
El consentimiento informado del paciente frente a la responsabilidad contractual del médico en
Colombia

Nestor Mangones Bolaños

Jorge Ganem Murcia

Seider Javier Martínez Teherán

Edgar Olascoaga

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas

Especialización Derecho Procesal Civil

Sincelejo

2017

El consentimiento informado del paciente frente a la responsabilidad contractual del médico en
Colombia

Nestor Mangones Bolaños

Jorge Ganem Murcia

Seider Javier Martínez Teherán

Edgar Olascoaga

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho
Procesal Civil

Asesor

Patricia Elena Guzmán

Magister en Derecho Procesal

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho procesal Civil

Sincelejo

2017

Nota de Aceptación

Director

Evaluador 1

Evaluador 2

Sincelejo, Sucre, 20 de octubre de 2017

El consentimiento informado del paciente frente a la responsabilidad contractual del médico en Colombia.

Nestor Mangones Bolaños *
Jorge Ganem Murcia*
Seider Javier Martínez Teherán*
Edgar Olascoaga*

Resumen

El principio de autonomía de la Persona, ha evidenciado un cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, dejando al margen aquella relación que tenía un sentido paternalista y poco flexible basado en el principio de beneficencia, alcanzando un nuevo escenario, acordes con los tiempos, en que los derechos del paciente y éste se configuran como los protagonistas, por lo anterior, surge la necesidad de definir la existencia o no de la responsabilidad contractual del profesional de la medicina cuando se firma un consentimiento médico informado.

La Corte Constitucional colombiana ha emitido jurisprudencia al respecto donde expresa claramente que existe responsabilidad del galeno o cuando se omite el consentimiento informado y más aún cuando ha existido impericia, negligencia e imprudencia en su actuación, salvo en situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o culpa del paciente.

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

The informed consent of the patient in respect of the contractual responsibility of the physician in Colombia

Abstract

The principle of autonomy of the Person has evidenced a change of legal culture in the doctor-patient relationship, leaving aside that relationship that had a paternalistic and not flexible sense based on the principle of beneficence, reaching a new scenario, in accordance with the Therefore, it is necessary to define the existence or not of the contractual responsibility of the medical professional when an informed medical consent is signed.

The Constitutional Court colombiana has issued jurisprudence in this regard where it clearly states that there is the responsibility of the physician or when the informed consent is omitted and moreover when there has been malpractice, negligence and recklessness in its action, except in situations of force majeure, unforeseen event or fault of the patient.

Key words: informed medical consent, medical liability, and medical contracts, patient.

Introducción

Es necesario expresar que errar es de humanos y perfectamente lógico en cualquier actividad, la Medicina no está exenta de ello, no es infalible. Pero el derecho a equivocarse es, también, una responsabilidad que el individuo debe asumir. Sin embargo hay una gran diferencia entre el error y la mala práctica médica, y que ésta se escude en que la Medicina no es una ciencia exacta, ya que se presume que quien la practica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría, máxime cuando lo que debe proteger es la vida de un ser humano.

Es por ello que el profesional de la Medicina está íntimamente ligado al profesional del Derecho, considerando que se pueden estar vulnerando estos derechos por malos procedimientos quirúrgicos o tratamientos médicos por parte de los profesionales de la Medicina.

Hablar de responsabilidad del galeno, bien sea civil, penal, administrativa o disciplinaria, entre otras, es referirse inevitablemente a un fenómeno moderno, casi de nuestros días, sólo la sociedad consumista y reivindicativa, celosamente defensora de los derechos individuales y, sobre todo los fundamentales, pudo sentar al banquillo, para pedir reparación jurídica y material, a los médicos que ocasionan un daño para el paciente en el desempeño de su profesión.

En los albores de la humanidad, la responsabilidad médica no existía, dado el carácter sagrado que tenía el médico. Lo cual lo colocaba más allá de toda pena o cualquier indemnización pecuniaria, Sin embargo, esta era una preocupación social y legal que se corroboraba con las acciones que realizó HAMMURABI, Rey de Babilonia, al penalizar a los médicos imperitos y negligentes y a la Lex Aquila romana, que reguló el resarcimiento del daño causado a otro, por citar sólo dos casos.

En Colombia, La sala de Casación Civil en Sentencia de 5 de marzo de 1.940 siendo ponente el magistrado Liborio Escallón, afirmó que:

La responsabilidad del médico es contractual no sólo en la convención ordinaria en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero; comprendiendo que el consentimiento informado, como el contrato médico tiene como características principales las mismas del contrato, partes, capacidad, consentimiento, objeto y causa.

De acuerdo a lo anterior, es oportuno afirmar que por regla general la naturaleza de la responsabilidad civil médica es contractual, pues la relación que se establece entre el paciente y el médico es un contrato, de ahí, el incremento de las demandas que ha puesto en entre dicho la reputación y el profesionalismo de los médicos, lo que hace que el alcance de la responsabilidad del galeno tenga su origen en el objeto contractual suscrito con el paciente dentro del consentimiento informado.

En tal sentido, el estudio de este tema se abordará en el consentimiento informado en las cirugías y tratamientos médicos en general, como causal de no exoneración en responsabilidad civil contractual.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico colombiano, se entiende por consentimiento informado como el perfeccionamiento del acto jurídico (Código Civil, art. 1500 y 1502) mediante la información adecuada y oportuna que el profesional de la medicina, en lenguaje sencillo le brinda al paciente sobre su enfermedad y posible tratamiento, así como las consecuencias, que puedan derivarse de su aplicación o no, para que el paciente, en uso de su autonomía tenga un papel activo en su tratamiento aceptando o rehusando el mismo.

Fruto de la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país es que se ha superado el encasillamiento que solía dársele a la actividad médica, ya que cuando desaparece el elemento aleatorio para la recuperación del paciente o cuando lo que se persigue no es la curación sino lograr un determinado bienestar o alivio en la integridad humana, se hace presente una típica responsabilidad de resultado, como sería el caso de las prótesis o cirugías estéticas, donde el médico efectivamente deberá obtener el fin a que se comprometió con su paciente. Por ello al cirujano estético se le exige una mayor exactitud a sus procedimientos, a fin de obtener el resultado esperado.

La obligación de medio, por su parte, se encuentra en aquellos cirugías que buscan controlar la concepción y la natalidad, donde el médico, dados los diferentes sistemas de control de la natalidad, donde el médico, informa a su paciente que los distintos métodos para ese control, no ofrecen seguridad absoluta a la mujer de no volver a quedar embarazada o al hombre de no volver a engendrar. Además, porque científicamente está comprobado que ninguno de los anticonceptivos es 100% seguro, ya que lo máximo que garantiza es un 95% de posibilidad de no quedar embarazada o engendrar, según el caso.

Señala el Artículo 5 del título 2 de la ley 23 de 1.981 que la relación médico paciente se cumple por decisión voluntaria y espontánea de las partes, que de conformidad con el Artículo 1500 del código Civil Colombiano da una claridad al consentimiento, al exigir que éste debe ser libre, exento de vicios como error, fuerza o dolo, que de lo contrario afectaría la eficacia del acto jurídico. También hay que resaltar que el Artículo 15 de la ley 23 de 1.981 expresa que: *El médico no expondrá a su paciente al riesgo injustificado. Pedirá su consentimiento para aplicar tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y puedan afectarlo física y psicológicamente, salvo los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente* (Artículo 15 de la Ley 23 de 1.981, pág. 3).

En ese sentido el Artículo 12 de la norma *ibídem* indica que: *el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla*. El principio normativo no sólo se agota en expresar verbalmente en forma adecuada y oportuna los riesgos previstos del tratamiento propuesto sino que se hace necesario que dicha expresión verbal sea vertida en la historia clínica.

El consejo de Estado, en reciente jurisprudencia No.12655 – Sección tercera, de 7 de Octubre de 1999, consideró a la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos toca analizar los procedimientos realizados de una manera y no aislada.

Para una mejor comprensión, es necesario señalar, los puntos más sobresalientes de esta Sentencia (No.12655 del Consejo de Estado – Sección tercera, de 7 de Octubre de 1999, ponentes María Elena Giraldo Gómez): *Lo que se trata es de concertar la atención en torno a la relación obligacional en su conjunto, con especial acento en el objeto de la prestación, con el propósito de evitar la propensión de reducir a un solo rubro la prestación del servicio médico y/o hospitalario. El ejercicio de la profesión médica, comporta únicamente la asunción por el deudor de obligaciones de medio o de mera actividad, queriéndose significar con ello que el médico o, más genéricamente el profesional de la salud sólo están obligados a observar una conducta diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación del paciente, sin que el resultado – mejoría del paciente – haga parte del alcance obligatorio prestacional.* (No.12655 del Consejo de Estado – Sección tercera, de 7 de Octubre de 1999, pág. 2).

Sin embargo, si se analiza integralmente la totalidad de la conducta médica, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación compleja, desde la premisa que involucran todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional. Esta relación está compuesta por una pluralidad del contenido prestacional médico, unos deberes principales y otros secundarios.

Los seres humanos a diario se someten a cirugías y a tratamientos médicos en aras de mejorar la condición de salud o las condiciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que surge la necesidad de estudiar los efectos jurídicos que origina un consentimiento informado, el cual muchas veces es usado como causal de exoneración de responsabilidad civil médica, es decir, ese consentimiento al que es obligado todo paciente a firmar antes de someterse a un tratamiento médico o quirúrgico sobre los posibles riesgos y consecuencia que genera cada procedimiento; debe hacerse de forma clara al paciente, para obtener que éste tenga la información de primera mano y esté consciente de todos los riesgos y posibles consecuencias que implica someterse a una intervención médica, para con ello lograr que el paciente en forma libre y espontánea exprese su voluntad de practicarse los procedimientos con los médicos que inspiren su confianza.

Ahora bien, el consentimiento informado no puede ser considerado como una causal de exoneración de responsabilidad civil médica en cirugías y tratamientos médicos; en aquellos casos donde ha sido otorgado, sin que sea suficiente la manifestación por parte del galeno en términos científicos de los tratamientos o procedimientos a que deberá someterse el paciente, lo que nos hace reflexionar en el siguiente interrogante: ¿existe o no responsabilidad contractual cuando se ha suscrito con el paciente un consentimiento médico informado para procedimientos quirúrgicos o tratamientos médicos, o si por el contrario, ese consentimiento puede ser considerado como eximente de responsabilidad para el médico?, en torno a esta reflexión se trae a colación lo expuesto en algunas Sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte suprema de Justicia, Sentencia del Consejo de Estado sección tercera, leyes y doctrina que tratan sobre el tema.

En primer lugar para analizar lo concerniente a la responsabilidad contractual del médico frente a su paciente, se debe establecer el origen de la responsabilidad que se deriva de esta situación, para luego decantarlo a través de las diferentes leyes y jurisprudencia expedida por la Corte suprema de Justicia y consejo de Estado que permita establecer si el consentimiento informado puede ser o no considerado como un eximente de responsabilidad médica.

La fuente principal de consulta y análisis para establecer el alcance jurídico del consentimiento médico informado está basado en Sentencias de la Corte suprema de Justicia durante los años 2004 al 2016, realizadas a través de una investigación documental que permitió establecer la responsabilidad contractual del médico cuando ha existido dicho consentimiento.

Al razonar las Sentencias en mención, se estudiaron algunas decisiones judiciales en patrones tácticos que versan sobre el mismo problema jurídico – Consentimiento informado como:

Benjamín Erazo Acuña (2007), en su libro Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud, ha hecho precisiones respecto al consentimiento informado al manifestar que: *En relación con el consentimiento informado que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se llevarán a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de informed consent en U.S.A y de consentement éclairé en Francia.*

También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. Aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito (Erazo, 2007, Pág.76).

Analizando el concepto emitido por el autor Erazo, el consentimiento informado es considerado como un acto jurídico que surge entre el médico y el paciente y/o sus familiares. Además es un derecho exigible y una clara manifestación de la autonomía y voluntad para tomar

decisiones de parte del enfermo o su familia en caso de no poder otorgarlo. El enfermo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, por lo que el médico deberá explicarle en un lenguaje comprensible en qué consiste, la evolución en caso de no ser tratada, cuáles son las alternativas de tratamiento, los efectos secundarios que éstos podrían ocasionarle; una vez que el paciente ha sido debidamente informado podrá otorgar su consentimiento o permiso para iniciar al tratamiento médico o procedimiento quirúrgico, para con ello generar una responsabilidad médica, que no es otra cosa, que la obligación que pesa sobre el médico y una persona jurídica (EPS, IPS, entre otros del área de la salud) de reparar los daños que ocasionó a otra de manera contractual o extracontractual, y por consiguiente el deber legal de restablecer el equilibrio jurídico patrimonial o extramatrimonial del que recibió el daño.

Esta responsabilidad médica, se hace posible gracias a la celebración de contratos médicos bajo la figura de un negocio mediante el cual, el médico se compromete a tratar al paciente a cambio de una retribución económica y el paciente a seguir las indicaciones del médico, lo que genera una relación contractual, puede ser gratuita por voluntad del médico, sin que desaparezca la obligación contractual que surge del consentimiento de las partes, tal como lo indica Antonio Pereira Andrade, en su libro sobre problemática del consentimiento derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario - Derecho a la salud y Constitución Española- (Pereira, 1992, pág. 101- 111).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil – Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, en Sentencia de 19 de diciembre de 2005, ref. Expediente No.05001 3103 000 1996 5497 – 01, decidió el recurso de casación interpuesto por la señora Lina María Ortega Jaramillo y otros contra la Sentencia del 19 de abril de 2001, proferida por la sala civil del Tribunal Superior de Medellín.

Como antecedente de ésta Sentencia, se acude a la casuística para señalar que mediante demanda asignada al Juzgado Séptimo Civil del circuito de Medellín, los actores solicitaron que se declarara que el Dr. Gabriel Flores Manrique es civilmente responsable de los daños que le fueron ocasionados a la señora Ortega Jaramillo y otros, como consecuencia directa y necesaria

del tratamiento para reducir la acumulación de grasa de su abdomen y el tamaño de sus senos, y que, como consecuencia de lo anterior, se declare que el demandado está obligado a pagar a los demandantes los perjuicios materiales (daño emergente consolidado vencido, daño emergente futuro y lucro cesante, indexados), los perjuicios por daño fisiológico y los de orden moral, ya que ella consultó a otros especialistas quienes se alarmaron ante el resultado de la referida intervención y le informaron que ella fue sometida a abdominoplastia y a una mamoplastia, mas no a una liposucción, como era lo acordado, generando cicatrices permanentes y consecuencias en su salud en atención a que no obtuvieron los resultados prometidos por el médico.

Como argumentos jurídicos en segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín, luego de destacar que la demanda principal presentaba una acumulación de pretensiones; las formuladas por Lina María Ortega Jaramillo, fundadas en el incumplimiento contractual atribuido a su contraparte, y las propuestas por los otros demandantes, título de responsabilidad civil extracontractual, citó el juzgado algunas reflexiones que en materia de responsabilidad civil médica ha realizado la Corte Suprema de Justicia a través de su sala de Casación Civil, según las cuales entre otros aciertos en algunos casos, la intervención quirúrgica con fines estéticos, el médico asume una obligación de resultado, de tal manera que si éste no se obtiene, tendrá que indemnizar a la víctima, exceptuando cuando logre demostrar caso fortuito, fuerza mayor o la culpa del paciente por no acatar las indicaciones postquirúrgicas.

En vista, que el médico se obligó a practicar las intervenciones a que se refirió en su suscrito de contestación de la demanda, tendientes todas ellas, y principalmente, a reducir la masa corporal de la paciente, y que, además, tal y como era de la incumbencia del médico, en armonía con los Artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, se estableció que los precitados procedimientos fueron efectivamente agotados, obteniéndose la consecuente disminución de los senos y el abdomen de Lina María, se impone establecer si éste asumió de manera expresa o ya por la naturaleza del negocio ajustado con aquella, otras disposiciones adicionales, y si estas fueron cabal, integra y oportunamente satisfechas. Conviene recordar, en este sentido que la paciente mostró su descontento con el resultado de las intervenciones quirúrgicas a la que fue sometida, por las siguientes circunstancias (Corte

Suprema de Justicia _Sala de Casación Civil – Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, en Sentencia de 19 de diciembre de 2005, ref. Expediente No.05001 3103 000 1996 5497 – 01, pág. 13). *a) El estado de cicatrización de las heridas causadas por el médico; b) por qué en condiciones particulares de aquella, hubiera sido más conveniente una liposucción y no la abdominoplastia y la mamoplastia a que fue sometida, y c) por cuanto una mama quedó más grande que la otra.*

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

Se puede deducir que el médico asume un rol de comerciante de tratamientos médicos y procedimientos quirúrgicos que buscan el embellecimiento del cuerpo humano, apartándose de los postulados de la ciencia de la salud y del mismo ejercicio de la profesión, ya que muchos de ellos se aprovechan de aquellas personas que por convicción propia o porque su albedrío ha sido engeguedido por los mandatos a veces caprichosos de la moda o por culpa de la publicidad engañosa, tiene ilusión expectativa o deseo de convertir su silueta a lo que, dentro de un ambiente demarcado de consumo hace recomendable, con frecuencia a costa de su propia vida, de su salud y/o estabilidad emocional, por lo que se concluye que el médico se arroja la obligación de resultado, ya que si éste no se obtiene, genera con ello el pago de una indemnización a la víctima, salvo que éste demuestre caso fortuito, fuerza mayor o la culpa del paciente.

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

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

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

Al examinar esta situación, la Sala hace las siguientes precisiones: el Artículo 15 de la Ley 23 de 1981 dispone que: *El médico no expondrá a su paciente a riesgos quirúrgicos que considere indispensables y puedan afectarlo física y psicológicamente, salvo los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.*

A su vez, el Artículo 10 del Decreto 3380, reglamentario de la Ley 23, ambos de 1981, prescribe que: *El médico cumple la advertencia de riesgo preventivo a que se refiere el inciso segundo del Artículo 16 de la ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, puedan llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico. Y dice el Artículo 12 del mismo estatuto que: el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho, de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.*

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

Igualmente destaca que: *Es posible exigirle al profesional que agote en su información a su paciente todas y cada una de las posibilidades o eventualidades que surjan de un específico procedimiento científico, mucho más cuando algunos, a pesar de los cuidados y precauciones que se tomen, siempre serán imprevisibles, siendo entonces suficiente y según autorizadas jurisprudencias y doctrinas que se haga la advertencia de los riesgos de mayor concurrencia, porque es imposible exigir explicación de la infinidad de riesgos que pueden sobrevenir.*

El Juez de primera instancia se pronuncia desestimando las pretensiones, bajo el siguiente análisis: *El cambio de anestesia que se tuvo que hacer de local a general fue impuesto por las circunstancias sobrevinientes y no por un capricho o abuso de los médicos demandados. Sí hubo consentimiento informado en este caso, pues a la paciente desde un principio se le enteró de los riesgos de la intervención que se le iba a practicar e incluso se le informó de las eventualidades de una emergencia durante ésta.*

Es por ello que el analfabetismo de la paciente no puede ser aducido como excusa para asegurar que desconocía el contenido exacto del texto del documento en que consta el suministro de tal información y que otra persona tuvo que suscribir a ruego, lo cual se confirma en la citada Sentencia que: apenas resulta natural que antes de solicitar la firma a ruego peticionara que el mismo le fuera leído, pero el hecho de que la testigo indicara que estampó la firma sin leer, cuando más constituye un acto de imprudencia de su parte, lo que tampoco descarta la posibilidad de que el mismo hubiera sido leído.

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

Sobre la falta de consentimiento para la aplicación de la anestesia general que le fue aplicada, y en la cual la parte demandante alude falta de consentimiento, debe precisarse que en el referido documento obrante a folio 5 del cuaderno principal se aprecia que la autorización referida comprende *en el numeral 3º, de la realización de otro procedimiento necesario, distinto al programado, para enfrentar actuaciones imprevistas, riesgos o complicaciones; en el numeral 4º, la intervención de otros profesionales de la salud que se requieran, fuera del médico tratante y, en el numeral 5º, la aplicación de anestesia, a pesar de que constituye un factor de riesgo (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Magistrada Ponente Dra. Ruth Marina Díaz Rueda en 12 de marzo de 2010, Ref. Expediente No. 0500131030092002 – 00111 – 01).*

Las autorizaciones que se le otorgan al médico tratante, son susceptible de discusión por la amplitud de su otorgamiento y porque no se confiere explícitamente en relación con cada uno de los procedimientos necesarios o probables y no programados para una específica intervención quirúrgica. Esto es lo ideal, pero muchas veces ocurren situaciones como las que sucedieron en el caso de la señora Teresa de Jesús, la cual se encontraba inconsciente y en la imposibilidad de expresar su voluntad.

Se considera válido ese consentimiento emitido por anticipado. Se ratifica que una cosa es que el paciente tenga plena conciencia, en cuyo caso sí debe obtener la manifestación de voluntad de éste para ese nuevo evento imprevisto, que se ha presentado: *Atendiendo lo expresado al replicarse la demanda en el sentido de la disminución de la occisa y la imposibilidad de acudir a un tratamiento diferente al quirúrgico para aminorar los efectos de la enfermedad y lo consignado al respectado en la historia clínica, permiten concluir: que sí había*

una justificación para el tratamiento a que fue sometida la paciente, la que no fue desvirtuada por la parte demandante, pues no allegó medios de convicción en tal sentido.

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

De tal forma que confirmó la Sentencia del *A quo* y sustentó la desestimación de las súplicas de las partes actoras referidas al reconocimiento y pago de los perjuicios que le causaron los contradictores ante el deceso de Teresa de Jesús Rendón, fallecida como consecuencia del procedimiento quirúrgico que le fue efectuado por éstos, en dos argumentos esenciales: *El primero, en que si existió consentimiento informado de la paciente, quien solicitó y tuvo una tercera persona, concretamente Lucila Quintero López, suscribiera por ella el respectivo documento que le fue puesto por el médico tratante antes de ingresar al quirófano. El segundo, consistente en que aun aceptando que no hubo dicho consentimiento informado para la aplicación de anestesia general, el que reitera que es indiscutible su existencia, ante la ocurrencia excepcional de una situación que ameritaba una sedación excepcional, el médico está legalmente autorizado para actuar como lo prescriben los cánones científicos sin que sea necesario conseguir o tener a la mano anticipadamente dicho consentimiento informado como le ocurrió al profesional Efrén Colorado Gómez, quien además tomó la determinación más adecuada como de ello dieron cuenta los testigos que desfilaron por el proceso sin que válidamente se le pudiera exigir otra conducta diferente.*

En virtud del análisis realizado a las anteriores jurisprudencias, es de vital importancia hacer relación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que versa sobre el consentimiento informado como eximente de responsabilidad médica contractual, así:

SITUACIÓN	CONCLUSIÓN	SENTENCIAS
-----------	------------	------------

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

Cuadro 1. Línea jurisprudencial.

De cara al estudio que se está realizando, la Corte Suprema de Justicia como lo deja ver en su línea jurisprudencial realizada por Luz Yolanda Albarracín aguilon y Otros, para optar al título Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, *¿En tratamientos médicos y quirúrgicos, el consentimiento informado, es causal de exoneración es responsabilidad civil medica?*, dan un amplio concepto de lo estudiado al aducir: *Se observa claramente, que la Corte en los fallos que se muestran sigue un lineamiento reiterado, ya trazado por otras Sentencias; siguiendo los lineamientos planteados por la Corte Suprema de Justicia y la regulación normativa (ley 23 de 1981, Decreto 3380 de 1981), se destaca que siempre frente a las intervenciones y prácticas médicas es una obligación por parte del médico darle a conocer al paciente o en su defecto a su familia todas las circunstancias relevantes que van a rodear la actuación, la naturaleza de la intervención, los riesgos que se puedan presentar, el proceso de recuperación y las posibles complicaciones, todo esto teniendo en cuenta los*

postulados y directrices dadas por Lex Artis. Toda esta información suministrada es indispensable para obtener el consentimiento del paciente.

En ese orden de ideas, se puede decir que la palabra consentimiento informado es una palabra compuesta, es decir, se compone de dos elementos: 1. Toda la información que se debe suministrar al paciente; 2. Esa información dada tiene como finalidad obtener el consentimiento; por lo tanto cuando concurren ambos elementos podemos decir que se configuró un acuerdo de voluntades. (Last Medical Review - Equipo de redactores y equipo de editores médicos de la sociedad Americana Contra el Cáncer, mayo 20 de 2016).

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

Siguiendo lo fallado por la Corte Suprema de Justicia (C.S de J. Exp. 05001-31-03-000-1996-05497-0) consentimiento informado para ser válido debe reunir unas características, a saber: es un acto dispositivo, espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, receptivo, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, verbi gratia, documental, confesión, testimonios, etc., debe ser oportuno, la información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos que pueden afectarlo física o psíquicamente.

Esta exigencia de información se deriva de la relación basada entre médico- paciente, que es una relación basada en confianza, en un trato acorde con los postulados referentes con la naturaleza y dignidad humana.

Ahora bien, el consentimiento informado es un contrato donde se plasma el objeto del mismo, por tal razón debe estar explícita cada uno de los compromisos y deberes contraídos en la misma naturaleza, riesgos, mejorías y esperanzas de las intervenciones quirúrgicas a practicar al paciente, como presupuesto indispensable para obtener el consentimiento del paciente, generando con ello la configuración del acuerdo de voluntades.

De cara al “consentimiento informado” se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al indicar que: *Es una obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión no sólo vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad, sino la relación jurídica. Esta obligación se cumple, con el aviso que en forma prudente haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico* (Artículo 10 decreto 3380 de 1981) y dejará constancia en la historia clínica de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla (C.S. de J. Exp. No 0500131030092002-00111-01).

Por su parte, el Exp. No.05001-31-03-000-1996-05497-01, hace referencia e indica, que cuando se trata de una cirugía se hace indispensable que el médico explique al paciente detalladamente la forma cómo serán realizadas las cirugías, los cortes o incisiones necesarios, la visibilidad de las huellas o cicatrices que dejarán las mismas, la imposibilidad de evitarlas, la afectación y sus posibles complicaciones, etc., confrontándolo con otras alternativas que la ciencia médica puede ofrecer para ese momento.

El consentimiento también se define como: *la declaración de voluntad sobre un objeto* (C.C., Artículo 1517), *Como modo de querer de los seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlos, aun contando con la debilidad en la praxis.* También es de los principales elementos del contrato de prestación de servicios médicos, por lo que dicho consentimiento debe darse a través de un acto de declaración de voluntad por parte del paciente.

Esta forma de consentimiento es de aprobación entre las partes, el que se obliga a hacer y él se obliga a recibir por una contraprestación de servicio ya descrita dentro del contrato, por lo que el incumplimiento total o parcial genera unas reparaciones para la parte que lo incumpla. Este tipo de contrato es consensual, pues se perfecciona con el acuerdo de voluntades del médico y paciente, sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia, validez o prueba. Visto desde este punto de vista cualquier tipo de documento que se suscriba tiene carácter “*ad probationem*”, hay que hacer claridad que en las intervenciones o tratamientos médicos en que corra riesgo la vida del paciente se hace necesario que el consentimiento sea expreso y consignado por escrito en lo que algunos llaman ‘*medicina defensiva*’. (Tribunal superior de Bogotá Exp.No.110013103020-2006-00625-01).

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

La decisión se fundamentó en que había un consentimiento informado para una anestesia local, no obstante la ocurrencia anormal de una situación que ameritaba una sedación excepcional el médico está legalmente autorizado para actuar como lo prescriben los cánones científicos sin que sea necesario conseguir o tener a la mano anticipadamente dicho consentimiento informado.

Conclusión

Una vez hecho el análisis de la jurisprudencia, doctrina y norma, basada en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, se concluye que la falta total o parcial de los requerimientos del consentimiento informado no eximen de responsabilidad médica contractual, pues se tiene que la omisión de la obligación de informar en forma clara, concisa y detallada un procedimiento médico y obtener así el consentimiento del paciente, hace responsable al médico, y por tal razón, a las Instituciones Prestadoras de los Servicios de la Salud (IPS) están obligadas legalmente a verificar con especial cuidado el cumplimiento de los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, y la libertad y los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a las personas en su vida personal y profesional, en su salud, en su integridad psicológica, en su integridad física, como consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado.

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

Se tiene, conforme al Artículo 1502 del C.C, la existencia de unas características relativas del contacto suscrito entre el médico y el paciente, tales como las que versan sobre la capacidad, la ausencia de vicios, objeto y causa lícita, al igual que la existencia de unas características específicas tales como el fuero personal; consciente, informado o ilustrado, que debe reflejar el deseo del paciente y no como una simple adhesión a una decisión médica ya tomada; la información debe ser dada en términos de fácil comprensión, teniendo en cuenta el nivel cultural del paciente y su efectiva capacidad de discernir entre los beneficios y los riesgos de aquello que

se le describe y propone; actual, manifiesto, en tanto que exige una coincidencia con la forma oral o escrita en que puede ser otorgado, libre, completo, gratuito, receptivo y solicitado.

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

Se puede concluir, que la obligación contractual que se genera entre el paciente y el médico es una obligación de resultado en las cirugías plásticas, el cual se perfecciona mediante el cumplimiento de los requisitos del consentimiento, en tal sentido, este documento cobra mérito ejecutivo en el caso del incumplimiento a éste bajo las formalidades del Código civil, originando con ello la responsabilidad médica contractual. No obstante como en todo contrato hay unas eximentes de responsabilidad médica contractual, las cuales son expresamente reguladas en la norma, por lo cual no prospera la responsabilidad civil médica en los eventos donde se pruebe caso fortuito, fuerza mayor o la culpa del paciente.

Referencias Bibliográficas

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Expediente No.005001-31-03-000-1996-05497-01, (MP Pedro Octavio Munar Cadena; 19 de diciembre de 2005).

Corte suprema de Justicia, Sala de casación civil, Expediente N°T-68001-22-13-000-2009-00185-01, (MP Edgardo Villamil Portilla; 3 de junio de 2009).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 1100102030003009-01202-00, (31 de julio).

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Referencia: Expediente N° 1001-22-03-000-2012-00274-01, (MP Jaime Alberto Arrubla Paucar; 15 de noviembre de 2009).

Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N°0500131030092002-00111-01, (MP Ruth Marina Díaz Rueda; 12 de marzo de 2010).

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

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

Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil, Referencia: Expediente No.11001-3103-018-1999-00533-01, (MP William Namem Vargas; 30 de agosto de 2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil, Referencia: Expediente N°110010203000-2004-00871-0, (MP Cesar Julio Valencia Copete; 03 de septiembre de 2004).

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

Erazo - Acuña, B. *Consentimiento Informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud*. Editorial Ecoe Ediciones.

Ley 23 de 1981. Por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica. Febrero 18 de 1981.

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

López - Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá. Segunda Edición.

López - Medina, D. E. (2008). *Consejo superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*. Interpretación constitucional 2ª Edición.

Silva - Montecinos, C. A. (2004). *El contrato de prestación médica desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual*. Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjs586c.pdf>. Abril 10 de 2017.

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