

TABLA DE CONTENIDO

N°		Páginas
	INTRODUCCIÓN.....	xxiii
1. a 5.	Aproximación al tema.....	xxiii
6.	Pasos a seguir por el profesional de la salud para obtener el consentimiento informado del paciente	xxv
7.	Advertencia al paciente de la existencia de soluciones necesarias mejores que las suyas. Remisión del paciente	xxvi
8.	Planteamiento adecuado del problema. Daños por culpa médica en el acto médico y daños por ausencia de información y consentimiento.....	xxviii
9.	La información y el consentimiento están ligados en la práctica, pero son separables conceptualmente hablando	xxix
10.	La falta de consentimiento informado es una culpa probada	xxx
11.	La información y el consentimiento son independientes de que haya un contrato de cuidados médicos entre el profesional de la salud y el paciente	xxx
12.	Fallo omnicompreensivo de la Corte Constitucional (CCC- 182-16)	xxxi
13.	Cuándo el fallo de la Corte constituye precedente constitucional obligatorio ..	xxxii
14.	Plan	xxxiv

CAPÍTULO PRIMERO

EL MÉDICO ESTÁ OBLIGADO A INFORMAR AL PACIENTE TODO LO RELACIONADO CON EL CUIDADO DE SALUD

15.	Aclaración	1
16.	Plan	1

Sección I

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO DEL PACIENTE A SER INFORMADO Y A DAR SU CONSENTIMIENTO PARA EL CUIDADO DE SALUD

17.	Derecho fundamental al consentimiento informado del paciente	2
-----	--	---

Nº		Página
18.	La legislación colombiana sobre el derecho a la información del paciente y el consentimiento informado respectivo.....	2
19.	Ley 23 de 1981	3
20.	Decreto 3380 de 1981	5
21.	Resolución 13437 de 1991, del Ministerio de Salud.....	5
22.	Decreto 1571 de 1993	6
23.	Consagración constitucional del derecho al consentimiento informado del paciente. Importante jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sent. C-182 de 2016).....	7

Sección II

FINALIDAD DE LA INFORMACIÓN QUE DEBE BRINDAR EL MÉDICO AL PACIENTE

24.	Finalidad de la información brindada al paciente	9
25.	a) Comparar ventajas y desventajas del tratamiento o del diagnóstico propuesto	9
26.	b) Aceptación de riesgos	9
27.	c) Legitimación del acto médico	9

Sección III

LEGITIMACIÓN PARA RECIBIR LA INFORMACIÓN Y OTORGAR EL CONSENTIMIENTO PREVIO AL ACTO MÉDICO

28.	En principio, la información debe ser dada por el profesional de la salud o por un dependiente suyo con capacidad científica y psicológica para ello	10
29.	A quién se debe dar la información.....	10
30.	Casística sobre la persona que recibe la información que brinda el médico	10
31.	a) Paciente mayor con capacidad mental	11
32.	b) Menor de edad o mayor bajo tutela, con capacidad mental y emocional de recibir la información y de consentir	11
33.	c) Justificación de esta solución	12
34.	d) Paciente con discapacidad mental y emocional de decidir al momento de un acto médico urgente	12
35.	e) Paciente discapacitado mental permanente, en caso de un acto médico urgente, pero que da una relativa espera.....	13

Nº		Página
36.	f) Acto médico urgente que da una relativa espera, con un paciente con discapacidad mental transitoria	13
37.	g) Paciente con discapacidad mental permanente en caso de un acto médico necesario, pero no urgente.....	13
38.	h) Tratamiento de esterilización reproductiva o de reasignación de sexo a personas con discapacidad mental.....	14
39.	En Colombia, ¿quiénes están legitimados para recibir la información del médico cuando el paciente mismo no está en capacidad o posibilidad de recibirla?	14
40.	Las sentencias de la Corte Constitucional sobre la legitimación de terceros para recibir la información	14
41.	Comentario y conclusión sobre ese fallo de la Corte Constitucional.....	15
42.	Propuesta de cambio de paradigma sobre la legitimación para recibir la información a nombre del enfermo	16
43.	Los argumentos en favor de mi propuesta	18
44.	¿Pueden los representantes legales o los familiares, oponerse al tratamiento indicado por el médico?	19

Sección IV

CUÁNDO NO ES OBLIGATORIO INFORMAR AL PACIENTE

45.	Derecho comparado, legislación y jurisprudencia colombianas	19
46.	Casuística	20
47.	a) Acto médico urgente.....	20
48.	b) Aplicación de procedimientos experimentales en casos excepcionalmente graves	22
49.	c) Imposibilidad de informar de un daño grave detectado durante la intervención.....	23
50.	d) Paciente que no entiende el lenguaje del médico.....	25
51.	e) Paciente que se niega ser informado	25
52.	f) El médico debe advertir al paciente de que tiene el derecho a no ser informado.....	26
53.	g) Prohibición del paciente al médico de brindar la información a sus allegados.....	27
54.	h) Cuando la información al paciente crea el riesgo de causarle un daño grave.....	28

Sección V

PROBLEMA FUNDAMENTAL:

¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN QUE EL PROFESIONAL DE LA SALUD DEBE DAR AL PACIENTE?

55.	Fundamento legal y constitucional.....	31
56.	La legislación colombiana.....	31
57.	Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	33
58.	Confusión de la doctrina, la jurisprudencia y la ley sobre el <i>quantum</i> o contenido de la información al paciente	34
59.	Imposibilidad práctica para determinar el nivel de información debida al paciente, sobre todo, los riesgos que le deben ser advertidos	36
60.	¿Cómo seleccionar los riesgos que se deben advertir al paciente?	37
61.	El riesgo que se debe advertir es el previsible y grave.....	38
62.	Opinión de la profesora Duval-Arnould	38
63.	Opinión de la profesora Annick Dorsner Dolivet	39
64.	El médico debe disponer del tiempo necesario para brindarle la información al paciente	43
65.	Dificultades con el tiempo de la consulta de los médicos ligados laboralmente o por contratos de prestación de servicios de salud con instituciones.....	44
66.	¿Es justo someter al médico a la inseguridad que le producen las discrepancias de los juristas?.....	45
67.	Mi inquietud no es aislada	45
68.	La ley francesa, trata de resolver el problema, pero sin suerte	47
69.	Veamos un ejemplo que prueba la dificultad del problema que genera la advertencia de los diversos tipos de riesgos médicos.....	48
70.	Propuesta de solución.....	50
71.	Sistema ideal: entrevista fraternal entre médico y paciente	51
72.	Relación de riesgos susceptibles de ser informados en la práctica actual de nuestro medio.....	57
73.	a) Advertencia del riesgo de muerte	58
74.	b) Inconveniencia para el paciente de recibir la información y la advertencia de los riesgos	58

Nº		Página
75.	c) Riesgos de medicamentos	58
76.	d) Riesgos que pueden afectar las actividades habituales del paciente	59
77.	e) Negativa del paciente a ser informado	59
78.	f) Información lo más completa posible. Cómo proceder cuando es preciso amputar un miembro o extraer un órgano. Qué hace el médico en caso de que el paciente rechace el tratamiento	59
79.	g) Informar de riesgos previsibles consignados por la literatura médica la academia o la práctica de cada médico	60
80.	h) ¿Qué pasa con los accidentes médicos ajenos al acto médico en sentido estricto?	61
81.	i) El médico responde si, por su culpa, se realiza un riesgo advertido	62
82.	j) ¿La información debe ser más detallada en la cirugía estética?	62
83.	El derecho colombiano	62
84.	Comentario	65
85.	El derecho comparado	65
86.	Posición propia	66
87.	k) En resumen: se advierten los riesgos inherentes al acto médico en sentido estricto	68
88.	l) Protocolos previos para cada tipo de enfermedad o procedimiento	68
89.	m) ¿Será factible una cláusula de cierre?	69
90.	n) Recomendación: relacionar e individualizar los riesgos conocidos por la literatura médica y por la academia	70
91.	o) Pregunta de fondo: ¿Se debe informar la probable ocurrencia de las distintas causas de un daño a la vida o a la integridad personal? O, ¿Se debe informar el riesgo de que el enfermo puede morir o quedar incapacitado a raíz del procedimiento, sin necesidad de obligarlo a detallar hasta la última de las causas posibles de esos daños?	70

Sección VI

CÓMO DEBE SER LA INFORMACIÓN

92.	La información debe ser clara, leal y apropiada	72
93.	La información la debe brindar el mismo médico, en una entrevista con la persona que debe recibirla	73
94.	La información debe ser inteligible para el paciente y para quien en su nombre la reciba	73

Nº		Página
95.	Información errónea por un médico generalista, o de un especialista que asiste una emergencia ajena a su especialidad.....	74
96.	El paciente tiene la obligación de informar al médico, sus antecedentes de salud que pueden tener incidencia en el acto médico.....	75
97.	La obligación de informar subsiste durante todo el tratamiento	75
98.	Información del médico al paciente, de causas y circunstancias de un daño generado durante el acto médico	76

Sección VII

CARGA DE LA PRUEBA DE LA INFORMACIÓN

99.	El médico corre con la prueba de haber informado al paciente o sus allegados	77
100.	Valor de los documentos previamente redactados que se entregan al paciente como una especie de contrato de adhesión.....	78
101.	Insistencia sobre la entrevista entre médico y enfermo	78
102.	Prueba del rechazo a la información y al tratamiento.....	79
103.	Grabación y filmación de la entrevista	79
104.	Muestra de un video.....	79

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROFESIONAL DE LA SALUD DEBE OBTENER EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE O DADO EL CASO, DE UN ALLEGADO CON CAPACIDAD PARA ELLO

Sección I

MARCO TEÓRICO DEL PROBLEMA

105.	Si el médico trata al paciente sin su consentimiento, asume los riesgos	81
106.	La legislación colombiana.....	81
107.	La jurisprudencia de la Corte Constitucional CC 182-16	82
108.	Rechazo del paciente a ser curado.....	82
109.	El médico respetará la oposición del enfermo con capacidad mental y emocional de decidir a ser tratado	83
110.	Contradicciones de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, en cuanto a la libertad del paciente de rechazar el tratamiento.....	84

Nº		Página
111.	Autores en favor de desconocer el rechazo del paciente en aras de salvar su vida o su salud	84
112.	Autores en favor del derecho del paciente a rechazar el acto médico propuesto	86
113.	Reiteración legislativa del principio del derecho del paciente a rechazar los cuidados médicos	87
114.	Posición propia.....	87
115.	Excepción.....	88
116.	La Corte Constitucional y el derecho del paciente a elegir terapia.....	88

Sección II

EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

117.	Principio general.....	91
118.	a) Acto médico urgente.....	92
119.	b) ¿Tiene el paciente que requiere un tratamiento urgente por un mal grave posibilidad de dar su consentimiento?	92
120.	c) Imposibilidad de obtener el consentimiento informado, así el acto curativo, aunque necesario, no sea urgente.....	93
121.	d) Paciente que no entiende el lenguaje del médico.....	94
122.	e) Cuando la información al paciente crea el riesgo de causarle un daño grave.....	94
123.	Excepciones de obtener el consentimiento según la Sentencia C-182 de 2016.	95

Sección III

¿QUIÉN DEBE OTORGAR EL CONSENTIMIENTO?

124.	En principio el legitimado es el paciente mismo	96
125.	¿Quién da el consentimiento cuando el paciente padece de discapacidad mental?	96
126.	Los encargados de decidir a nombre del paciente sin capacidad mental no pueden oponerse irracionalmente al cuidado de salud idóneo ofrecido por el médico	97
127.	Derecho comparado.....	98
128.	Casuística según la situación mental del paciente	98
129.	a) Acto urgente y dolencia grave	98

Nº		Página
130.	b) Acto urgente, que da relativa espera, por daño grave	99
131.	c) Tratamiento necesario pero no urgente a discapacitado mental definitivo o que solo cuando crezca gozará de esa capacidad	99
132.	Diferencia entre actos médicos normales y tratamientos de esterilización reproductiva o de reasignación de sexo	100
133.	Consentimiento para la hospitalización forzada de un enfermo mental	100
134.	Reservado. Derecho colombiano.....	101
135.	Reservado. Consentimiento informado en los enfermos terminales	102
136.	Cuando el consentimiento lo debe dar un tercero, este debe recibir toda la información, si ello es posible	103

Sección IV

CONFLICTOS ENTRE LA VOLUNTAD DEL MÉDICO Y LA VOLUNTAD DEL PACIENTE

137.	El médico no podrá aplicar una terapia no idónea exigida por el enfermo.....	103
138.	Varias alternativas de tratamiento igualmente idóneas.....	104
139.	El paciente tiene derecho a pedir un tratamiento de cuidados paliativos si la terapia que se le propone es altamente riesgosa o genera dolores y sufrimientos posteriores	105
140.	Religiones que rechazan tratamientos o los condicionan a que no haya transfusión sanguínea (testigos de Jehová). Diversas hipótesis.....	105
141.	El paciente, testigo de Jehová, que se opone a transfusiones de sangre, puede declarar por anticipado, válidamente, su decisión de oponerse a la transfusión	105
142.	Casuística	108
143.	a) Paciente con capacidad de discernimiento	108
144.	b) Paciente con enfermedad que puede afectar derechos de terceros.....	109
145.	c) El médico no puede brindar un tratamiento inidóneo demandado por el paciente.....	110
146.	d) Testigo de Jehová, inconsciente y en peligro de muerte.....	110
147.	e) Testigo de Jehová, transitoriamente inconsciente	111
148.	f) Incapaz legal con capacidad mental.....	111
149.	g) Menor con discapacidad mental transitoria	112
150.	h) Paciente con discapacidad mental indefinida	113
151.	En algunos casos, el consentimiento informado debe ser persistente	114

Nº

Página

Sección V

PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO.

CONSENTIMIENTO ESCRITO

152.	En principio, es al médico a quien corresponde probar que el paciente o la persona que por él actúa ha dado el consentimiento.....	115
153.	Posición de la Sentencia C-182 de 2016	115
154.	Comentario	116

CAPÍTULO TERCERO

RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, Y DAÑOS INDEMNIZABLES POR DICHO CONCEPTO

	INTRODUCCIÓN.....	119
155.	Aproximación al tema.....	119
156.	Plan	119

Sección I

MARCO TEÓRICO DEL DAÑO Y DEL NEXO CAUSAL POR LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

157.	¿Cuáles son las consecuencias indemnizatorias con las que corre el médico que no obtiene el consentimiento informado con anterioridad al cuidado a la salud?.....	120
158.	El médico asume los riesgos del paciente, si no obtiene de este el consentimiento-informado. Opinión del profesor Dalcq.....	120
159.	Posición propia.....	122
160.	Asunción de riesgos más daño autónomo por parte del médico que no obtiene consentimiento.....	122
161.	Pérdida de la oportunidad por ausencia de consentimiento informado.....	123
162.	a) Pérdida de la oportunidad de oponerse al tratamiento realizado	123
163.	b) La pérdida de la oportunidad de no sufrir daños en el organismo.....	124
164.	En caso de ausencia de consentimiento informado del paciente, el médico asume los riesgos de los daños no culposos causados por él.....	125
165.	Síntesis sobre los daños derivados de la ausencia del consentimiento informado del paciente	129

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

	INTRODUCCIÓN.....	133
166.	Aproximación al tema.....	133
167.	Plan	134

Sección I

CAPACIDAD, FORMA Y CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

168.	Doctrina de la Corte Constitucional	134
169.	Sentencia C-182 de 2016 de la Corte Constitucional	134
170.	Plan	134

Subsección I

Problemas debatidos en la Sentencia C-182-16

171.	De qué se trata	135
172.	Temas abordados.....	135
173.	Remisión.....	136
174.	La <i>ratio decidendi</i> de la sentencia (cuáles problemas de los resueltos por la Corte constituyen precedente obligatorio)	136
175.	Comentario	137

Subsección II

Núcleo esencial de la demanda y de la decisión

176.	Contexto de la sentencia <i>sub examine</i>	137
177.	Síntesis del caso y de la decisión	137
178.	Comentario	138
179.	Comentario	139
180.	Y agrega la Corte Constitucional	139
181.	Comentario	140
182.	Decisión de la Corte.....	141
183.	Comentario	141

Subsección III

Sobre el consentimiento informado del paciente en general

184.	Aproximación al tema.....	142
185.	El consentimiento informado según la Corte Constitucional	142
186.	Consentimiento informado del paciente como principio autónomo.....	144
187.	Comentario	145
188.	Excesivo garantismo.....	145
189.	El consentimiento informado en todos los demás actos médicos realizados por cualquier profesional de la salud.....	145
190.	Autonomía del paciente.....	145
191.	Comentario	147
192.	Eventos en los cuales, excepcionalmente, tal principio debe ceder frente a las demás normas y valores constitucionales involucrados	148
193.	Casos en los que el consentimiento del paciente debe ser cualificado.....	149
194.	Comentario	149
195.	Variables para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente	151
196.	Comentario	153
197.	Formalidades que debe revestir el consentimiento del paciente (a veces debe constar por escrito)	154
198.	Comentario	155
199.	En algunos casos, el consentimiento informado debe ser persistente	156

Subsección IV

Capacidad mental y emocional de los incapaces legales para recibir información y otorgar el consentimiento, para cualquier tipo de tratamiento y dolencia

200.	Distinción entre capacidad jurídica y capacidad para consentir el acto médico.....	156
------	--	-----

Subsección V

Juicio de interdicción y autorización judicial en caso de esterilización de procreación de personas con discapacidad mental

201.	Planteamiento del problema y principios generales.....	158
202.	Comentario	160

Nº		Página
203.	Procesos de interdicción, nombramiento de tercero sustituto, y de autorización para recibir la información y consentir	162
204.	Comentario	163
205.	La decisión tomada entre los padres y el menor no siempre es satisfactoria	165
206.	Reglas para interpretar la norma demandada que regula la autorización judicial para la esterilización de personas con discapacidad mental	167
207.	Comentario	167

Sección II

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LOS DAÑOS Y EL NEXO CAUSAL EN AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

208.	Aproximación al tema.....	168
209.	Plan	168

Subsección I

El daño por ausencia de consentimiento como daño autónomo y diferente del causado al organismo del paciente con el acto quirúrgico culposo o no, con o sin su consentimiento. Incoherencia de la jurisprudencia

210.	Planteamiento del problema	168
------	----------------------------------	-----

I. FALLOS ACERTADOS

211.	Daño autónomo por ausencia de consentimiento y daños al organismo del paciente.....	169
212.	a) Consejo de Estado, treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación: (43378); actor: Gloria Inés Berrío y otro; demandado: I:S.S.; M.P. Ramiro Pazos.....	169
213.	b) Consejo de Estado, cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación 36136; actor: Guillermo Plácido Bastidas Guzmán y otra; demandado: Hospital Departamental de Nariño; M.P. Danilo Rojas Betancourth.....	170

II. FALLOS EQUIVOCADOS

214.	Planteamiento del problema	171
215.	Corte Suprema de Justicia, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), discutida y aprobada en Sala de treinta (30) de agosto de dos mil once (2011). Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01	171

Nº	Página
216.	Consejo de Estado, doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación 29131; actor: Sandra Mireya Cuéllar y otros; demandado: Cajanal E.P.S. y otros; referencia: apelación sentencia - acción de reparación directa; C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz 174
217.	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación: 38874; actor: Leonel Garzón C. y otros; demandado: Ministerio de Defensa Nacional y otro; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas..... 175
218.	Consejo de Estado, quince (15) de octubre de dos mil ocho (2008). Radicación: 16350; actor: Segundo Chepe Rodríguez y otros; demandado, Nación - Policía Nacional y otros 176

Subsección II

Fallos Relacionados con la pérdida de una oportunidad por ausencia de consentimiento

219.	Falacia de esta teoría 177
220.	Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación: 38874; actor: Leonel Garzón Cárdenas y otros; demandado: Ministerio de Defensa Nacional y otro. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas 177
221.	Consejo de Estado, veinticuatro (24) de enero de dos mil dos (2002). Radicación: 12706; actor: Luis Alfredo Sánchez y otros; demandado: Hospital Militar Central; C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros..... 180

Subsección III

Nexo causal entre la ausencia del consentimiento y los daños alegados; daños causados al organismo por la evolución de la enfermedad

222.	Planteamiento del problema 182
------	--------------------------------------

I. FALLOS ACERTADOS

223.	Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, Sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26.660, C.P. Danilo Rojas Betancourth 182
------	--

II. FALLO EQUIVOCADO

224.	Sentencia (12706) del 2 de enero de 2004. Actor: Luis Alfredo Sánchez y otros; C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros 183
------	---

Subsección IV

**Período indemnizable del daño material no culposo
cuando hay ausencia de consentimiento**

225.	Planteamiento del problema	188
226.	Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, once (11) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación: 54001-23-31-000-1993-08025-01 (14726); actor: Domingo Antonio Bermúdez y otros; demandado: Cajanal; C.P. Myriam Guerrero de Escobar.....	189
227.	Sentencia 9875(12706) del 02 de enero de 2004. Actor: Luis Alfredo Sánchez y otros. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros	190

Sección III

**DIVERSOS TÓPICOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS
CON EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE**

228.	Planteamiento del asunto.....	193
------	-------------------------------	-----

Subsección I

Consentimiento en medio de la intervención médica

229.	Comentario	194
230.	Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia de marzo de 2014, exp. 26.660, C.P. Danilo Rojas Betancourth.....	194

Subsección II

Prueba del consentimiento

231.	Planteamiento del problema	196
232.	Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011). Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01	196
	CONCLUSIONES FINALES	199
	BIBLIOGRAFÍA	203