

ASPECTOS JURÍDICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

Carlos Eduardo Salinas Alvarado*
Ricardo Rago Murillo**

RESUMEN

El consentimiento informado no es solo un derecho que tiene un enfermo o alguien que se someta bien sea a una intervención quirúrgica o a un simple examen médico, sino que es también una obligación del profesional de la salud de informar y explicar siempre al paciente primero o en caso de incapacidad mental o por minoría de edad a sus familiares todos los riesgos, por mínimos que sean en un lenguaje claro y entendible para el paciente, también el profesional puede rehusarse a practicar un tratamiento que él considere un fracaso o que no va con sus preceptos morales, además de utilizar un consentimiento diferente según cada procedimiento, si esto no sucede, el médico o profesional de la salud asume todos los riesgos en forma unilateral comprometiendo también la del centro asistencial donde preste sus servicios. (Duazary 2008; 155-160)

Palabras Clave: Consentimiento Informado, Mala Praxis, Responsabilidad Legal, Derechos del paciente.

ABSTRACT

Informed consent is not only a right of a patient or someone who undergoes either to an operation or a simple medical examination, but is also an obligation of the health professional to inform and explain always to the patient first or in case he-she is mentally incapable, is a minor or underage so the doctor should inform and explain the risk to his/her family even if they are minimal, they have to be explained in a clear and understandable language to the patient or family members. In addition to using a different consent according to each procedure, if this does not happen, the doctor or the health professional assumes all risks compromising too unilaterally the center where care services are provided by him.

Key Words: Informed Consent, Malpractice, Legal Liability, Patient Rights.

INTRODUCCIÓN

El consentimiento Informado tiene dos perspectivas: por un lado es un derecho que tiene el enfermo, y por el otro es la obligación que tiene el profesional de la salud de informarle al primero en un lenguaje comprensible su condición, el procedimiento a seguir y alternativas de acuerdo con los avances científicos y en

qué consisten (lex artis) , así como las consecuencias en caso de no ser tratado, o los efectos secundarios en caso de sí serlo, es decir, un análisis costo- beneficio del tratamiento, luego de todo lo anterior, el paciente, sin coacción alguna, con fundamento en su autonomía y derecho al libre desarrollo de su personalidad, podrá otorgar su consentimiento informado para someterse al tratamiento sugerido, o por el contrario, rechazarlo.^{1,2,3}

155

*Abogado especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo. Docente Ocasional de Tiempo Completo Universidad del Magdalena. Correo electrónico: carlossalinas67@yahoo.com

**Magíster. Docente Ocasional de Tiempo Completo Universidad del Magdalena. Correo electrónico: ricardorago@gmail.com

Según el Colegio Americano de Médicos,⁴ el Consentimiento Informado, consiste en la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometidos a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente.

En el evento que el paciente se encuentre en un grado de inconsciencia o incapacidad mental, que no le permita dar su consentimiento para un determinado procedimiento, y la atención que requiere sea urgente para salvar su vida, deben otorgarlo en el orden de prelación que se encuentra establecido en el artículo 5 de la ley 73 de 1988⁵ (Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos), si se encuentran presentes las siguientes personas:

- El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos.
- Los hijos, incluyendo los adoptivos, mayores de edad.
- Los padres, incluyendo los adoptantes.
- Los hermanos mayores de edad.
- Los abuelos y nietos.
- Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado.
- Los parientes afines hasta el segundo grado.

Como se mencionó anteriormente, desde la perspectiva del paciente es un derecho, y no cualquier derecho, sino que éste tiene una categoría de fundamental, susceptible de ser protegido por medio de la acción constitucional de tutela, en el caso de los menores de edad, el consentimiento sustituto está a cargo de los padres con ejercicio de la patria potestad o de quien tenga la custodia, pero con las limitaciones que imponen los derechos fundamentales de los niños, consagrados en el artículo 44 de nuestra Constitución Política⁶, desarrollados en la doctrina constitucional emanada de la Honorable Corte Constitucional, encontrando casos difíciles como los suscitados en casos de hermafroditismo o formas de "ambigüedad sexual", casos en los cuales no procede la autorización de padres y tutores, allí la Corte protegió los derechos de los "hermafroditas" a la libre autodeterminación de su identidad sexual y

aclaró cuál es el alcance del consentimiento informado de los padres y tutores, teniendo en cuenta que los hermafroditas constituyen una minoría que goza de la especial protección del Estado. En la Sentencia SU- 337 de 1999 7, la Corte dijo:

"... Como es obvio, la incompetencia temporal o permanente de un enfermo para decidir sobre una intervención médica no puede significar que en tales eventos los tratamientos no son posibles, por ausencia de autorización del afectado, por cuanto se estarían desprotegiendo totalmente la vida y la salud de esos individuos. Esta solución sería contraria a la Carta, pues es deber del Estado proteger la vida y la salud de las personas (CP arts 2 y 46). Es pues lógico concluir que en tales casos adquiere una cierta prevalencia el principio de beneficencia, por lo cual el ordenamiento jurídico establece que otras personas -en general sus tutores o familiares- tienen el derecho y el deber de tomar las determinaciones necesarias para proteger la vida y la salud de quienes carecen de la autonomía necesaria para aceptar o rechazar un tratamiento. La Carta autoriza entonces que otras personas ejerzan un "consentimiento sustituto" en beneficio de aquellos pacientes que no pueden directamente decidir.

Esta situación muestra que, tal y como esta Corte ya lo había señalado, si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado y un modelo de relación médico paciente que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales, ello no significa que esté totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico el "paternalismo", en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, la interferencia en la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente a la protección del bienestar y los intereses de la propia persona coaccionada. Es cierto que esta Corte ha preferido denominar esas formas de paternalismo legítimo como "medidas de protección de los intereses de la propia persona", o de manera más abreviada, "medidas de protección", por cuanto esa designación armoniza mejor con los valores constitucionales, y en especial con el reconocimiento de la persona como agente moral autónomo. Con todo, esta Corporación ha admitido la legitimidad de esas medidas, en condiciones específicas, que se dan claramente en determinados tratamientos médicos a los menores. En efecto, los niños en general no gozan de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado a muchos tratamientos médicos, pero son titulares del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, derechos que prevalecen sobre aquellos de los demás (CP art. 44), por

lo cual estas personas deben ser especialmente protegidas de las enfermedades y accidentes por su familia, por la sociedad y por el Estado.

Al respecto, la Carta confiere carácter fundamental al derecho a la salud de los niños, tal y como esta Corte lo ha señalado anteriormente. Por consiguiente, en general es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que los niños aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen la capacidad jurídica ni la autonomía suficientes para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva.

Los padres y tutores pueden entonces tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. El menor, ha dicho la Corte, "está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos". Por ello esta Corporación ha señalado que ciertas determinaciones médicas de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida del menor."

Una situación similar pero no idéntica fue abordada por esta Corporación en la sentencia T-474 de 1996⁸, en donde tuvo que decidir si el padre de un menor, a quien faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, podía o no obligar a su hijo a aceptar una transfusión de sangre, en el marco de una quimioterapia, tratamiento que el paciente rechazaba por convicciones religiosas. La Corte autorizó que el padre prestara el consentimiento, ya que la situación era extrema, debido a la urgencia y necesidad de ese tratamiento, y en el entendido de que el menor no se oponía a la ayuda médica como tal, sino exclusivamente a la transfusión que podrían efectuarle "como consecuencia de la quimioterapia, todo lo cual demuestra la importancia que para él tiene recuperarse y mantenerse vivo."⁸ El tratamiento era entonces necesario no sólo para amparar la vida y salud

sino también para proteger "la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro".⁸ Por consiguiente, en este caso, la Corte consideró que, debido a esas circunstancias, primaba el deber estatal y parental de proteger la vida del menor.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En sentencia T-493 de 1993⁹, la Corte expresó: "el derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la libertad general, que en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico.

El derecho al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad, o de libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, ejercido dentro del marco del respeto de los derechos de los demás y el orden jurídico, es un derecho constitucional fundamental, pues no sólo así se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual hace parte del capítulo 1 del título II, denominado "De los derechos fundamentales", sino que esa connotación le ha sido reconocida por esta Corporación, entre otras, en las providencias T-050 del 15 de febrero de 1993 y C-176 del 6 de mayo de 1993.

Tanto los peticionarios de la tutela, como el fallo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituangó Antioquia, desconocen el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", en cuanto coartan la libertad que posee María Libia Pérez Duque de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida.

La decisión de María Libia Pérez Duque de no acudir a los servicios médicos en la ciudad de Medellín, entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que "Cristo la va a aliviar", y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza

los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.”⁹

La sentencia C-221 de 1994 10 de la Corte Constitucional, que despenalizó el uso de la dosis personal e imponía al drogadicto el internamiento en “establecimiento psiquiátrico o similar hasta que la recuperación se produzca”, la Corte declaró la inexecutable de la norma, cuya ratio decidendi establece:

“Cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno y, en armonía con ella, el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) no consideraba la tentativa de suicidio como conducta delictual; mucho menos podría hacerse ahora esa consideración. Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.”¹⁰ Y más adelante agrega:... “Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad “in nuce”, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (Artículo 1º. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. John Rawls en “A theory of justice” al sentar los fundamentos de una sociedad justa constituida por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: “Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compatible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás”. Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad.”¹⁰

médico y condenados a indemnizar los daños irrogados al paciente, como el famoso caso de la niña Marianella Sierra,¹¹ a quien con once años de edad, luego de practicársele una biopsia en el Instituto Nacional de Cancerología, quedó parapléjica y sin control de esfínteres en una intervención que aparentemente era de bajo riesgo y en la que se pretendía hacer un estudio de la eventual malignidad de un supuesto tumor a nivel dorso-lumbar, los médicos optaron por practicarle la biopsia sin ordenar otros análisis previos, el aparente tumor resultó ser un hemangioma, que al ser incidido durante la intervención sufrió una hemorragia que obligó a los médicos a aplicar sobre las vértebras cera ósea y salvar así su vida. Al día siguiente de la intervención, la menor presentó “paraplejía flácida de MMII arrefléjica y con anestesia MMII, incontinencia de esfínteres. Se le iniciaron desde entonces altas dosis de esteroides sin presentar ninguna mejoría”,¹¹ según se relata en las observaciones realizadas por los médicos neurólogos del Instituto demandado (folio. 44 C-3).

La defensa del Instituto alegó que la madre de la menor había dado su consentimiento informado, probándolo con copia del documento suscrito por la menor y su señora madre, señora Marta Sierra en el que se hizo constar que renunciaban “a cualquier reclamación en caso de que, como consecuencia de los exámenes o tratamiento practicados en el Instituto, quedare alguna incapacidad funcional u orgánica. Dicho documento no exoneró de responsabilidad a la entidad demandada, por las siguientes razones: En primer término porque la menor al momento de la firma del documento tenía 11 años de edad y por lo tanto carecía de capacidad para consentir (1504 del código Civil); en segundo lugar, dicho documento no reunía las características del consentimiento informado, pues no sólo no contiene una aceptación por parte de los representantes legales de la paciente del procedimiento terapéutico específico que se le va a practicar sino que también carece de información sobre las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo. Allí sólo se autoriza en forma genérica la práctica de todos los exámenes que el Instituto considere necesarios, inclusive examen post-mortem y el someterse al tratamiento que el mismo indique para la enfermedad.

Considera la Sala con el profesor belga Roger O. Dalcq que cuando el médico no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico, este los asume en forma unilateral y compromete su responsabilidad personal y la del centro asistencial en el cual presta sus

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

El desconocimiento de la importancia de lo que es un consentimiento informado ha ocasionado que en no pocas ocasiones médicos y establecimientos de salud sean declarados responsables por falla del servicio



servicios. La renuncia previa a reclamaciones por daños derivados de hechos ilícitos, culposos y en el caso de las personas jurídicas de derecho público por falla en el servicio no puede ser admitida porque tiene causa ilícita (15 y 1522 del Código Civil). Adicionalmente, en el evento de que fuese legal la disposición del derecho de la menor a accionar que pretendía ejercitar la madre requería la previa autorización judicial (489 ibidem).

Por lo tanto el documento aportado por la entidad demandada no podrá tenerse en cuenta para exonerarla de responsabilidad".¹¹

El consentimiento no es exclusivo del paciente o sus familiares, sino también del médico, quien al amparo del juramento médico consagrado en el Artículo 2^{do} de la ley 23 de 1981¹² que exige "velar solícitamente y, ante todo, por la salud de mi paciente", puede rehusarse a suministrar un tratamiento que considere destinado al fracaso o que va contra sus preceptos morales, en concordancia con el literal c) del Artículo 7 de la precitada Ley 23.

CONCLUSIONES

La actividad médica tanto en Colombia como en cualquier lugar del mundo exige responsabilidades, profesionales y éticas donde el paciente tiene derecho a estar informado en su totalidad, de los riesgos por mínimos que sean y puedan acontecer en cualquier tratamiento médico o quirúrgico al que se someta, por otro lado, el profesional está en la obligación de explicarle de forma clara y sencilla todo lo que implica el mismo sin reservarse absolutamente nada, así como apartarse del mismo si considera que no será exitoso o que va en contra de su moral; si bien todas las personas tienen derechos fundamentales, existen algunos casos, donde no se pueden ejercer por sí mismos y se necesita la autorización de un tercero los cuales se encuentran estipulados en la ley y éstos deben ser informados igualmente tal y como si fuese el mismo paciente, explicando detalladamente los pro y contras. El profesional de la salud al actuar en cualquier procedimiento la responsabilidad no solamente recae en él sino que ésta es compartida con la institución donde se practica, por lo anterior es importante que se prepare con mucho cuidado un consentimiento escrito por cada tratamiento con su respectiva explicación de todos los riesgos asociados que conlleva y no utilizar el mismo para todos, puesto que las generalidades podrían traer futuras complicaciones legales.

REFERENCIAS

1. Galán JC. La responsabilidad médica y en consentimiento informado. Rev Med Uruguay 1999; 15: 5-12
2. Montano P. La Responsabilidad penal de los médicos. Montevideo: Jurídicas Amalio M. Fernández, 1986. Montano P, Berro G, Mesa G. Responsabilidad penal de los médicos. In: Departamento de Medicina Legal: Medicina legal. 2^a ed. Montevideo: Oficina del Libro AEM, 1995: 295-308. Cairolí Martínez M. Malpraxis y responsabilidad penal de los médicos. In: Sindicato Médico del Uruguay: I Jornadas de Prevención de la Malpraxis Médica (1992). Montevideo: SMU, 1992: 37-40. Citados por Rodríguez H. Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención. Rev Med Uruguay 2001; 17: 17-23
3. Cominges F. Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis c. Revista de Administración Pública. 2001; 155:193-221
4. Ver Colegio Americano de Médicos. Manual de Ética http://www.acponline.org/ethics/ethicman_sp.htm Accesado el 16 de mayo de 2008
5. Ley 73 de 1988 Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y de trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14524> Accesado el día 17 de mayo de 2008
6. Constitución Política de Colombia. Editorial Temis, 11a. ed. Bogotá, 2008.
7. Sentencia SU- 337 de 1999. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero, doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1999/Tutela/SU337-99.htm> Accesado el día 18 de mayo de 2008
8. Sentencia T-474 de 1996. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996). <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1996/Tutela/T-474-96.htm>. Accesado el día 20 de mayo de 2008
9. Sentencia T-493 de 1993. Magistrado Ponente. Antonio Barrera Carbonell, veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993). <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Tutela/T-493-93.htm>. Accesado el día 20 de mayo de 2008

10. Sentencia C-221 de 1994. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz, cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1.994). <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Constitucionalidad/C-221-94.htm>. Accesado el día 15 de mayo de 2008
11. Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3ª C. P. Ricardo Hoyos Duque. Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 11.169. Actor: Vicente Segundo Sierra Pérez. <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/na/ce11169-99.htm> Accesado el día 18 de mayo de 2008
12. Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica, dieciocho (18) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981). <http://www.lexbasecolombia.com/lexbase/normas/leyes/1981/L0023de1981.htm> Accesado el día 19 de mayo de 2008

