desplegar los referentes teóricos, realizar la aplicación de instrumentos y análisis de la información y finalmente generar las conclusiones a partir de la relación generada entre lo teórico (desarrollo de los marcos) y lo práctico (aplicación de la teoría).

El objetivo de esta investigación, es dar a conocer cuál es la tendencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante los años 2010 a 2014.

Lo cual se desarrolló a partir del planteamiento de los fallos emitidos por las Cortes¹ teniendo como premisa, la interacción de individuos (médico-paciente) y su carácter vinculante de responsabilidad que puede surgir, bajo la relación médico-paciente.

Para esto, se parte de la experticia, el manejo doctrinal y jurisprudencial que cada una de las Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) aplica al análisis de situaciones y casos concretos donde se ve involucrada la actuación médica en virtud a la práctica de procedimientos médicos salvaguardados por la existencia de la historia clínica completa, donde se encuentra el instrumento o herramienta legal hoy conocida como consentimiento informado, como factor vinculante de la responsabilidad médica.

Es así, como de esta manera se logra vislumbrar la situación en la que se puede encontrar el personal médico, desde un contexto, señalizador de responsabilidad

¹ Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

ante la falta de información, la falta de contenido, la poca apreciación por parte del paciente o quizás la autodeterminación de asumir responsabilidades cuando el paciente se encuentra en estados de salud en los cuales no puede disponer, ni mucho menos asentir de manera voluntaria la aceptación de un procedimiento médico.

Para lograr los resultados, fue necesario el despliegue, de los antecedentes para así, tener unas bases firmes y saber que los temas relacionados con la responsabilidad médica y existencia del consentimiento informado, no son temas nuevos, sino tal vez temas de poca observancia, igualmente fue necesario desarrollar el estado del arte, para asemejar y tener presente los cambios que han surgido desde que se empezó a hablar de la relación médico-paciente y el carácter vinculante que tiene el consentimiento informado en dicha relación y la situación actual del problema investigado, simultáneamente se desarrolló el marco normativo, conceptual y bioético, para establecer puntos de interés y pautas que determinan la apreciación del tema de investigación desde una vista más amplia, que permite interiorizar los avances y modificaciones que ha tenido el consentimiento informado, la relación médico-paciente y la responsabilidad médica.

Respecto al aspecto metodológico, se desarrolló una investigación de tipo cualitativo, toda vez que se parte de un carácter interpretativo social, en el que se busca comprender un fenómeno que se orienta en el comportamiento y evolución dinámica de los participantes bajo un fundamento epistemológico de carácter histórico hermenéutico, encaminado, en buscar y analizar un fenómeno de carácter humanístico enfocado en la acción humana (relación médico-paciente y responsabilidad médica). Cuyo alcance de carácter descriptivo, busca describir un fenómeno o situación dentro de un contexto establecido, en donde a partir de matrices de análisis categorial se estudian los fallos emitidos por las Altas Cortes Colombianas (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado).

Como resultado, se concluye que en Colombia, se busca salvaguardar la integridad de la persona y sus derechos fundamentales, determinando la

responsabilidad médica desde el análisis causal de las actividades o prácticas desarrolladas por el personal médico en presencia del consentimiento informado, como factor determinante para establecer vulneración de los derechos fundamentales del paciente, así como la exoneración del personal médico al efectuar buenas prácticas amparadas en la *lex artis*.

Ahora bien, se tendrá presente que al momento de hablar de responsabilidad, y en el referente campo médico, se debe tener como punto de partida que si la relación se funge netamente entre particulares su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, y por ende siempre que se busque demostrar la existencia de responsabilidad, también se buscara resarcir un daño existente si se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable; pero por otro lado, la jurisdicción contenciosa administrativa se enfoca en la responsabilidad patrimonial del Estado, donde se establece que para poder invocarla, se debe cumplir con unos requisitos básicos como lo son la existencia de un daño antijurídico, que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal; teniendo como fin garantizar el cumplimiento eficiente de las actuaciones medicas, y de presentarse el daño antijurídico imputable, por la acción o la omisión, la responsabilidad se proyectará indistintamente de los ámbitos contractual y extracontractual con la finalidad de proteger integralmente el patrimonio de los ciudadanos.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

A partir del continuo avance y evolución del Derecho Médico en Colombia, cabe resaltar la importancia que ha marcado consigo la incorporación del Consentimiento Informado como una forma o práctica segura del ejercicio médico y salubre en Colombia.

Es así, como se trae a colación lo anotado por el escritor LORDA, en su libro Problemas prácticos del consentimiento informado. Quien refiere lo siguiente:

“... el consentimiento informado es el reflejo de una relación clínica, y que nace de ella en una época de cambios turbulentos mal comprendidos. Por tanto, que él, sus documentos y sus formas ilustran sobre la complejidad real actual.”

“... basándose en un derecho tan fundamental como es el de la autonomía personal, cabe imponer la garantía del ejercicio del derecho de forma general, pero a la vez debe favorecerse una personalización mayor si queremos alcanzar el objetivo perseguido... no puede permitirse que se cercene la información deseada con el uso (abusivo a todas luces) de un pretendido “privilegio terapéutico”, ni puede imponerse una información no deseada con la prescripción normativa de la cantidad de información que el enfermo debe asumir aunque no quiera.”²

De esta manera, se logra realizar una aproximación a los malentendidos que aún persisten en el entorno médico-legal. Puesto que permiten apreciar la reflexión bioética sobre las prácticas clínicas y la aprehensión de sus conflictos y peligros.

Igualmente, los obstáculos de la puesta en práctica del Consentimiento Informado, que yacen desde sus inicios y que aún siguen vigentes en la actualidad. La relación clínica que suscribe entre los médicos y sus pacientes; la relación de la autonomía personal en el momento decisorio de aceptar firmar un consentimiento.

²LORDA, Simón. Problemas prácticos del consentimiento informado. Editorial Fundación Víctor Grifols i Lucas. España. Página 201. Disponible en: <<http://site.ebrary.com/lib/unilibrecalisp/docDetail.action?docID=10862047&p00=consentimiento%20informado>> [Con acceso el 28-09-2014]

Estas son algunas de las dificultades y/o peligros que trae consigo el consentimiento informado, que se ven reflejados en la falta de contenido y concientización de la población, la aceptación o negación de procedimientos y el cambio constante de la sociedad.

Son estos, quizás los problemas que más han acechado el surgir y la evolución del consentimiento informado, y más que un inconveniente, es una razón sociopolítica y una dinámica sociocultural, que se ve esquematizada en la resistencia de introducir la relación médico-paciente.

Hay, sin embargo, algunos autores que consideran que el consentimiento informado no es más que un escrito que busca dar fe de la autorización que un paciente o su representante legal emite para que se le pueda realizar un procedimiento médico quirúrgico. Al llegar a este punto, cabe anotar lo referido por el autor RINCÓN, en su artículo “El consentimiento informado de la Fundación Valle del Lili” en el cual se vislumbra lo siguiente:

“El consentimiento informado es la autorización entendida, competente y voluntaria de un tratamiento médico...”

“... Mediante documentos escritos se deberá obtener el consentimiento informado para procedimientos médicos mayores, no urgentes, como cirugías electivas. El consentimiento informado se podrá pasar por alto si su obtención es imposible en condiciones de emergencia (Ley 23/81 art. 7; Decreto 3380/81 art. 3)”³.

De esta manera cabe resaltar, entonces la necesidad de la relación médico paciente, que se debe basar en una relación apropiada, honorable y afable que permita transferir la información oportuna, para así lograr una aprobación sabia, adecuada y potestativa de la voluntad. Para que, esté consentimiento a su vez, logre cobrar validez legalmente y se pueda apreciar la relación jurídica que nace entre el médico y el usuario al momento de realizar una firma de autorización.

³RINCÓN, Hernán G. SALAZAR, Juan Carlos. CONGOTE, Adolfo. El consentimiento informado de la Fundación Clínica Valle del Lili. Red Colombia Médica. Vol. 30 No. 02 de 1999. Colombia. Pág. 1 – 5.

Hay otro aspecto por resaltar, y es el punto que contextualiza la autora VARGAS, en su artículo “La responsabilidad civil objetiva del médico y el daño moral”, quien permite entrever claramente la relación jurídica que nace entre médico-paciente, donde se aprecia lo siguiente:

*“La fuente entendida como origen de las obligaciones personales o derecho de crédito, son los actos o conductas personales manifestadas externa e intencionalmente por la voluntad de las partes, con el propósito de dar vida en el ámbito jurídico a través de convenios y contratos... Otra fuente de derechos y obligaciones está constituida por la propia ley, ajena a la voluntad de las partes, luego entonces es ley la que impone de manera general y abstracta derechos y obligaciones”.*⁴

Todo lo dicho hasta ahora explica, la responsabilidad profesional médica como la obligación de subsanar daños y perjuicios producidos al paciente por una conducta ilícita o por la creación de un riesgo. Cuando el daño es ocasionado por una acción que carece de la intención concreta de dañar y no es culpa o negligencia inexcusable del paciente, se habla de responsabilidad objetiva, ya que la profesión médica implica el uso de dispositivos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos.

La responsabilidad médica se refiere también a bienes inmateriales como son el honor, sentimientos, afectos o reputación, cuyo daño causado es en el ámbito de lo moral por ser derechos de la personalidad.

No se trata de causar en los médicos una situación de terror que les inhiba en el ejercicio del servicio que prestan, sino simplemente en crearle conciencia legal de lo delicado y trascendental que puede ser el uso y manejo de las sustancias o instrumentos que le son necesarias para la obtención o recuperación de la salud de sus pacientes, pues el tener vocación para ejercer tan honrosa profesión lo debe sensibilizar de las consecuencias legales que implica un error médico.

⁴VARGAS VILLANUEVA, Fabiola. La responsabilidad civil objetiva del médico y daño moral. Revista CONAMED, Vol. 9, Nº. 2 (Abril-Junio), 2004, págs. 14-21

De estas circunstancias, nace el interés de abordar desde el ámbito jurídico la relación que nace a partir del consentimiento informado como medio de actuación de responsabilidad médica; dado que, si bien se escucha hablar del tema, es poco lo que realmente conocemos en concreto. De este modo, se tendrá en cuenta las consideraciones expuestas por las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) durante el periodo 2010 a 2014, en relación al consentimiento informado y su carácter fundante y vinculante con la responsabilidad en el campo y actuar médico, así como también el análisis y conceptualización, que dichas cortes emplean para dictaminar conceptos que sirvan de precedente y columna jurisprudencial acerca del tema referido y asociados.

Teniendo como lugar de partida lo anteriormente citado, se plante la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuál es la tendencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante los años 2010 a 2014?

HIPÓTESIS

Una vez hecha la precisión, en la que se entiende que el consentimiento informado es un juicio gradual y verbal en la relación médico paciente, en probidad del cual, el paciente acepta o no someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de que se le haya informado sobre la naturaleza, riesgos y beneficios que conlleva, así como las posibles alternativas. En este sentido el instrumento del consentimiento informado no, es sino el soporte documental que trata de garantizar que la información más relevante haya sido proporcionada por el médico y conocida por el paciente.

Quizás, entonces deberá hablarse, si el consentimiento informado tiene como objetivo primordial el respeto a la persona enferma en sus derechos y dignidad, la garantía de que el paciente en la toma de decisiones dispone de una información adecuada, así como la promoción de la autonomía personal en la toma de decisiones. De este modo, seguramente se logrará percibir la relación del consentimiento informado en virtud de la responsabilidad en el quehacer del derecho médico.

Sin embargo, y en virtud al planteamiento del problema investigativo, se logra demostrar la importancia y necesidad de tener en cuenta que el consentimiento informado no solo es un documento que busca dar fe de la autorización que expresa un paciente, sino que es un mecanismo o herramienta legal que establece la tan renombrada relación médico-paciente, como causal de vincular la responsabilidad dentro de las prácticas médicas.

De este modo, se instaura que el consentimiento informado cobra una vital obligación en la relación médico-paciente, que sobrepasa más allá de las necesidades del paciente, sino que por el contrario se convierte en un instrumento salvaguarda de derechos y obligaciones.

2. JUSTIFICACIÓN

El consentimiento informado es una herramienta que sirve y servirá a los profesionales en salud y pacientes; como un proceso en el que la información debe ser proporcionada de forma continua, asumiendo de manera compartida las decisiones que se van adoptando. En este sentido, el objetivo principal del consentimiento informado es:

“...el respeto a la persona enferma en sus derechos y dignidad, la garantía de que el paciente en la toma de decisiones dispone de una información adecuada, un mayor respaldo de las actuaciones médicas y profesionales, así como la promoción de la autonomía personal en la toma de decisiones...”⁵

De este modo, el consentimiento informado es un presupuesto de la lex artis (ley del arte) y, por lo tanto, las actuaciones de origen clínico o diagnóstico, cuya infracción puedan incurrir o generar estados de responsabilidad, se convierten en uno de los aforismos que presenta mayores cuotas que el derecho ha perpetrado a la medicina. Entendiéndolo de este modo como un derecho fundamental y a la vez una exigencia ética y legal para el médico.

De igual forma, es un proceder innegable, que el consentimiento informado sea ajeno a la tradición médica; que quizás se haya desconocido a lo largo de su historia, pero si bien, ahora constituye un presupuesto esencial en la relación médico paciente, lo que motivará en una significativa mejora de la calidad asistencial.

El consentimiento informado ha alcanzado a la medicina desde el derecho y por ende debe ser calificado como uno de los principales aportes en los últimos siglos. Hoy quizás, instituye una exigencia ética y un derecho recientemente reconocido por las diversas legislaciones.

Dicha práctica, ha acarreado notables mejoras que han sido de gran beneficio para la humanidad. El desarrollo de estas ramas científicas trae consigo serios

⁵ Tercera generación de DDHH. (2008). Bioderechos. Disponible en: <<http://bioderecho.juristconcep.com>> [Con acceso el 28-09-2014]

inconvenientes de origen ético, por lo cual, se debe propender y velar, que los hombres de la ciencia y además todos los miembros de la sociedad, exijan su cabal cumplimiento.

El desarrollo de la práctica médica, posee una trascendencia, utilidad y beneficios; puesto que las pesquisas que se desarrollan, cada vez con mayor frecuencia, hacen participes a las personas, y para lograr desarrollarlas, se hace indiscutiblemente necesario la presencia y el otorgamiento por los sujetos, del consentimiento informado para su inclusión en dichos estudios.

Es así, como se pretende demostrar la importancia y pertinencia, de conocer que el consentimiento informado no solo es un documento, sino un proceso donde deben ser expuestas y manifestadas todas las acciones para la adecuada atención en salud.

Asumiendo de forma intrínseca que, al momento de obtener el consentimiento informado por parte del paciente, se tiene por sobreentendido que a esté, ya le han sido manifestadas de forma clara los beneficios y riesgos que trae consigo la ejecución de la actuación médica, supeditando de esta forma el claro conocimiento y por ende la libre voluntad de aceptación o negación de las actuaciones médicas por parte del paciente o representante legal.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo General

- Analizar los fallos de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante 2010-2014.

3.2 Objetivos Específicos

- Precisar el ordenamiento formal y jurídico que contrae la aplicación del consentimiento informado en relación con la responsabilidad en el hacer médico en Colombia durante 2010-2014.
- Identificar los problemas éticos-jurídicos más comunes del consentimiento informado en relación con la responsabilidad en el hacer médico en Colombia durante 2010-2014.
- Describir las características predominantes en el desarrollo y aplicación del consentimiento informado en relación con la responsabilidad en el hacer médico en Colombia durante 2010-2014.
- Conceptualizar la tendencia de los fallos emitidos por las cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en virtud a la aplicabilidad del consentimiento informado en la práctica médica como eje vinculante de la relación médico-paciente.

4. MARCO TEÓRICO

4.1. ANTECEDENTES

La responsabilidad es la obligación que recae sobre una persona de cumplir su obligación o de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios.

Díez-Picazo define la responsabilidad como

“...la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Aunque la persona que responde suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de “responsabilidad por hechos ajenos...”⁶

La responsabilidad por la prestación de servicios de salud ocupa un espacio de fundamental importancia para el ejercicio profesional del abogado (juez, litigante o asesor), puesto que quizás, se ha convertido en uno de los factores comunes en el campo de acción del derecho, además que es uno de los menos explorados y en los que existe, en cierta medida, menos conocimiento por parte de la población en general.

El cambiante desarrollo de las normas sanitarias, la evolución de la jurisprudencia en materia constitucional, ético y disciplinaria, civil, penal y contencioso administrativa sobre puntuales temas del amplísimo derecho médico y de la misma responsabilidad profesional personal e institucional, exigen estar permanentemente actualizado y atento a las nuevas tendencias.

Debido a lo antes expresado, es de vital importancia entender que, durante el ejercicio de la medicina, hay situaciones en donde el médico debe tomar

⁶DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN (n. Burgos, España, 1 de septiembre de 1931), jurista, profesor universitario, escritor y ex magistrado del Tribunal Constitucional español.

decisiones significativas, en especial en las situaciones de vida o muerte; es en estos ambientes donde el médico no se detiene a preguntarse si lo que se propone realizar pueda implicar consecuencias legales, puesto que al hacerlo podría convertirse en un letal desenlace, que en última circunstancia sólo perjudicaría al paciente.

De esta manera, el autor Sergio Yepes Restrepo hace referencia al derecho médico como la reglamentación legal de temas tradicionalmente abordados por la ciencia y la bioética, logrando agrupar diversas normas de salud, seguridad social, valoración del daño corporal, seguros de vida y salud, así como la responsabilidad que surge de la prestación de servicios.

En su obra LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, Yepes⁷, abarca algunos términos que son de trascendencia en el tema, y que permiten el reconocimiento de pautas determinantes en el trasegar de la materia; es así, como se traen a continuación:

DERECHO MÉDICO: La definición clásica de derecho médico fue dada por René Savatier, quien lo describió como el “estudio de las relaciones jurídicas donde está comprometido el médico”. Dicho concepto debe en la actualidad, ampliarse para incluir aspectos tales como la reglamentación de los sistemas de salud y las disposiciones aplicables a las instituciones y a otros profesionales.⁸

Se debe tener dicho referente, puesto que al tratar del derecho médico se hace necesario hablar de sus normas y las responsabilidades a que se hacen acreedores los profesionales y por ende los derechos a que son sujeto los pacientes.

CULPA MÉDICA: La conducta activa u omisiva del profesional médico y la actuación administrativa o asistencial, se constituyen en uno de los elementos esenciales de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud. Su denominación como hecho, hecho culposo, conducta, falla, falta, acto o acción, puede significarse con el calificativo de culpa médica, que comprende los demás términos y resulta adecuada para los fines de este estudio. La denominación de culpa, se denomina desde diversos

⁷ YEPES, Sergio (2011). La responsabilidad civil médica. Editorial Biblioteca Jurídica. Consultado enero 23 de 2015.

⁸Ibíd.

aspectos, como son sus modalidades, apreciación y en especial su prueba, razón por la cual nos referimos a su evolución, tanto legal, doctrinaria y jurisprudencial.⁹

Es pilar fundamental, determinar la culpa como factor vinculante de la responsabilidad, teniendo en cuenta que en el quehacer del médico siempre se estará expuesto a la toma de decisiones trascendentales (vida-muerte), en las cuales no se puede detenerse a pensar si su actuación le puede implicar consecuencias legales. Sin embargo, el médico puede incurrir en errores, los mismos que no serían reprochables, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen, puesto que en ello radica su deber ser.

Aun así, no se puede dejar de lado el hecho que las características del sistema general de seguridad social en salud, con sus planes de salud, las decisiones administrativas y los servicios institucionales, pueden ser un factor desencadenante para complementar o inclusive inducir a la modalidad de culpa.

El autor Domingo Bello Janeiro en su texto “La Responsabilidad Médica”¹⁰ hace inferencia que respecto de la normativa por la cual se rige este importante y tan sensible sector de la responsabilidad, se echa en falta una ley específica sobre la responsabilidad sanitaria puesto que, como en tantas otras esferas de resarcimiento de daños, resultan de aplicación los preceptos básicos del Código Civil, adaptados a nuestro ordenamiento jurídico, tomando como punto de partida el reconocimiento del derecho a la protección de la salud señalando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública con medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios.

Concatenado a lo anterior, Bello expresa que:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” y en el

⁹Ibídem.

¹⁰BELLO, Sergio (2011). La responsabilidad médica. Editorial Temis – Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá – Facultad de Ciencias Jurídicas. Consultado enero 23 de 2015.

mismo texto, dentro de la salud se distinguen de algún modo según las circunstancias de las personas o el sector de la seguridad social.¹¹

De allí la necesidad de establecer la responsabilidad del médico, en su actuación profesional, teniendo como punto de partida que la obligación del médico se considera de actividad, no de resultado, de modo que cumple con la misma siempre que lleve a cabo una actuación médica profesional que sea normal en el ámbito concreto de la especialidad de que, en cada caso, se trate.

Se logra, entonces precisar que, en cuanto a la responsabilidad médica, se debe tener presente la existencia de una obligación innata, falta médica, el daño, determinismo causal e imputabilidad del médico interviniente. Para así lograr establecer qué tipo de responsabilidad podría tener el personal médico ante las actuaciones desarrolladas en su labor.

Bello, nos realiza una aproximación a la responsabilidad médica desde un punto contractual y extracontractual, en el cual expresa:

“De modo ordinario se suele concertar con el médico un contrato de servicios, de forma expresa o tácita, de suerte que los posibles daños derivados del tratamiento o de la intervención quirúrgica de que se trate vienen derivados, desde luego, por el incumplimiento imputable, o el defectuoso cumplimiento, de un anterior contrato, al que resultan de aplicación”.¹²

En este caso concreto, cuando surge la obligación de indemnizar a quien se le causa un daño, sin que la responsabilidad por tal hecho se genere del incumplimiento de un contrato, se está frente a la responsabilidad civil extracontractual. Teniendo como precedente que el actuar médico cimentado en la Ley 23 de 1981 (Código de ética médica), siempre se encamina en la ejecución de los principios, quienes a su vez constituyen el fundamento del desarrollo de la actividad médica.

Para que dicha responsabilidad pueda surgir ante los ojos del legislador, se hace necesario que cumpla con ciertos requisitos, como lo son la existencia de un

¹¹ *Ibídem.*

¹² *Ibídem.*

daño irrogado sobre una cosa (un derecho o una persona), la responsabilidad no debe derivarse de un contrato y la causación del daño debe ser imputable a un sujeto o varios (médico).

4.2. ESTADO DEL ARTE

El consentimiento informado es un elemento constitutivo y aplicativo de la *lex artis* y, por lo tanto, un acto del ejercicio clínico, cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad. Igualmente es considerado como uno de los mayores aportes que el derecho ha realizado a la medicina. Donde se plantea una relación de tipo derechos humanos Vs. una exigencia ética y legal para el médico. Su evolución ha conocido distintas etapas:

“consentimiento voluntario”, “consentimiento informado”, “consentimiento válido”; actualmente, el “consentimiento auténtico”.¹³

Este se ha caracterizado por acondicionarse plenamente al tenor de valores del paciente. Exceptuando las condiciones excepcionales que se pueden generar, donde sólo el paciente es el titular de este derecho. El cual debe prestarse antes del acto médico. Si bien en la mayor parte de los casos el consentimiento es oral, existe una tendencia a documentarlo por escrito. Esta formalidad debe ser la base genérica y perfeccionarse en función de las características de cada caso. La validez del consentimiento se extenderá hasta donde haya llegado la información. El deber de informar alcanza a las consecuencias y riesgos que razonablemente se puedan prever, pero no sobre los excepcionales.

Julio Cesar Galán Cortes, en su artículo “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”¹⁴ enuncia:

“El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*. Constituye, por consiguiente, una exigencia de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad médicoquirúrgica curativa. Estamos, por

¹³ GALÁN CORTES, Julio Cesar. “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”. (1999, abril) Revista médica Uruguay. Disponible en: <<http://www.rmu.org.uy/revista/1999v1/art2>> [Con acceso el 16-02-2015]

¹⁴ibídem.

tanto, ante un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad”.

Es así, como se puede tener de referencia, el principio kantiano¹⁵ del respeto a la persona, el cual corresponde a una concepción moral, en la que se expresa que la dignidad del ser humano reside en su autonomía, y, por tanto, en su libertad.

Es un hecho incuestionable que el consentimiento informado es foráneo a la tradición médica, el cual tanto médicos como pacientes, han desconocido a lo largo de su historia, pero, si bien en la actualidad formaliza un supuesto esencial de la relación médico paciente, que redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial.

Considerando los problemas más relevantes que en el conflicto y convulso mundo de la medicina, presenta por un lado el ejercicio en el acto médico conforme a la *lex artis*, pero también las derivaciones de una mala praxis por los errores médicos.

Es gracias a esto, de donde nace la necesidad de estudiar cuáles son las fallas que pueden implicar el quehacer médico con la responsabilidad en virtud de la preexistencia del consentimiento informado.

Es así como, en el libro “Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado”¹⁶, se encuentra unos apartes o requisitos básicos que adquieren la calidad de fundamental al momento de establecer la responsabilidad en el acto médico.

¹⁵ El respeto hacia las personas – Kant, Immanuel. *“El respeto es un fin moral que se logra a través del imperativo categórico, donde la búsqueda de una voluntad buena está basada en el respeto por las personas y su valoración como medios y fines. El ser humano actúa con libertad, en el que la auto-determinación la define – no como un hacer sin control-, sino como un obrar bueno que promueve la dignidad de las personas como fundamento de lo moral”*. Maza Rosabel. Disponible en <http://rosabel-maza.com/wp/en-que-reside-el-respeto-a-las-personas/> [Con acceso 26-07-2018]

¹⁶ Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary. Disponible en: <<http://site.ebrary.com/lib/unilibrecalisp/reader.action?docID=10820740>> [Con acceso 21-02-2015]

Para que surja la responsabilidad médica, se requiere imprescindible los siguientes requisitos:

- a) La actuación desafortunada del profesional (lesión).
- b) Un evento dañoso.
- c) Una conducta antijurídica imputable al profesional, física y/o jurídica (centro hospitalario).
- d) Una relación “causa/efecto” entre la actuación del médico y el resultado dañoso. Habría que añadir que la actuación puede ser omisión en su actuación.

En cuanto al aspecto referido a la relación de causalidad entre el daño al paciente y la negligente actuación médica se utiliza en la práctica criterios de causalidad:

- a) Criterio de intensidad (daños sufridos por el paciente). En este punto hay que considerar no sólo el daño producido *per se*, sino también con posterioridad la presumible “omisión terapéutica”, en relación a las pruebas complementarias.
- b) Criterio topográfico (dolor relacionado con el problema quirúrgico). Es decir, es un dolor que no se subsana por las intervenciones terapéuticas realizadas.
- c) Criterio cronológico (evolución sintomática y fisiopatológica del proceso). Es decir, esta evolución está relacionada “cronológicamente” mediante los síntomas que tras la primera intervención siga manifestando el paciente y que se demuestren científicamente por pruebas de imagen y de anatomía patológica. Podemos concluir que existe un “continuum” sintomático y fisiopatológico.
- d) Criterio de exclusión (exclusión de cualquier otra causa que haya generado el daño actual). Es decir, es fundamental que no exista ninguna otra causa generadora del proceso que *in actu*, es decir ahora tenga el paciente”.

En atención a lo confuso y diversa que ha sido la jurisprudencia colombiana en relación al tratamiento de la responsabilidad por la prestación de servicios médicos, en el texto *Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba*¹⁷, se ostenta una posición metódica y crítica sobre las decisiones que ha asumido la jurisprudencia ordinaria y contencioso administrativa en materia de responsabilidad médica, con propósitos de adoptar un punto de vista propio al respecto. Para ello, se examinan: (i) los elementos habituales que establecen la responsabilidad; (ii) la dualidad entre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad médica; y (iii) el discutido asunto de la carga probatoria, tanto en materia de culpa (o falla del servicio) como en materia del nexo causal entre aquélla y el daño. Al final, se acepta que los elementos habituales que configuran la responsabilidad médica no hacen precisa la aplicación de los sistemas probatorios, pero que el principio constitucional de equidad exige aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia de culpabilidad, así como apremiar las cargas probatorias en materia de causalidad.

La trama de la responsabilidad por la prestación de servicios médicos no ha sido nada apacible en la jurisprudencia colombiana. De hecho, se trata de uno de los campos, en los cuales no se definen etapas claras y delimitadas en la jurisprudencia, pues los aportes que se han generado en uno u otro sentido parecen remontar a ciertos periodos, al punto de vislumbrarse “regresiones” en el tiempo para dar aplicación a teorías que parecían culminadas.

Para ello se sujeta una visión absoluta sobre los elementos habituales que configuran la responsabilidad y, en particular, la responsabilidad médica. Igualmente se debe abordar la álgida discusión entre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad médica, en atención a la forma de manifestación de voluntad (consentimiento informado) y a la prestación de servicios por un tercero. Con esto, se debe buscar, lo relacionado con el asunto más controvertido en este ámbito y es el relativo a la carga probatoria, tanto en

¹⁷Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. (2010). Disponible en: <https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf> [Con acceso 11-04-2015]

materia de culpa (o falla del servicio) como en materia del nexo causal entre aquélla y el daño.

La protección jurídica de la salud y el respeto a la dignidad humana son los ejes básicos que regulan los temas comprendidos dentro de la responsabilidad médica.

La Organización Mundial de la Salud define la Salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social" y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez.

El bienestar implica el ajuste integral del entorno físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades. Ambos, salud y bienestar deben gozar de la protección del estado y del derecho.

En su artículo Responsabilidad médica, el autor Moisés Ponte Malaver¹⁸ delimita los ejercicios de responsabilidad en el área médica, logrando así establecer algunos puntos clave para delimitar su actuación:

En relación al fuero:

- Responsabilidad civil: procede de la obligación de reparar económicamente los daños ocasionados a la víctima.
- Responsabilidad penal: Surge del interés del Estado y de los particulares, interesados en sostener la armonía jurídica y el orden público; por lo que las sanciones son las que impone el Código penal.

En relación a la técnica jurídica:

- Responsabilidad objetiva: esta surge del resultado dañoso, no esperado, que el accionar del médico puede provocar, independientemente de la culpa que le cabe.
- Responsabilidad subjetiva: esta surge de la subjetividad del médico,

¹⁸ PONCE MALAVER, Moisés. Responsabilidad médica. (2014). Disponible en: <<http://www.geosalud.com/malpraxis/respmédica.htm>> [Con acceso 11-04-2015]

puesta al servicio de una determinada acción penada por Ley.

- Responsabilidad contractual: surge de un contrato, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal.
- Responsabilidad extracontractual: es la que no surge de contrato previo. Se le conoce como aquiliana (Lex Aquilia). Su aplicación en el campo médico es excepcional (por ejemplo, asistencia médica inconsulta por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental, accidente, shock).

En otros términos, la responsabilidad médica representa la obligación que tiene el médico de resarcir e indemnizar las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión. Es decir, el médico que en el curso del tratamiento produce por su culpa un daño al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su origen en los principios generales de la responsabilidad; según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que se provoque un daño a otra persona.

Actualmente en Colombia la responsabilidad médica es catalogada como una acción de medio y no de resultado; es decir que el médico no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente se puede configurar de resultado, como lo es, en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado; pero la información deficiente que le brindan, puede estar sesgada por generar expectativas irreales y es, esta la que genera la responsabilidad. Y es por ello que la obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento informado.

4.3 MARCO NORMATIVO

El derecho a la salud se encuentra enmarcado en la Constitución política en el artículo 48; el cual establece.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes de ella...¹⁹

En dicha correlación, la salud es considerada como un objeto jurídico derivado de la vida humana, por ende, se ve enmarcada la protección a la persona humana, y dicha protección y conservación se convierte en una garantía estatal, tal como lo prevé el artículo 1 de la Constitución, donde se deja claro que somos un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana.

La OMS²⁰ indica que el derecho a la salud representa que los gobiernos deben proveer los medios que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esos medios circunscriben la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludable y seguro, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. Por ello, el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano.

En consecuencia, a ello, el derecho a la salud actualmente está consagrado en tratados internacionales y regionales de derechos humanos y en las constituciones de países de todo el mundo.

¹⁹ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>> [Con acceso el 16-02-2015]

²⁰ Organización Mundial de la Salud – Derecho a la Salud. Disponible en: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>> [Con acceso el 16-02-2015]

Es así como a partir de febrero de 2015 en Colombia, mediante sanción de Ley Estatutaria²¹, la Salud se establece como derecho fundamental en el país.

Por ello, el derecho fundamental a la salud debe tener continuidad, entendida como el derecho a recibir los servicios de salud sin que sean interrumpidos por razones administrativas o económicas.

En pro, de conservar y dar ese trato fundamental a la salud en Colombia, es importante exponer, el consentimiento informado, como un desarrollo del principio constitucional de la autonomía, donde el paciente está en su derecho de decidir libremente si desea que se le realice o no un determinado procedimiento. Para esto, el profesional de la salud está en la obligación de brindarle toda la información correspondiente.

La obligación facultativa de requerir el consentimiento informado del paciente es una exigencia legal que, a pesar de parecer novedosa, viene de tiempos remotos y se encuentra plasmado en la mayoría de los ordenamientos que regulan la ética médica alrededor del mundo. En este sentido se encuentra, como primera expresión de la imposición legal de solicitar el consentimiento informado, el Código de Núremberg del Tribunal Nacional de 1947, que consagra este deber ético en el ámbito de la investigación en seres humanos. Éste es el antecedente más importante en materia ética, y de él se deriva gran parte de los códigos que regulan la materia en el mundo.

En Colombia, la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, consagra expresamente el deber de solicitar el consentimiento informado para llevar a cabo un procedimiento o tratamiento, para no someter al paciente a riesgos injustificados.

ARTÍCULO 15. “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere

²¹CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 1751 de 16 Febrero de 2015. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>> [Con acceso 14-04-2015]

*posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente*²²

Igualmente en varios de sus artículos establece la relación que surge de ese contrato médico paciente y por ende sus obligaciones implícitas:

*ARTÍCULO 1 No. 4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.*²³

ARTICULO 3. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.²⁴

En el momento que la salud adquiere la connotación de derecho fundamental, es esencial resaltar el carácter que cumple el consentimiento informado como elemento de protección del principio constitucional de autonomía. Pues es tal el carácter que este posee, que se hace necesario y obligatorio para poder llevar a cabo un tratamiento o procedimiento, igualmente, debe tenerse en cuenta la información suministrada por el profesional médico, para que el paciente pueda decidir de manera libre y voluntaria si acepta o no la intervención.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede predicar que se hace efectivo lo consagrado en la Constitución de 1991, a intención de reconocer la libertad y autonomía de las personas:

ARTÍCULO 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.²⁵

²² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 23 de 1981 (febrero 18) Diario oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981. Disponible en: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf> [Con acceso 16-02-2015]

²³ Ibídem.

²⁴ Ibídem.

²⁵ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>> [Con acceso el 16-02-2015]

ARTÍCULO 16. “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.²⁶

También, se tiene como precedente la Resolución 8430 de 1993, denominada normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud; cuyo articulado consagra la definición, requisitos y obligación de aplicar el consentimiento informado en el momento de realizarse investigaciones con seres humanos.

ARTÍCULO 14. Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso, su representante legal, autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos, beneficios y riesgos a que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.²⁷

En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional ha realizado emisiones conceptuales y concretas acerca de la materia en renombre.

El magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, en sentencia SU 337 de 1999, expresa.

Consentimiento informado del paciente – pluralismo y dignidad. Incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos, el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula, obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento. En efecto, el pluralismo implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. Omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquel paciente, en detrimento del propio interés de este último y de la protección constitucional al pluralismo. Esto muestra que, en las sociedades pluralistas, el requisito del consentimiento puede justificarse incluso con base en el principio de beneficencia.

²⁶ Ibídem.

²⁷ MINISTERIO DE SALUD. Resolución No. 8430 de 1993 (4 de octubre de 1993). Disponible en: https://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Documentos/Investigacion/comite_de_etica/Res_8430_1993_-_Salud.pdf [Con acceso 16-02-2015]

Consentimiento informado del paciente – intervenciones experimentales.
Esta exigencia del consentimiento, que es clara incluso en relación con los tratamientos en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad.

Consentimiento informado del paciente – característica.

No cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Finalmente, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal.²⁸

La Corte Constitucional visiblemente manifiesta e indica que, para cumplir con la función salvaguardita de protección de los derechos constitucionales del paciente, el consentimiento debe ser tan claro y detallado que pueda cumplir con la finalidad, de que el destinatario de dicha información pueda expresar su consentimiento en debida forma y sin limitaciones.

Igualmente, queda claro que la legislación regula el deber de solicitar el

²⁸CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-337 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>> [Con acceso 16-02-2015]

consentimiento del paciente para ejecutar procedimientos y la necesidad de advertir los riesgos previstos de los mismos, y en un principio se permite que, en algunos eventos excepcionales, el profesional no cumpla con el deber de hacer la advertencia del riesgo previsto.

Además, el magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, en otra de sus sentencias (sentencia T-599 de 1995), donde expresa.

Consentimiento informado del paciente: Debe existir previo consentimiento del paciente para el tratamiento que se le señale. El Juez no puede suplir ese consentimiento, ni tomar partido a favor o en contra de una tesis médica, es el propio galeno quien, conjuntamente con el paciente, determinarán el camino a tomar. No le corresponde al juez indicar que haya cambio de médico, salvo que él no cambio signifique vulneración de un derecho fundamental.

Pero la Sala de Revisión precisó sobre este tema que debe existir previo consentimiento del paciente para el tratamiento que se le señale:

“Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios”.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACIÓN es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarca en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciado que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como cualidades primarias las inseparables del cuerpo diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que “consentiment éclairé” o consentimiento aclarado brota del materialismo teórico del SANO SENTIDO COMÚN (bon sens) propio de Locke.²⁹

Una vez delineada y esclarecida la importancia y necesidad del consentimiento

²⁹CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-559 de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-559-95.htm>> [Con acceso 16-02-2015]

informado, se puede sostener que la norma busca desarrollar el principio constitucional de la autonomía del paciente para que este, de manera libre decida acerca de la realización de determinado procedimiento.

Proteger el principio de autonomía implica que el profesional deba respetar la decisión del paciente, sea cual sea, pero para ello deberá haber brindado la pesquisa del procedimiento, sus ventajas y desventajas, las alternativas y los riesgos de la no aceptación del mismo, y haber verificado que en caso de negativa no se comprometa la salud pública.

Sólo en casos excepcionales el profesional no tendrá que advertir el riesgo, pero deberá solicitar el consentimiento de los familiares o representantes del paciente, y sólo en casos de urgencia o cuando se pueda ver comprometida la salud de terceras personas, podrá actuar sin el consentimiento.

4.4 MARCO CONCEPTUAL

A continuación, se señalan algunos términos de importante connotación en el desarrollo de esta investigación, que serán utilizados frecuentemente durante el proceso investigativo, y que hacen indispensable su conceptualización para facilitar el entendimiento de los mismos.

Es de este modo como entonces, se tiene que la relación médico-paciente cuya evolución y transformación ha sido enorme durante los últimos años, viéndose la necesidad de conocer las posibles circunstancias que pueden complicar esa interacción y por supuesto de los posibles conflictos que se pueden presentar, donde se lo logra estimar dicha relación:

“Como un derecho del paciente con la concepción actual del consentimiento informado, donde se pretende que el paciente conozca, a través de la información que su médico le imparta, su estado de enfermedad, riesgos, opciones terapéuticas y un pronóstico probable, por lo que autoriza al médico a practicarle los estudios y terapéutica que le aconseja; es decir es aquella relación o derecho a ser tratado como sujeto

de la mayor consideración y gran sentido humanitario, en su búsqueda de auxilio para la solución de sus problemas”³⁰

Ahora bien, teniendo en cuenta la relación médico-paciente, se encuentra que el consentimiento informado es una herramienta de uso continuo para consolidar dicha relación, por esta razón, se hace necesario reconocer el consentimiento informado como:

“La autorización que hace una persona con plenas facultades físicas y mentales para que los profesionales de la salud puedan realizar un tratamiento o procedimiento”.³¹

Igualmente, Domínguez Luelmo, define el consentimiento informado:

“Como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.³²

Paralelamente a esta definición, el autor Ruiz de la Cuesta señala:

*“El consentimiento informado es una especie de contrato o alianza transcendental en la relación médico-paciente con profundas implicaciones culturales, administrativas y personales, imprescindible en cualquier actividad asistencial correcta en nuestros días.”*³³

Una vez hecha la precisión del consentimiento informado, cabe revisar en qué consiste la responsabilidad:

“Es un instrumento jurídico orientado a la reparación de un daño mediante el abono de su equivalente económico. En el campo médico puede tener naturaleza contractual o extracontractual de acuerdo al evento específico que haya dado lugar a la relación médico-paciente:

La responsabilidad será contractual en la mayoría de los eventos, para lo cual requiere de la configuración de tres elementos: el consentimiento del

³⁰CERCEDO CORTINA, Vicente Blas. Historia Clínica, Metodología didáctica. México 2002. P.3

³¹RINCÓN PERFERETTI, Germán Humberto. Consentimiento Informado sobre el Sistema de Salud y Seguridad Social. Disponible en: <<http://encolombia.com/medicina/revistas-medicas/heraldo-medico/vol-231/heraldo231-cosentimiento/>> [Con acceso 04-01-2016]

³²DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Derecho Sanitario y responsabilidad médica. Valladolid 2007. P. 178

³³RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas. Universidad de Sevilla 2005. P. 131

paciente y del médico para la prestación de servicios profesionales correspondientes y percibir unos honorarios; y la causa lícita para percibirlos. Por otro lado, la responsabilidad médica será extracontractual cuando no medie consentimiento, por ejemplo, cuando el sujeto está inconsciente por haber sufrido un accidente y es remitido al médico, quien, no podrá negarse a prestar la atención de urgencia".³⁴

Refiriéndose a este contexto, cabe sucintamente que el personal médico también puede errar (falla médica), entendiéndose esta como aquella situación que vincula al personal médico de manera civil y penal ante la aparición de complicaciones o consecuencias negativas en el paciente que se ha sometido a algún tipo de procedimiento médico, sin tener como precaución la aplicación adecuada del consentimiento informado idóneo para las actuaciones a desarrollar.

Sin embargo, en el quehacer médico y sus actuaciones que se encuentran sujetas al evento de la responsabilidad es vital determinar que el profesional médico cuenta con autonomía profesional:

“Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias”.³⁵

Finalmente, esta autonomía es parte esencial para el desarrollo de la profesión, puesto que esta se entiende como la libertad que tiene el médico para aplicar el conocimiento y empleando su criterio para tomar decisiones en un momento determinado.

³⁴ LOMBANA VILLALBA, Jaime. Derecho Penal y Responsabilidad Médica. Universidad del Rosario. Bogotá 2007. P. 94 - 102

³⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 209 de 2013. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>> [Con acceso 04-01-2016] Artículo 17

4.5 MARCO BIOÉTICO

Desde el punto de vista del autor Juan Carlos Tealdi, en su libro *Bioética de los derechos humanos: investigaciones biomédicas y dignidad humana*³⁶. El término “bioética” se usó por primera vez en 1970 para distinguir un nuevo campo dedicado a la sobrevivencia humana y la mejora en la calidad de vida, y aunque el modelo central de la misma se configuró en Estados Unidos desde finales de los años sesenta, los historiadores de la bioética sitúan su punto de partida en el juicio por los experimentos médicos nazis que en su sentencia de 1947 condenó a la horca a siete de los inculpados y dio lugar al *Código de Nuremberg*.³⁷

Posteriormente a ese evento la *OMS definió que era salud*³⁸ y seguidamente la Asociación Médica Mundial actualizó el tradicional *Juramento Hipocrático*³⁹. Por ello la *AMM*⁴⁰ ha adoptado declaraciones de política sobre un gran número de asuntos éticos relativos a la actuación médica, atención de pacientes, investigación en seres humanos y salud pública.

Teniendo como base estos antecedentes, en la actualidad se acepta que la bioética emerge desde:

- 1) La protección de los derechos humanos en la posguerra mundial y el movimiento de derechos civiles en Estados Unidos, ambos en su relación con la medicina y la salud.

³⁶ TEALDI, Juan Carlos. *Bioética de los derechos humanos: investigaciones biomédicas y dignidad humana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México 2008. Pág. 52

³⁷ ANNAS, George, GRODIN, Michael (eds.), *The Nazi Doctors...* cit., nota 1; OVERY, Richard, *Interrogatorios: El Tercer Reich en el Banquillo*, Barcelona, Tusquets, 2003; GOLDENSOHN, León, *Las Entrevistas de Nuremberg*, México, Aguilar, 2005.

³⁸ OMS. Definición de Salud “el completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad”. Disponible en: <http://www.who.int/features/factiles/mental_health/es/> [Con acceso: 28-01-2016]

³⁹ ZAMUDIO, Teodora. *Historia de los Bio-Derechos y del Pensamiento Bioético*. – El juramento Hipocrático. Disponible en: <<http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/hipocrates.htm>> [Con acceso: 28-01-2016]

⁴⁰ AMM. Asociación Médica Mundial. *Ética Médica*. Disponible en: <<http://www.wma.net/es/20activities/10ethics/index.html>> [Con acceso: 28-01-2016]

- 2) El poderío y ambigüedad moral del desarrollo científico tecnológico para la supervivencia de la especie humana y el bienestar de las personas.
- 3) Los problemas de justicia en los sistemas de salud.

De acuerdo a Torralba Roselló en su libro “¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y Jhon Harris”⁴¹. La dignidad humana, vista a través de la historia, ha sido un término muy cambiante, pues de acuerdo a esto, la dignidad del *anthropos* (Aristóteles), la fundamentaban a partir de la idea del alma racional, donde el ser humano se eleva por encima de las otras entidades del mundo, por el hecho de tener alma racional. Santo Tomás de Aquino y su teoría de la dignidad del *homo*, centraban al ser humano como cuna de los valores morales y su origen se basaba en la cosmovisión bíblica y a la tradición teleológica. Pico della Mirandola, desarrollo la teoría de la dignidad del *uomo*, donde se centra la dignidad sobre la libertad y la capacidad de los hombres en la individualidad del hombre.

Por otro punto Immanuel Kant⁴², desarrolló la teoría de la dignidad como fin en sí mismo, donde esta se refiere a un status honorable, que otro debe reconocer y que impone ciertas actitudes y un comportamiento adecuado hacia las personas que gozan de este estado. Finalmente, Habermas⁴³ y su teoría de la dignidad humana y biotecnología, su noción de dignidad va enfocada hacia la autonomía, donde desde su punto de vista, toda vida humana, tanto la emergente como la gravemente dañada o erosionada, es merecedora de respeto, es acreedora de dignidad. Es así entonces, como la vida humana, goza de dignidad y exige respeto de los demás.

Ahora bien, el autor Rodolfo Vásquez en su libro “Las fronteras morales del derecho”, señala la bioética en contexto, en relación al derecho a la salud como derecho social, donde se expresa que la bioética:

⁴¹ TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. “¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y Jhon Harris”. Universitat Ramon Llull – Instituto Borja de Bioética. España 2005. Pág. 61 - 84

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

“Ha sido el esfuerzo por salvaguardar la autonomía y dignidad del individuo frente al Estado y sus instituciones jurídicas, la o las iglesias, las grandes corporaciones farmacéuticas, los hospitales y los mismos médicos, de actitudes paternalistas injustificadas e ideologías rígidamente conservadoras y confesionales, y reconocerle su capacidad de deliberación y elección sobre temas tan personales como el aborto, la eutanasia, la donación y trasplante de órganos, la reproducción sexual, el consentimiento informado, etc.”⁴⁴

Aun así, a pesar que la bioética social ha tenido en consideración dichos temas, también se centra en el entorno político, social y económico de los mismos.

Se realiza entonces el reconocimiento internacional, donde se consigue aseverar que el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económico social.

Esto se logró a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entro en vigor en 1977, el cual es el instrumento internacional, más relevante para la protección del derecho a la salud, por su carácter contractual y, por lo tanto, vinculante.

Una vez establecida la protección a la salud, la UNESCO⁴⁵ ha desempeñado una labor encaminada en la descripción de los principios universales basados en valores éticos que sitúen los progresos científicos y el desarrollo tecnológico y la transformación social, a fin de establecer los retos que surgen en el ámbito de la ciencia y la tecnología teniendo en cuenta la responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones venideras, y que las materias de bioética, que forzosamente tienen una dimensión internacional, se deben tratar como un todo, basándose en los principios ya establecidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y teniendo en cuenta no sólo el argumento científico actual, sino también su evolución futura, consciente de que los seres humanos forman parte integrante de la biosfera y

⁴⁴ VÁSQUEZ, Rodolfo. Las fronteras morales del derecho. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México 2009. Pág. 113

⁴⁵ UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Disponible en: <http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Con acceso 06-02-2016]

de que desempeñan un importante papel en la protección del prójimo y de otras formas de vida, en particular los animales, reconociendo que, gracias a la libertad de la ciencia y la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado, y pueden reportar, grandes subvenciones a la especie humana, por ejemplo ampliando la esperanza de vida y optimizando la calidad de vida, y subrayando que esos adelantos deben procurar siempre por promover el bienestar de cada individuo, familia, grupo o comunidad y de la especie humana en su conjunto, en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y en el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, reconociendo que la salud no estriba únicamente de los avances de la investigación científica y tecnológica sino también de elementos psicosociales y culturales.

Debido a eso, se debe entender que el significado de la dignidad humana, tiene implícito en él, los derechos humanos que son lenguaje común para las naciones y que integra de manera autónoma el respeto por el ser humano como ser individual y social, que conforma la sociedad.

5. METODOLOGÍA

5.1 FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación denominada Tendencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante 2010-2014, tiene un fundamento epistemológico de carácter histórico hermenéutico, pues se encamina, en buscar y analizar un fenómeno de carácter humanístico enfocado en la acción humana (relación médico paciente – relación responsabilidad médica en virtud del derecho médico), en el cual se profiere por comprender los procesos desarrollados por las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en su interpretación normativa y judicial de las conductas médicas que pueden ser catalogadas de responsabilidad, aun teniendo como defensa el uso del consentimiento informado. De este modo se tratará de percibir cual es la verdadera relación del consentimiento informado con la responsabilidad que pueden llegar a asumir los médicos en su quehacer práctico, manera de la cual se logra contextualizar su relación con la vida cultural y social abordados desde una realidad actual y por medio de percepciones jurisprudenciales de medidas formales analizadas en el contexto de conexidad.

5.2 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque de investigación para desarrollar la pesquisa denominada Tendencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante 2010-2014, es, de tipo cualitativo, toda vez que se parte de un carácter interpretativo social, en el que se busca comprender un fenómeno que se orienta en el comportamiento y evolución dinámica de los participantes (médico-paciente) en el contexto vinculante que puede resultar del consentimiento informado con la buena praxis

o mala praxis en virtud de la responsabilidad que pueden adquirir los médicos en la realización de su práctica formal, abordados desde la visión jurídica emitida por las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación con el derecho médico actual.

5.3 ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación denominada Tendencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante 2010-2014, tiene un alcance de carácter descriptivo, toda vez que lo que se busca es describir un fenómeno o situación dentro de un contexto establecido, para lograr así su análisis detallado y la manera en que se manifiestan.

Es así, como se busca precisar e identificar factores que afectan la aplicación del consentimiento informado en virtud de la responsabilidad (problemas éticos-jurídicos), en el quehacer médico, cuyos efectos jurídicos se ven plasmados en el derecho médico.

5.4 UNIDAD DE ANÁLISIS

Teniendo en cuenta, que dicha investigación Tendencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante 2010-2014, tiene un corte de carácter cualitativo, por lo cual se plantea utilizar un muestreo no probabilístico de modo intencional o de juicio (modo en el cual los elementos de estudio son elegidos a juicio del investigador; y se desconoce la probabilidad con la que se puede seleccionar a cada evento o suceso), una vez se establezcan los casos de estudio, y de acuerdo al análisis de los mismos, se buscará que el muestreo contextualizado,

pueda ser susceptible de transformación, arraigado en el interés de encontrar los casos para su estudio y análisis.

En este orden, como unidad de análisis se propone:

12 sentencias que traten sobre Consentimiento Informado en relación con la Responsabilidad del hacer Médico durante los años 2010-2014. Las cuales fueron elegidas bajo el criterio Intencional o de juicio, a partir de las siguientes características:

- Sentencias en las que se expone el Consentimiento Informado
- Sentencias en las que se expone la Responsabilidad médica.
- Sentencias emitidas entre el 2010 – 2014
 - Sentencia C-313 de 29 mayo 2014. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 - Sentencia T-118A de 12 marzo 2013. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
 - Sentencia C-574 de 22 julio 2011. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.
 - Sentencia C-293 de 21 abril 2010. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.
 - Sentencia SC 15787 de 18 noviembre 2014 CSJ. Magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo.
 - Sentencia SC 15746 de 14 noviembre 2014 CSJ. Magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.
 - Sentencia SC 12449 de 15 septiembre 2014 CSJ. Magistrado ponente Margarita Cabello Blanco.
 - Sentencia STC 4865 de 24 abril 2014 CSJ. Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona.
 - Sentencia 26660 de 27 marzo 2014 CE. Magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth.
 - Sentencia 26465A de 29 agosto 2013 CE. Magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth.
 - Sentencia 18792 de 11 mayo 2011 CE. Magistrado ponente Ruth Stella Correa Palacio.

- Sentencia 20636 de 27 abril 2011 CE. Magistrado ponente Stella Conto Díaz del Castillo.

5.5 INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Matriz de análisis categorial: serán tres matrices estructuradas para cada una de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), las cuales buscan poner en evidencia clara las categorías a analizar de cada una de las sentencias seleccionadas para determinar la relación presente entre el consentimiento informado en virtud a la responsabilidad médica en Colombia.

5.6 PRUEBA PILOTO

De acuerdo a la prueba piloto aplicada el 26 de agosto de 2015, sobre la sentencia T-118A, se evidencian los siguientes hallazgos:

La aplicación del presente instrumento de recolección de datos, permite inferir en el cumplimiento de las variables o categorías propuestas como fuente primaria para el análisis de la unidad muestral seleccionada correspondiente a las sentencias emitidas por las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado).

Sin embargo, con la posterior revisión de la muestra total de sentencias podría haber la posibilidad de hacerse necesario la incorporación de nuevas categorías, para facilitar la interpretación de nuevos puntos, teniendo en cuenta que la emisión de las sentencias puede tener una leve variación dependiendo de la corte que la emita.

5.7 APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS



5.7.1. Matriz de análisis categorial sentencias Corte Constitucional Colombiana

PROYECTO: TENDENCIA DE LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN VIRTUD A LA RESPONSABILIDAD EN EL HACER MÉDICO EN COLOMBIA DURANTE 2010-2014

FECHA: AGOSTO 28 A SEPTIEMBRE 19 DE 2015. **ELABORADOR DE LA MATRIZ:** CRISTIAN ALFONSO TORRES JIMÉNEZ

| SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL | | | | |
|--------------------------------------|--|--|---|--|
| CATEGORIA | SENTENCIA C-313 de 29 Mayo 2014 – Magistrado ponente Gabriel Eduardo Martelo | SENTENCIA T-118A de 12 Marzo 2013 – Magistrado ponente Mauricio Cuervo | SENTENCIA C-574 de 22 Julio 2011 – Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez | SENTENCIA C-293 de 21 Abril 2010 – Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla |
| 1. DESCRIPCIÓN ACTOS RESPONSABILIDAD | Consentimiento informado vs derecho a la información. | Conducta que causa la vulneración: sentencias de las autoridades | El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están | Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos |

| | | | | |
|---|--|--|--|--|
| | | <p>judiciales accionadas. en las cuales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - omitieron valorar las historias clínicas (defecto fáctico); - condenaron sin que existiera prueba que demostrara que el diagnóstico y el tratamiento suministrado fuera equivocado (defecto fáctico); - aplicaron de manera incorrecta el artículo 2341 del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual (defecto sustantivo). | <p>prohibidos, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores. El sometimiento a esas medidas requiere el consentimiento informado del adicto.</p> | <p>humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.</p> |
| 2. PROBLEMAS ÉTICO JURÍDICOS | <p>Nadie podrá ser sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. Ninguna persona presa o detenida ni siquiera con su consentimiento podrá ser sometida a experimentos médicos o científicos</p> | <p>Alegación de afectación de un derecho fundamental (violación al debido proceso y el acceso a la administración de justicia – art. 28 y 29 C.P).</p> | <p>Consentimiento informado del adicto.</p> | <p>Consentimiento informado idóneo. Nadie podrá ser sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.</p> |
| 3. COMPROMISO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO | <p>Donación de órganos, consentimiento informado – Derechos de los familiares del fallecido. Derecho a mantener una comunicación plena,</p> | <p>Omitir la valoración de las historias clínicas aportadas como prueba en el proceso civil extracontractual en la que fue condenada la</p> | <p>El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. Con</p> | <p>art. 21 en su literal a: Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo</p> |

| | | | | |
|--|--|--|--|---|
| | permanente, expresa y clara con el profesional de la salud. Ese mandato funge como una cláusula general que encuentra expresiones específicas como las del consentimiento informado. | accionante (defecto fáctico). | finos preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. | adicional, en formato accesible y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad. |
| 4. DERECHO FUNDAMENTAL (MENCIONADO EN VIRTUD A VIOLACIÓN) | Derecho fundamental a la Salud. Acceso a la información. Dignidad humana. Autonomía y libre desarrollo de la personalidad. | Debido proceso y acceso a la administración de justicia. | Servicio de salud y saneamiento ambiental. | Derecho a la igualdad y no discriminación. |
| 5. PROTECCIÓN AL CIUDADANO | Los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las otras personas lo tendrán que hacer en calidad de un consentimiento libre e informado El porte y consumo de sustancias (SPA) está prohibido salvo con prescripción médica; por | La obligación de los prestadores de servicios médicos consiste en proporcionar al paciente todas las herramientas curativas de las que disponga, según la lex artis, para curar a un paciente. Por ello, en principio, salvo pacto en contrario y dependiendo del caso en concreto, responden solidariamente | El consentimiento en este caso, debe ser informado en los términos previstos en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, es decir, habiendo sido expuesto, ante el enfermo, el procedimiento del tratamiento, su duración y efectos. | La convención en su art. 25 expresa: “exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado...” |

| | | | | |
|---|---|--|---|---|
| | <p>eso quien vaya a ser sometido a este tipo de tratamiento requiere el consentimiento informado del adicto.</p> <p>Necesidad de asegurar el consentimiento informado del paciente.</p> | <p>las entidades prestadoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios y el personal médico, de la producción de daños causados con ocasión a actos médicos concurrentes; que en uno y otro caso depende de que el daño haya surgido de un incumplimiento contractual – responsabilidad contractual- o por la violación al deber genérico de no dañar – responsabilidad extracontractual.</p> | | |
| 6. PROTECCIÓN DEL PROFESIONAL MÉDICO | <p>Protección del consentimiento informado y su armonización con la autonomía médica.</p> | <p>Considera la Sala, que las irregularidades planteadas si tienen incidencia directa y decisiva en las providencias que se reprochan, en primer lugar, porque la ausencia de valoración probatoria de una historia clínica que contiene información relevante sobre el diagnóstico y tratamiento prescrito por un médico a un paciente, en el curso de</p> | <p>El profesional médico que deba adelantar tratamiento de índole SPA, someterá al paciente al consentimiento informado del adicto.</p> | <p>El profesional médico debe proporcionar a personas con discapacidad programas y servicios de salud a base de un consentimiento informado idóneo.</p> |

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | | <p>un proceso de responsabilidad civil podría contribuir a demostrar los elementos de ésta responsabilidad: el hecho, el daño y la relación de causalidad. En segundo lugar, tiene incidencia en la decisión, en la medida en que si se omite los elementos antes descritos, conllevaría a exonerar de responsabilidad. Y en últimas, si el juez efectivamente incurrió en un defecto sustantivo al interpretar erradamente la responsabilidad solidaria entre EPS, IPS y médicos, respecto al contrato de transacción, conllevaría igualmente a la ausencia de responsabilidad.</p> | | |
|--|--|--|--|--|



5.7.2. Matriz de análisis categorial sentencias Corte Suprema de Justicia Colombiana

PROYECTO: TENDENCIA DE LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN VIRTUD A LA RESPONSABILIDAD EN EL HACER MÉDICO EN COLOMBIA DURANTE 2010-2014

FECHA: SEPTIEMBRE 26 A OCTUBRE 17 DE 2015. **ELABORADOR DE LA MATRIZ:** CRISTIAN ALFONSO TORRES JIMÉNEZ

| SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA | | | | |
|---|---|--|---|---|
| CATEGORIA | SENTENCIA SC15787-2014 del 18 Noviembre 2014. Magistrado ponente Álvaro Fernando Restrepo. | SENTENCIA SC15746-2014 del 14 Noviembre 2014. Magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez. | SENTENCIA SC12449-2014 del 15 Septiembre 2014. Magistrado ponente Margarita Cabello Blanco. | SENTENCIA STC4865-2014 de 24 Abril 2014. Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona |
| 1. DESCRIPCIÓN ACTOS RESPONSABILIDAD | Busca que se declare "solidariamente responsables por los daños y perjuicios que causaron con ocasión del caso de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL | Se pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la Clínica, producto de la "negligencia, imprudencia e impericia por error diagnóstico y mal manejo efectuado | Pidieron declarar a la sociedad EPS y a la profesional maxilofacial, responsables civil y solidariamente por la senda de la responsabilidad | Se alegó como fundamento de la acción, la negligencia al practicarle una "(...) colonoscopia (...) por cuanto se le ocasionó una perforación intestinal (...)", y pidió |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | <p>POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA”; y que, por consiguiente, en tratamiento quirúrgico de trasplante de córnea, por pérdida de agudeza visual, que ocasionó desprendimiento de retina.</p> | <p>por los médicos adscritos a ella condenándola a pagar lo que corresponda a indemnización, incluido el daño a la vida de relación y el chance o la oportunidad de recurrir a tratamiento oportuno, de apendicitis aguda y nefrolitiasis incidental asintomática, situación que ocasiono su incapacidad laboral en 52,70%.</p> | <p>extracontractual, de todos los daños que le generó parálisis facial izquierda definitiva por cirugía ATM, como consecuencia de los errores en que incurrió esta última, en el procedimiento de análisis de la historia clínica e intervención quirúrgica practica y que por lo tanto se condena a indemnización por daño moral, perjuicios materiales, por afectación fisiológica.</p> | <p>la indemnización por ese perjuicio.</p> |
| <p>2.PROBLEMAS ÉTICO JURÍDICOS</p> | <p>El médico no tomo las previsiones que se acostumbran en este tipo de cirugías. El médico tuvo una conducta plagada de negligencia y suma desidia frente a la suerte que pudiera haber corrido la salud de su paciente.</p> | <p>RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL - De entidad hospitalaria derivada por falta de atención oportuna y error diagnóstico de apendicitis que no fue detectada desde un comienzo. Culpa probada. Obligaciones de Medio.</p> | <p>RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL - procedimiento del análisis de historia clínica y del diagnóstico previo a cirugía maxilofacial que genera parálisis facial izquierda definitiva. Estudio por sospecha de vasculitis.</p> | <p>Asevera que las sentencias dictadas por los funcionarios querellados son “<i>incongruentes</i>”, pues la condenaron por haber supuestamente transgredido “(...) <i>el deber de procurar el consentimiento informado de la demandante (...)</i>”, aun</p> |

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | <p>El proceder culposo del médico provocó el riesgo de infección.</p> <p>La historia clínica no cumple con las exigencias consagradas en el art. 34 de la ley 23 de 1981 y art. 5 de la resolución 1995 de 1999.</p> | <p>APRECIACIÓN PROBATORIA - Ataque en casación respecto a sentencia que define responsabilidad médica derivada por falta de atención oportuna y error diagnóstico de apendicitis que no fue detectada desde un comienzo.</p> <p>OBLIGACIÓN DE MEDIO - De la entidad hospitalaria atención oportuna y error diagnóstico de apendicitis.</p> | <p>TRANSACCIÓN PARCIAL - con la sociedad EPS y de quien demanda responsabilidad médica solidaria además respecto a odontóloga Litis consorcio facultativo de quien se demanda en responsabilidad médica contractual por obligación de medio.</p> | <p>cuando ese tópico no fue ventilado ni cuestionado por ésta.</p> |
| <p>3. COMPROMISO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO</p> | <p>No se probó en el proceso que el demandante conociera los riesgos que conlleva la cirugía que se le practicó, y por ende, no aparece acreditado su consentimiento informado para que se realizara la misma.</p> | <p>HISTORIA CLÍNICA - Apreciación probatoria de la historia que se aporta en copia.</p> <p>CONSENTIMIENTO INFORMADO - Solicitud de salida voluntaria ante falta de atención.</p> | <p>CONSENTIMIENTO INFORMADO - autorización de intervención quirúrgica. Ataque en casación. La autenticidad del documento privado y su eficacia probatoria. La historia clínica alcanza una apreciación probatoria cuando se debate la</p> | <p>La demandante nada había dicho sobre el "(...) consentimiento informado para la práctica del procedimiento de colonoscopia (...), pues tal como se desprende la demandante sólo cuestión[ó] que el procedimiento (...) se realizó de manera</p> |

| | | | | |
|--|--|--|-------------------------|---|
| | | | responsabilidad médica. | <p><i>imprudente y negligente (...)</i>". Frente al mentado consentimiento, sostuvo que el juzgador de primer grado había aseverado "<i>(...) que éste no se había dado, ya que así lo expresó la demandada en el interrogatorio de parte que rindió (...)</i>". Agregó que esta "<i>(...) Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado que en virtud del principio de autonomía individual, todo paciente debe prestar su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico, hospitalario o quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico</i>".</p> |
|--|--|--|-------------------------|---|

| | | | | |
|--|--|---|--|---|
| 4. DERECHO FUNDAMENTAL (MENCIONADO EN VIRTUD A VIOLACIÓN) | Derecho a la salud. Derecho a la información. | Derecho a la salud. | Derecho a la salud. | Derecho al debido proceso, defensa, igualdad, acceso a la administración de justicia y buena fe, presuntamente quebrantados en juicio de responsabilidad civil médica. |
| 5. PROTECCIÓN AL CIUDADANO | Responsabilidad médica contractual – por la pérdida de oportunidad de recuperar la salud visual. Incapacidad permanente del 30%. | CULPA PROBADA - En responsabilidad médica contractual derivada por falta de atención oportuna y error diagnóstico de apendicitis que no fue detectada desde un comienzo. | Responsabilidad médica contractual. Prueba de nexo causal del daño en cirugía practicada por odontóloga especializada. | <i>“(...) las causas que pueden ser generadoras de la responsabilidad civil del profesional de la salud, por lo general obedecen a fallas que pueden ser consecuencia de una acción o de una omisión que se presenta (...)”, en (i) el diagnóstico; (ii) “la información”, (iii) “la obtención del consentimiento del paciente”; (iv) “el tratamiento quirúrgico o terapéutico”; y (v) “el postratamiento”.</i> |

| | | | | |
|--|---|---|--|---|
| <p>6. PROTECCIÓN DEL PROFESIONAL MÉDICO</p> | <p>Pérdida de oportunidad – de recuperar la salud visual en tratamiento quirúrgico de trasplante de córnea.</p> | <p>Responsabilidad médica para acreditar la forma de atención al paciente. Existencia de historia clínica como vinculante de las actuaciones desarrolladas.</p> | <p>El médico en efecto no expondrá al paciente a riesgos injustificados, suministrara información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos que pueden afectarlo física y síquicamente. Y de ello se deja constancia en la historia clínica (consentimiento informado).</p> | <p>Sostiene que los juzgadores prefirieron los artículos 16 de la Ley 23 de 1981 y 10, 12 y 13 del Decreto 3380 de 1981, según los cuales no estaba obligada a advertir “(...) a la demandante paciente, la posible complicación de perforación intestinal posterior al procedimiento de colonoscopia (...)”, por cuanto esa “(...) perforación (...) es un riesgo inherente o complicación imprevisible dada su poca frecuencia (...) dentro de la práctica médica”.</p> |
|--|---|---|--|---|



5.7.3. Matriz de análisis categorial sentencias Consejo de Estado Colombiano

PROYECTO: TENDENCIA DE LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN VIRTUD A LA RESPONSABILIDAD EN EL HACER MÉDICO EN COLOMBIA DURANTE 2010-2014

FECHA: OCTUBRE 24 A NOVIEMBRE 14 DE 2015. **ELABORADOR DE LA MATRIZ:** CRISTIAN ALFONSO TORRES JIMÉNEZ

| SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO | | | | |
|---|---|---|--|--|
| CATEGORIA | SENTENCIA 26660 de 27 Marzo 2014. Magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth. | SENTENCIA 26465A de 29 Agosto 2013. Magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth. | SENTENCIA 18792 de 11 Mayo 2011. Magistrado ponente Ruth Stella Correa Palacio. | SENTENCIA 20636 de 27 Abril 2011. Magistrado ponente Stella Conto Díaz del Castillo. |
| 1. DESCRIPCIÓN ACTOS RESPONSABILIDAD | Indemnización que consiste en la pérdida de funcionalidad del párpado inferior derecho y de otra parte, que las intervenciones quirúrgicas -Resección | Falla del servicio aducida en la demanda, derivada de la inobservancia de la obligación, a cargo del ISS, de prestar al señor José Alirio González Soler una atención | La responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio | Paciente de 33 años, atendida en Clínica del ISS Caldas, a partir del 13 de mayo de 1999, se le diagnóstico amenaza de aborto, fue intervenida |

| | | | | |
|---|--|---|--|---|
| | Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal y corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur - se realizaron sin brindar la información al paciente sobre riesgos y secuelas de dichas intervenciones. | médica especializada y oportuna para la superación de la lesión que presentaba en el hombro derecho, y que, según concepto del doctor Mauricio Rizo, requería un tratamiento urgente. | médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio. | quirúrgicamente, con diagnóstico de legrado, perforación de útero, lesión de intestino y apéndice quedando graves secuelas. |
| 2. PROBLEMAS ÉTICO JURÍDICOS | Pérdida funcional de párpado inferior derecho. Omisión de información al paciente sobre riesgos y secuelas. | RESPONSABILIDAD MEDICA - Abandono de la teoría de la falla presunta / RESPONSABILIDAD MEDICA - Acreditación del daño, actividad médica y el nexo de causalidad | FALLA MEDICA - Omisión en la prestación del servicio médico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Omisiones / SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Causa eficiente del daño | FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Título que responsabiliza a entidad pública de salud por daño ocasionado por actos médicos / FALLA MEDICA PRESUNTA - La carga probatoria corresponde a la entidad demandada acreditar el cumplimiento de sus obligaciones médicas |
| 3. COMPROMISO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO | FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO - | Aplicado de acuerdo a preceptos legales | Aplicado de acuerdo a preceptos legales | CONSENTIMIENTO INFORMADO - Omitido por el médico |

| | | | | |
|--|--|---|--|---|
| | Acompañado de una falla médica. - Procedimiento realizado de acuerdo a la lex artis. | | | previamente a los procedimientos médicos y quirúrgicos / AUTORIZACIONES DE INTERVENCION O PROCEDIMIENTO QUIRURGICO - No producen efectos de consentimiento por no estar suscritas por médico ni determinan que fueran otorgadas con suficiente ilustración sobre los procedimientos / FALLA DEL SERVICIO POR OMITIR CONSENTIMIENTO INFORMADO - Se acreditó que no se informó con antelación a la paciente de los tratamientos médicos y quirúrgicos a los debía ser sometida paciente |
| 4. DERECHO FUNDAMENTAL (MENCIONADO EN VIRTUD A VIOLACIÓN) | Derecho a la salud. Derecho a la información. | VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Valor probatorio de las copias simples. | Vulneración al Derecho a la salud en relación con la responsabilidad médica. | VIOLACION DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE PERSONALIDAD, |

| | | | | |
|-----------------------------------|--|--|---|---|
| | | | | LA SALUD Y LA INTEGRIDAD FISICA Y MORAL - Por las secuelas permanentes generadas a paciente intervenida quirúrgicamente / DAÑOS MORALES - Sufridos por familiares de la víctima deben ser indemnizados por el Estado |
| 5. PROTECCIÓN AL CIUDADANO | <p>RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por falta de consentimiento informado.</p> <p>ACTIVIDAD MEDICA- Falta total de consentimiento - Existencia de consentimiento informado pero falta de información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención.</p> | <p>SERVICIO DE SALUD PUBLICA - Derecho de toda persona. Estado garante / SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Debe prestarse de forma eficiente y oportuna.</p> | <p>La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido reviste un grado de complejidad, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el</p> | <p>OMISION DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO - Afecta los derechos a la salud, integridad física y moral por privar al paciente de la oportunidad de explorar otras alternativas médicas / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por omisión de médico del consentimiento del paciente - Al decidir el médico unilateralmente aplicar</p> |

| | | | | |
|---|--|---|---|--|
| | | | médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. | tratamiento no consentido por paciente |
| 6. PROTECCIÓN DEL PROFESIONAL MÉDICO | ACTIVIDAD MÉDICA - Secuelas y lesiones como consecuencia del procedimiento no consentido. - Inexistencia de una falla del servicio. Información insuficiente al paciente sobre los riesgos de una intervención genera un daño moral que se debe reparar. | RESPONSABILIDAD MEDICA ISS - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Negativa de atender los múltiples requerimientos formulados por un paciente para que se le remitiera prontamente a los servicios de ortopedia y fisioterapia, solicitados por el médico tratante. | En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica. | DEBERES DE MEDICO TRATANTE - Explicar a paciente procedimiento, riesgos y consecuencias / Permitir a paciente si acepta o no su realización / CONSENTIMIENTO CALIFICADO - Debe estar precedido de información suficiente de medico a paciente que permita concluir que conoció tratamiento y riesgos y lo consintió. |

5.8 RESULTADOS

5.8.1. Análisis sentencias Corte Constitucional Colombiana

ANÁLISIS DE LA MATRIZ

Desde un punto de vista retrospectivo, la sentencia C-313 de 2014, cuya finalidad es la revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No.209 de 2013 sobre Derecho Fundamental a la Salud, establece que el derecho fundamental a la salud no solo debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que de lo contrario debe entenderse como un entramado de libertades y derechos, libertades tales como controlar la salud y el cuerpo, no ser sometidos a tratamientos y experimentos médicos no consensuados y derechos tales como pertenecer a un sistema de protección de la salud.

De este modo el usuario del servicio de salud, tiene el derecho a recibir información clara, oportuna y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos.

Igualmente se establece que el profesional de la salud es autónomo para acoger decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo; dicha autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Es así como la Corte Constitucional, bajo su esquema de revisión permite que la Ley Estatutaria sobre Derecho Fundamental a la Salud, proteja de manera estratégica el consentimiento informado en relación con la armonización de la autonomía médica.

Así mismo, el marco jurídico del derecho a la salud en su normatividad internacional, hace referencia a algunas disposiciones en concreto, tales como

el hecho en donde nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, tal como lo establece en el artículo 7 del PIDCP⁴⁶.

Entre tanto, la Asamblea General de las Naciones Unidas acogió los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1982). Para que finalmente se llevare a cabo en 1988 en el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, donde se reitera “ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud”⁴⁷.

Otro instrumento en relación al derecho a la salud es la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada mediante Ley 1346 de julio 31 de 2009 y avalada constitucionalmente mediante sentencia C-293 de 2010, en la cual su artículo 25, literal d establece: “exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado...”⁴⁸

Ahora bien, la preocupación específica por el derecho a la salud en el ordenamiento colombiano es reciente, es así como el artículo 49 de la Carta, fue objeto de variación mediante acto legislativo 2 de 2009, disponiéndose que “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido,

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0015>> [Con acceso 21-11-2015]

⁴⁷ Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1982). Disponible en: <<http://www.cidh.org/privadas/principiosdeetica.htm>> [Con acceso 21-11-2015]

⁴⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>> [Con acceso 21-11-2015] p.21

salvo prescripción médica. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”.⁴⁹

También, para la Corte, resulta como elemento fundamental el acceso a la información en el derecho a la salud, por eso, el consentimiento informado ha sido motivo de deliberación en materia de procedimiento o interposiciones en relación a la comunicación y divulgación a los usuarios del sistema. Es de allí, que la Corte aprecia el derecho a conservar una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud, es una disposición general que cubre todos los ámbitos de la relación entre el paciente y el profesional médico. Este precepto funge como una cláusula general que haya locuciones específicas como las del consentimiento informado. Para la sala, este preceptivo general resulta capital, pues, implica no solo a los pacientes sino también a los familiares de los mismos en aquellos casos en los cuales por razones de capacidad, edad o condición médica, las decisiones sobre el afectado requieren del pronunciamiento de esos terceros. Por ende, la provisión debe mantenerse en el ordenamiento jurídico, pues concurre al goce del derecho y no pugna con ninguna disposición de la Carta.

En términos generales, ha dicho la Corte:

“(...) En cuanto al ‘consentimiento informado’ la Corte Constitucional ha establecido una extensa línea jurisprudencial sobre la definición y las características del ‘consentimiento informado’, cuando se refiere a tratamientos que tienen que ver con la salud del paciente. El grado de especialización del concepto de “consentimiento informado” que tutela los principios de la dignidad humana, de autonomía, de libre desarrollo de la personalidad, de la libertad individual -mandato pro libértate-, de pluralismo, de salud, y de la integridad de la persona humana, ha dado lugar a que la Corte Constitucional establezca a través de la solución de casos concretos subreglas a este derecho. Por ejemplo, se ha dicho que el consentimiento informado del menor de edad o de las personas incapaces generalmente se obtiene mediante el consentimiento informado de los padres y excepcionalmente mediante fallo judicial; también se ha establecido que cuando se trata de intervenciones o tratamientos de carácter invasivos, riesgosos o de incertidumbre se debe dar un ‘consentimiento informado cualificado’, en donde la información libre e informada sobre el tratamiento o la intervención debe ser detallada,

⁴⁹ Acto legislativo 02 de 2009. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38289> [Con acceso 21-11-2015] artículo 1

formalmente suministrada, sopesada y mantenida durante cierto tiempo (...)” (Negrillas fuera de texto).⁵⁰

En aras de los derechos de los pacientes, la Corte, en sede de tutela, ha señalado lo que vislumbra el amparo del consentimiento informado y su conjunción con la autonomía médica, del siguiente modo:

- (i) *Asegurar una comunicación fluida entre la persona profesional de la medicina y el paciente encaminada a respetar su dignidad humana y a fortalecer su derecho a adoptar decisiones autónomas.*
- (ii) *Garantizar que en la relación médico paciente no predomine un esquema vertical en donde el paciente es visto de manera pasiva como quien debe literalmente padecer o sufrir.*
- (iii) *Velar porque la relación médico paciente esté mediada por elementos que refuercen el derecho de los pacientes a decidir con libertad, así como por el diálogo discursivo, el apoyo, la solidaridad y el interés por el contexto social, familiar y emocional de los pacientes.*
- (iv) *Reforzar la decisión autónoma de los pacientes en aquellos casos en los que se discute la conveniencia o no de los tratamientos médicos prescritos.*⁵¹

Acerca de la eficacia que implícitamente está contemplada en este último aspecto, el Juez de tutela ha determinado:

*La protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del/ de la paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece y abarca, en tal sentido, la necesidad de asegurar un consentimiento informado del/de la paciente así como su derecho a que - una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se ligan -, pueda optar de modo libre y autónomo porque se le practique o no el tratamiento prescrito. (...)*⁵²

Por su parte el literal *n)* de la ley estatutaria de salud instituye que se debe respetar la voluntad de aprobación o negación de la donación de órganos de

⁵⁰CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-574 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

⁵¹CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-653 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-653-08.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

⁵²CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-216 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-216-08.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

conformidad con la ley. En analogía con este derecho, resulta importante perpetuar lo considerado y resuelto por la Corte en la Sentencia C-933 de 2007, cuando, frente a los derechos de los familiares a oponerse a los procedimientos de ablación postmortem, señalaba:

*“(...) Para esta Corte, el tema del consentimiento informado constituye por tanto el núcleo gordiano del problema jurídico que plantea el trasplante de órganos, por cuanto la donación de órganos, tanto en vida como después de la muerte, debería ocurrir bajo el presupuesto de la adopción de una decisión libre, autónoma y bien informada, bien sea de la persona en vida o de sus familiares luego de su muerte. Por ello, esta Sala encuentra que el tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del **derecho a la información**, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que **la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido.(...)**”.* (Negrillas fuera de texto).⁵³

Desde el punto de vista bioético, sostuvo la Corte:

*“**En relación con el ejercicio médico, se considera que este se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente.** La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rechaza la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.”* (Negrillas fuera del texto).⁵⁴

⁵³CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-933 de 2007. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-933-07.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

⁵⁴CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-401 de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-401-94.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

5.8.2. Análisis sentencias Corte Suprema de Justicia Colombiana

ANÁLISIS DE LA MATRIZ

La sentencia SC 15787, enuncia claramente un caso de responsabilidad civil contractual por el ejercicio de la actividad médica, en el cual el daño causado generó un detrimento en el estado físico y salubre de una persona, por lo cual se busca que se declare responsable y responda por los daños y perjuicios ocasionados.

De allí que la Corte, concluyera que, para lograr cuantificar el lucro cesante derivado de las actuaciones médicas, era indispensable poder proyectar el detrimento patrimonial que tendrá la víctima a partir del momento en que se sometió a dicho procedimiento médico.

Adicional a esto, la Corte estimo que el médico no tomó las previsiones que se acostumbran para llevar a cabo el procedimiento quirúrgico, por lo cual su conducta estuvo abundada de negligencia y suma desidia frente a la suerte que pudiese tener su paciente. Debido a ese proceder culposo por parte del médico, indujo al “riesgo de infección” aunque no a la complicación tardía del paciente.

Es por esta situación, que la Corte determina que el médico no debe responder por la complicación tardía, sino por el actuar profesional como médico. Igualmente, al realizar la revisión exhaustiva del caso se encuentra que el paciente no conocía de los riesgos que conllevaba la cirugía que se le practicó y, por ende, no aparece acreditado su consentimiento informado para que se realizara la misma.

Es así como la Corte señala:

El consentimiento informado, que es “un requisito previo para que el profesional pueda realizar las intervenciones médicas o quirúrgicas previstas como necesarias para la recuperación o mejoramiento de las condiciones de salud del paciente”, no aparece demostrado en el

proceso, como quiera que *“en la historia clínica nada se consignó respecto de ese hecho”* y el *“formato preimpreso de la autorización de cirugía (...) no da cuenta de que realmente (...) estuviera adecuada y oportunamente informado sobre las eventuales consecuencias”* del mencionado procedimiento.⁵⁵

Debido a esto se logra estimar que en el proceso no se demostró el consentimiento informado, ni que el paciente hubiese conocido los riesgos de la cirugía que se le practicó; a pesar que este procedimiento era técnicamente indispensable, debido a la gravedad de su enfermedad, pero como tal probada la negligencia que incidió en la complicación post-quirúrgica al admitirse que dicha conducta culposa restó posibilidades a la curación de la enfermedad que padecía, y que por lo tanto el médico no debe responder por el daño final, sino por su omisión negligente, que impidió las oportunidades de sanar a quien estaba bajo su cuidado.

En la sentencia SC 15746, se esgrime nuevamente un caso similar donde se busca declarar la responsabilidad civil extracontractual de una institución clínica producto de la negligencia, imprudencia e impericia por error diagnóstico y mal manejo efectuado por los médicos adscritos a la institución.

Puesto, que si bien la acción se encaminó por la vía extracontractual, el fallador de primer grado *«optó por interpretar la demanda para deducir que era una responsabilidad de estirpe contractual»*, con apoyo en el *«consentimiento informado para intervención quirúrgica, procedimiento médico o de enfermería»*, lo que se avala, *«pues lo que viene a definir que ello sea de esa manera es, justamente, el asentimiento del paciente en la prestación del servicio médico»*, siendo que un pacto de esta índole es *«eminente consensual»*, como lo ha entendido la doctrina.

De esta manera, la Corte infiere:

“El consentimiento informado «adolece de las características primordiales de esa aquiescencia de la voluntad, no se tiene informado ningún

⁵⁵CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sentencia SC-15787 de 2014. Magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. Disponible en: <http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml> [Con acceso 05-12-2015]

procedimiento quirúrgico, ni la descripción de la técnica a llevar a cabo, ni la información de posibles riesgos y complicaciones», careciendo, además, del «nombre del médico o profesional que suscribe el documento y que dio la inflación», dándose por «probada la existencia de un consentimiento informado cuando en realidad éste no existe»⁵⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, la corte decidió que para el caso se aplicaba un régimen de culpa probada que no se logró demostrar con los elementos existentes, puesto que estos carecían de fundamento. Y a pesar que se buscaba demostrar una culpabilidad por parte de los médicos y la institución (clínica), estos no prosperaron ya que no se logró demostrar la culpabilidad del centro hospitalario en el proceder del personal a su servicio ni si el mismo fue la causa efectiva del daño.

Ahora, bien, la sentencia SC 12449, esgrime una situación en la cual se busca determinar una responsabilidad extracontractual, como consecuencia de la falta de análisis de la historia clínica e intervención quirúrgica practicada y que por lo tanto a los demandados le sería condenados al pago de indemnización por daños morales, por perjuicios materiales y por afectación fisiológica.

De allí, entonces se debe tener en cuenta que el médico en efecto no expondrá al paciente a riesgos injustificados, suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos que pueden afectarlo física y síquicamente. Y de ello se deja constancia en la historia clínica (consentimiento informado).

En este punto la corte realiza la siguiente acotación:

El consentimiento informado, en cuanto considera la censura que «el mismo se otorga con fundamento en la información que le es suministrada al paciente por el médico PERO QUE PARA EL CASO NO APLICA POR CUANTO DE MANERA ALGUNA LA PACIENTE FUE INFORMADA DE QUE PADECIA UNA ENFERMEDAD Y LAS CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN PRESENTARSE CON ESTA

⁵⁶CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sentencia SC-15746 de 2014. Magistrado ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez. Disponible en: <<http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>> [Con acceso 12-12-2015]

PATOLOGÍA DE BASE AL REALIZARSE LA INTERVENCIÓN A LA CUAL DEBIA SOMETERSE».⁵⁷

Debido a esto, la corte determino que la eficacia probatoria de ese 'consentimiento informado', deviene entonces de su carácter de auténtico respecto del contenido del mismo, de haber sido incorporado oportunamente al proceso y finalmente, lo más importante para el caso, por no existir prueba válida que contradiga la mentada sinceridad y veracidad de su contenido, ni tacha de falsedad que demerite lo expuesto.

Finalmente, la corte, señala:

El consentimiento informado, 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., y debe ser oportuno (CSJ SC 17 de noviembre de 2011, rad. 1999-00533-01).

De esta manera la corte, exonera de responsabilidad al personal médico puesto que hay claramente una autorización de una intervención quirúrgica, para lo cual existe un consentimiento informado autentico que cumple con su eficacia probatoria.

En la sentencia STC 4865, se alegó como fundamento de la acción, la negligencia al practicarle una "(...) colonoscopia (...) por cuanto se le ocasionó una perforación intestinal (...)", y pidió la indemnización por ese perjuicio.

De allí que la Corte estimará la existencia de incongruencias por haber condenado bajo el supuesto de haber transgredido el consentimiento informado, cuando este no fue ventilado ni cuestionado. Tras reiterar los mismos supuestos errores, transcribir jurisprudencia de esta Sala y de la Corte Constitucional, la cual le otorga la razón para reclamar por esta vía, exponer su propia visión sobre la forma como debió solucionarse el caso, explicar *in extenso* "(...) en qué

⁵⁷CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sentencia SC-1249 de 2014. Magistrado ponente: Margarita Cabello Blanco. Disponible en: <<http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>> [Con acceso 12-12-2015]

consiste el consentimiento informado (...) y relatar las normas que lo regulan (...)”, solicita anular el fallo dictado por el colegiado y en su lugar, proferir otro absolviéndola de todo cargo.

La corte finalmente decidió no fallar a favor del personal médico, porque, aun así, estando la existencia del consentimiento informado, este no cumplió con los parámetros establecidos por la Ley, puesto que la paciente no conocía cuáles eran sus posibles complicaciones, extrañas y escasas pero viables en el procedimiento médico al cual se sometió.

Es así, como se determina que es deber del juez a quo estudiar en su integridad las causas generadoras de la responsabilidad, entre ellas el consentimiento informado, razón por la cual no existe una incongruencia en la sentencia impugnada, como lo quiere hacer creer el personal médico involucrado.

5.8.3. Análisis sentencias Consejo de Estado

ANÁLISIS DE LA MATRIZ

En las sentencias, la Sala de lo Contencioso Administrativo, deja claramente definido el consentimiento informado, como una exigencia constitucional, derivada de la protección suprema de la dignidad humana sobre la que se funda el reconocimiento del hombre como persona y del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad. Señalando que según la doctrina:

*“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”.*⁵⁸

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sentencia 26660 de 2014. Magistrado ponente: Danilo Rojas Betancourth. Disponible en: <<http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>> [Con acceso 19-12-2015]

Igualmente se reitera que en la actuación médica los pacientes no deben ser sometidos a riesgos injustificados, lo cual se encuentra regulado por las normas en materia de ética médica.

La Ley 23 del 18 de febrero de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, consagró: ART. 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y la explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. ART. 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981.⁵⁹

Es decir, que todas aquellas intervenciones que sean ejecutadas sin consentimiento informado componen como tal una falla del servicio que genera un daño consistente en la quebrantamiento del derecho a decidir del paciente; la omisión del deber jurídico que tiene el médico de obtener anticipadamente el consentimiento informado, constituye, por sí misma, falla del servicio, porque afecta directamente el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en su expresión de la autonomía de la voluntad privada. Igualmente, la omisión de este consentimiento también puede perturbar jurídica e indirectamente los derechos a la salud y a la integridad física y moral, por cuanto priva al paciente de la oportunidad de explorar alternativas médicas, con posibilidades y resultados más satisfactorios, frente a su condición clínica.

También resulta importante saber, si se presentan situaciones en las cuales se produce una falta total o parcial de consentimiento, pues es vital determinar si el paciente expreso la voluntad de someterse a un procedimiento, pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención o actuación médica. En relación a esto, la Sala considera que como tal el derecho del paciente radica en poder decidir sobre su cuerpo y su salud, siempre y cuando

⁵⁹CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 23 de 1981 (febrero 18) Diario oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981. Disponible en: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf> [Con acceso 19-12-2015]

se conciba un consentimiento informado como un acto responsable y respetuoso, y no solo como un documento genérico de exigencia legal.

Desde este ángulo, la actividad médica se puede ver involucrada y enmarcada en situaciones que generan responsabilidad exclusiva por parte del personal médico, debido a que la ausencia o no toma responsable y respetuosa del consentimiento informado generan automáticamente la falla médica como está estipulado por la *lex artis* médica.

Por esta razón, cuando el médico dispone de manera autónoma aplicar un tratamiento no consentido por el paciente, en la forma prevista por la ley, acepta igualmente los riesgos del tratamiento y compromete su responsabilidad, así como la de la entidad prestadora del servicio. Esto último implica que los riesgos propios o inherentes al tratamiento, que comúnmente asume el paciente por el otorgamiento del consentimiento informado, dejan de ser suyos y los asume el médico desde el momento en que procede sin tal requisito. Posterior a esto es probado que se materializan los riesgos, causando daño, por lo cual se debe indemnizar al paciente.

De este modo, es necesario aclarar hasta donde llega la responsabilidad por parte de las instituciones médicas frente a las consecuencias de un procedimiento no consensuado. Cabe resaltar, que no siempre las complicaciones pueden ser atribuibles a la institución o al médico tratante, puesto que en muchas ocasiones las complicaciones o consecuencias que sufren los pacientes, no son otra cosa diferente, sino el desarrollo normal de la enfermedad que padecían antes de ser tratados.

6. CONCLUSIONES

Respecto a la pregunta de investigación **¿Cuál es la tendencia de las Altas Cortes en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante los años 2010 a 2014?**, se concluye que en Colombia, a pesar de ser un Estado Social de Derecho, en donde se busca salvaguardar la integridad de la persona y sus derechos fundamentales, las personas que invocaban acciones donde buscaban vincular la responsabilidad médica como factor determinante, en la búsqueda de perjuicios o pago de indemnizaciones, por la realización de un acto médico donde se expresan claramente los riesgos y beneficios ante los cuales se expone el usuario, se logra percibir claramente la existencia de la historia clínica completa y como factor esencial la presencia del consentimiento informado como garante de la prestación y realización de procedimientos médicos, actuando este como respaldo y medio probatorio para desvirtuar cualquier posible responsabilidad por parte del equipo médico.

De este mismo modo, se alcanza apreciar algunas excepciones donde se consigue vincular la responsabilidad médica en presencia del consentimiento informado, cuando por error o falla previsible, se ve afectado el estado de salud de un paciente, logrando así el análisis concreto de la situación fáctica de estudio para determinar la responsabilidad parcial por parte del personal médico.

Igualmente se demuestra, también la posición garante y proteccionista de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) al determinar en aquellos casos donde se vislumbra la ausencia del consentimiento informado, por lo cual se concreta en términos legales la presencia de la responsabilidad médica, ante la ejecución de actos o procedimientos médicos, sin la previa autorización del paciente, o por la mala praxis en el desarrollo de la práctica médica.

En lo referente a la hipótesis **“... en la que se entiende que el consentimiento informado es un proceso gradual y verbal en el seno de la relación médico-**

paciente, en virtud del cual, el paciente acepta o no someterse a un procedimiento después de que el médico le haya informado sobre la naturaleza, riesgos y beneficios que conlleva, así como las posibles alternativas”..., se trae a colofón la necesidad de que exista un consentimiento informado idóneo, adecuado y adaptado ante cada situación en particular, puesto que la relación entre el médico y el paciente se basa en la aceptación o negación de actividades médicas, toda vez que el paciente debe recibir la información necesaria para facilitar así la toma de decisiones pertinentes a su ser, las cuales siempre están encaminadas al respeto de la persona y sus derechos, prevaleciendo la dignidad humana. En donde el médico tratante y el desarrollo de la *lex artis*, y las buenas prácticas sanitarias facilitan el surgimiento y nacimiento de la relación contractual que permite enmarcar o desvirtuar la existencia de la responsabilidad médica en el quehacer de las actividades médicas.

Sobre el objetivo general **“Analizar los fallos de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en relación al Consentimiento Informado en virtud a la Responsabilidad en el hacer Médico en Colombia durante 2010-2014”**. Se obtiene como resultado, la posición garantista y proteccionista para los individuos, sin tener discriminación de índole de superioridad o inferioridad, donde el médico como actor de las actividades médicas actúa como persona responsable de la aplicación y desarrollo de la *lex artis*; así como el paciente actúa como persona capaz de determinar su consentimiento y asentimiento de aceptación o negación para acceder a la realización de procedimientos médicos. Se logra apreciar entonces que, en algunas situaciones, surgen problemas que no son previsibles, sino que de lo contrario son casos fortuitos o hechos de fuerza mayor, en donde a pesar de existir el consentimiento informado y la buena práctica médica, resulta imposible evitar que surjan este tipo de eventos, eximiendo de este modo la responsabilidad del médico por el desarrollo de las buenas prácticas médicas.

Respecto al primer objetivo específico **“Precisar el ordenamiento formal y jurídico que contrae la aplicación del consentimiento informado en relación con la responsabilidad en el hacer médico en Colombia durante 2010-**

2014”. Se trae a término que, el ordenamiento formal y jurídico, se encuentra salvaguardado por la norma de normas, quien trae consigo el garantismo de derechos fundamentales, y entre ellos trae a colación la protección al derecho a la salud, como un derecho irrenunciable establecido por la Constitución Política, al igual que por la Ley Estatutaria de Salud del 2015.

De este modo, también se encuentra que entidades de carácter internacional, dictan y establecen normas para que sean adoptadas y aplicadas por los Estados partes, donde se busca proteger y salvaguardar al individuo como eje central de la sociedad, de allí que en pro de conservar y dar ese trato fundamental, sea necesario la existencia del consentimiento informado como desarrollo del principio constitucional de autonomía, donde el paciente está en derecho de decidir libremente si acepta o no las prácticas médicas, tras recibir toda la información necesaria por parte del equipo médico.

Adicional a esto, en Colombia la profesión médica se rige bajo el código de ética o Ley 23 de 1981 donde consagra expresamente la obligación de solicitar el consentimiento informado para llevar a cabo un procedimiento o tratamiento, para no exponer al paciente a riesgos injustificados.

Así mismo, los fallos de las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), siempre son garantes de las buenas prácticas y protección del individuo, buscando salvaguardar siempre el orden social y el respeto por la dignidad humana.

En lo referente al segundo objetivo específico **“Identificar los problemas éticos-jurídicos más comunes del consentimiento informado en relación con la responsabilidad en el hacer médico en Colombia durante 2010-2014”**. Se resuelve que se presentan algunos casos excepcionales donde el profesional médico no tiene que advertir el riesgo, pero debe solicitar el consentimiento de los familiares o representantes del paciente, y sólo en casos de urgencia o cuando se pueda ver comprometida la salud de terceras personas, podrá actuar sin el consentimiento.

Igualmente, se observa que algunos de los problemas éticos-jurídicos, que se presentan, son la existencia de consentimiento informado no idóneo, ya sea por la falta de contenido y/o información que brinda el propio personal médico o por el poco discernimiento que presenta la persona al momento de recibir la información pertinente con las prácticas médicas.

En virtud al tercer objetivo específico **“Describir las características predominantes en el desarrollo y aplicación del consentimiento informado en relación con la responsabilidad en el hacer médico en Colombia durante 2010-2014”**. En corolario se establece que el consentimiento informado es cambiante y debe evolucionar al mismo tiempo que la sociedad lo hace, no se puede quedar esquematizado ni relegado, pues los cambios sociales y culturales son evidentes, y cada vez la relación médico-paciente trae consigo más responsabilidades y deberes desde ambas partes.

Para finalizar el cuarto objetivo específico **“Conceptualizar la tendencia de los fallos emitidos por las cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en virtud a la aplicabilidad del consentimiento informado en la práctica médica como eje vinculante de la relación médico-paciente”**. Se concluye que la tendencia de los fallos emitidos, se encaminan hacia la función proteccionista del particular, discerniendo de este modo, que primero se debe establecer si se cumple con los elementos tradicionales que configuran la responsabilidad (daño, culpa y nexo causal) y si por el actuar médico se genera un hecho ilícito o antijurídico, y si de ese hecho se genera un daño que afecte un interés particular; también se determina si por el contrario se presenta una disyuntiva entre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad médica, partiendo de la diferenciación si la obligación es de medio y/o de resultado; y teniendo estas premisas se debe determinar a través de la carga probatoria si existe un nexo causal que compruebe la ausencia o configure la responsabilidad por parte médica.

7. RECOMENDACIONES

Concluido el trabajo de grado, se considera importante investigar sobre otros aspectos relacionados con el consentimiento informado en las actuaciones médicas; ante lo cual se propone:

- El análisis de los componentes formales del consentimiento informado en cada una de las actuaciones médicas, para determinar su cohesión y aplicabilidad, con la finalidad de disminuir la concurrencia de la no correcta comunicación médico paciente.
- La extensión de líneas de investigación en procura de brindar un adecuado manejo por parte de los interesados en el campo de aplicación del consentimiento informado.
- El trabajo en pro de mejorar la aplicabilidad y conocimiento de las personas involucradas en el que hacer de las actuaciones médicas.
- El trabajo en equipo con otros campos académicos para vislumbrar el alcance y posibles fallas que se puedan presentar ante la incorrecta aplicación del consentimiento informado.

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

El investigador será el mismo ponente del proyecto de investigación, Cristian Alfonso Torres Jiménez, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira.

8.1. RECURSOS DISPONIBLES

8.1.1. Recursos Financieros

La investigación se hará con recursos propios, a continuación, la relación de los mismos.

8.1.2. Recursos Materiales

| ELEMENTO | CANTIDAD | VALOR EN PESOS |
|------------------------------------|-------------|--------------------|
| Portátil con internet | Uno (01) | \$4.000.000 |
| Computador escritorio con internet | Uno (01) | \$2.000.000 |
| Códigos anotados Leyer | Cuatro (04) | \$300.000 |
| Constitución Política Leyer | Uno (01) | \$70.000 |
| Papel (resma) | Uno (01) | \$12.000 |
| Lapiceros | Dos (2) | \$2.000 |
| TOTAL | | \$6.384.000 |

8.1.3. Recursos Institucionales

Esta investigación tendrá como fuente de información los siguientes organismos, por lo tanto, participaran de manera indirecta en el desarrollo de la misma:

- Corte Constitucional de Colombia
- Corte Suprema de Justicia de Colombia
- Consejo de Estado de Colombia

Entidades encargadas del análisis doctrinal y producción jurisprudencial materia y objeto de esta investigación.

8.2. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

| ACTIVIDAD | 2015 – I | 2015 – II | 2016 - I | 2016 - II | 2017 - II |
|---------------------------------------|-----------------|------------------|-----------------|------------------|------------------|
| Sistematización del marco teórico | | | | | |
| Construcción del marco teórico | | | | | |
| Revisión y adecuaciones metodológicas | | | | | |
| Selección de la muestra | | | | | |
| Diseño de instrumentos | | | | | |
| Prueba piloto | | | | | |
| Corrección de instrumentos | | | | | |
| Aplicación de instrumentos | | | | | |
| Análisis de datos | | | | | |
| Resultados de investigación | | | | | |
| Conclusiones | | | | | |
| Entrega informe final | | | | | |
| Sustentación | | | | | |

9. BIBLIOGRAFÍA

Acto legislativo 02 de 2009. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38289>> [Con acceso 21-11-2015] artículo 1

AMM. Asociación Médica Mundial. Ética Médica. Disponible en: <<http://www.wma.net/es/20activities/10ethics/index.html>> [Con acceso: 28-01-2016]

ANNAS, George, GRODIN, Michael (eds.), The Nazi Doctors... cit., nota 1; OVERY, Richard, Interrogatorios: El Tercer Reich en el Banquillo, Barcelona, Tusquets, 2003; GOLDENSOHN, León, Las Entrevistas de Nuremberg, México, Aguilar, 2005.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>> [Con acceso el 16-02-2015]

BELLO, Sergio (2011). La responsabilidad médica. Editorial Temis – Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá – Facultad de Ciencias Jurídicas. Consultado enero 23 de 2015.

CERCEDO CORTINA, Vicente Blas. Historia Clínica, Metodología didáctica. México 2002. P.3

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 23 de 1981 (febrero 18) Diario oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981. Disponible en: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf> [Con acceso 16-02-2015]

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 209 de 2013. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>> [Con acceso 04-01-2016] Artículo 17

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 1751 de 16 Febrero de 2015. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>> [Con acceso 14-04-2015]

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sentencia 26660 de 2014. Magistrado ponente: Danilo Rojas Betancourth. Disponible en: <<http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>> [Con acceso 19-12-2015]

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>> [Con acceso 21-11-2015] p.21

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-401 de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-401-94.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-559 de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-559-95.htm>> [Con acceso 16-02-2015]

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-337 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>> [Con acceso 16-02-2015]

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-933 de 2007. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-933-07.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-216 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-216-08.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-653 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-653-08.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-574 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>> [Con acceso 25-11-2015]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sentencia SC-1249 de 2014. Magistrado ponente: Margarita Cabello Blanco. Disponible en: <<http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>> [Con acceso 12-12-2015]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sentencia SC-15746 de 2014. Magistrado ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez. Disponible en: <<http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>> [Con acceso 12-12-2015]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sentencia SC-15787 de 2014. Magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. Disponible en: <<http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>> [Con acceso 05-12-2015]

DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN (n. Burgos, España, 1 de septiembre de 1931), jurista, profesor universitario, escritor y ex magistrado del Tribunal Constitucional español.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Derecho Sanitario y responsabilidad médica. Valladolid 2007. P. 178

GALÁN CORTES, Julio Cesar. “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”. (1999, abril) Revista médica Uruguay. Disponible en: <<http://www.rmu.org.uy/revista/1999v1/art2>> [Con acceso el 16-02-2015]

LOMBANA VILLALBA, Jaime. Derecho Penal y Responsabilidad Médica. Universidad del Rosario. Bogotá 2007. P. 94 - 102

LORDA, Simón. Problemas prácticos del consentimiento informado. Editorial Fundación Víctor Grifols i Lucas. España. Página 201. Disponible en: <<http://site.ebrary.com/lib/unilibrecalisp/docDetail.action?docID=10862047&p00=consentimiento%20informado>> [Con acceso el 28-09-2014]

MINISTERIO DE SALUD. Resolución No. 8430 de 1993 (4 de octubre de 1993). Disponible en: <https://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Documentos/Investigacion/comite_de_etica/Res_8430_1993_-_Salud.pdf> [Con acceso 16-02-2015]

Organización Mundial de la Salud – Derecho a la Salud. Disponible en: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>> [Con acceso el 16-02-2015]

OMS. Definición de Salud “el completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad”. Disponible en: <http://www.who.int/features/factiles/mental_health/es/> [Con acceso: 28-01-2016]

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0015>> [Con acceso 21-11-2015]

PONCE MALAVER, Moisés. Responsabilidad médica. (2014). Disponible en: <<http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>> [Con acceso 11-04-2015]

Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1982). Disponible en: <<http://www.cidh.org/privadas/principiosdeetica.htm>> [Con acceso 21-11-2015]

Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado. España: Dykinson, 2013. ProQuest ebrary. Disponible en: <<http://site.ebrary.com/lib/unilibrecalisp/reader.action?docID=10820740>> [Con acceso 21-02-2015]

Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. (2010). Disponible en: <https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf> [Con acceso 11-04-2015]

RINCÓN, Hernán G. SALAZAR, Juan Carlos. CONGOTE, Adolfo. El consentimiento informado de la Fundación Clínica Valle del Lili. Red Colombia Médica. Vol. 30 No. 02 de 1999. Colombia. Pág. 1 – 5.

RINCÓN PERFERETTI, Germán Humberto. Consentimiento Informado sobre el Sistema de Salud y Seguridad Social. Disponible en: <<http://encolombia.com/medicina/revistas-medicas/heraldo-medico/vol-231/heraldo231-cosentimiento/>> [Con acceso 04-01-2016]

RUIZ DE LA CUESTA, Antonio. Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas. Universidad de Sevilla 2005. P. 131

TEALDI, Juan Carlos. Bioética de los derechos humanos: investigaciones biomédicas y dignidad humana. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México 2008. Pág. 52

Tercera generación de DDHH. (2008). Bioderechos. Disponible en: <<http://bioderecho.juristconcep.com>> [Con acceso el 28-09-2014]

TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. “¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y Jhon Harris”. Universitat Ramon Llull – Instituto Borja de Bioética. España 2005. Pág. 61 - 84

UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Disponible en: <http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Con acceso 06-02-2016]

VARGAS VILLANUEVA, Fabiola. La responsabilidad civil objetiva del médico y daño moral. Revista CONAMED, Vol. 9, N°. 2 (Abril-Junio), 2004, págs. 14-21

VÁSQUEZ, Rodolfo. Las fronteras morales del derecho. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México 2009. Pág. 113

YEPES, Sergio (2011). La responsabilidad civil médica. Editorial Biblioteca Jurídica. Consultado enero 23 de 2015.

ZAMUDIO, Teodora. Historia de los Bio-Derechos y del Pensamiento Bioético. – El juramento Hipocrático. Disponible en: <<http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/hipocrates.htm>> [Con acceso: 28-01-2016]