

**QUE ALCANCE TIENE EL RESPETO AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE
LA VOLUNTAD EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN COLOMBIA**

Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín

Juan Felipe Ochoa Sánchez

2015

INTRODUCCIÓN

La evolución de una civilización puede reflejarse en la defensa de sus principios y derechos individuales. Y es que todo se originó por el simple hecho de que se le reconocieran a los pacientes sus derechos, dando pie a lo que se le llaman en el ámbito de la salud, principios bioéticos. Y es que hubo una época en la que la relación médico-paciente fue vertical, esto quiere decir, que el médico iba a decidir por el paciente qué tipo de intervención, o solución en el ámbito médico sería lo mejor para él, buscando ante todo la prevalencia de lo que se llama el principio de bienestar en la medicina.

Con el paso del tiempo, y la evolución jurídica para hacer valer los principios y derechos en materia médica, la relación médico-paciente, que una vez fue vertical, paso a ser horizontal y tanto el paciente como el médico estarían en un mismo nivel, proporcionándole el deber de informar al médico, y al paciente le otorgaba el derecho de conocer y decidir sobre su tratamiento. Buscando todo esto el defender los derechos y principios intrínsecos de la persona.

Estos principios bioéticos dieron paso a la transformación y creación de protocolos médicos, leyes y convenios que regulan el actuar médico.

La evolución en estos temas origina consigo debates de cómo lograr para que se defiendan estos derechos y principios en los usuarios, y el consentimiento informado es una herramienta fundamental para este fin, siendo esta figura un derecho del usuario, y que no es otra cosa que la máxima expresión del principio de Autonomía de la "Voluntad del paciente", pero también es una herramienta para el médico en la defensa de las decisiones que su usuario toma, siendo necesario para cualquier procedimiento médico a realizarse que exista un consentimiento informado y su contenido debe ser veraz, completo, adecuado para su necesidad y eficaz, también llevando consigo alternativas en el procedimiento y sus consecuencias. Monsalve, Navarro (2014).

Pero no podemos decir pues que el deber de informar sea absoluto, pues tiene sus límites, y será labor de este ensayo tratar estos temas, pues si hay un alcance en el deber de informar, hay un alcance en el principio de la "Autonomía de la Voluntad del paciente".

El presente ensayo se centra en brindar un concepto del principio de la Autonomía Individual, como también brindar un concepto del Consentimiento Informado con un enfoque jurídico, a partir del contexto investigativo, doctrinal y jurisprudencial a pesar de que Colombia existen vacíos normativos para tratar estos conceptos, pues las normas que rigen son algo imprecisas, desactualizadas e insuficientes (Ley 23 de 1981 y Decreto 3380 de 1981). Debido a esto, en la praxis médica no se está claro como informarle al paciente, adviniendo a causa de esto que algunos médicos pasen por alto este deber para con el usuario, trascendiendo de violar el principio de Autonomía de la Voluntad, a violar derechos intrínsecos a la salud que empeoran la situación.

El desarrollo de los temas para el presente ensayo, será en un primer momento tratar el principio de Autonomía de la Voluntad, de manera tal que se logre utilizar uniformemente lo que la jurisprudencia y la doctrina han brindado para el desarrollo del principio. El objetivo principal que se busca a partir del tratamiento de este concepto, es que quede claro básicamente que es el principio de Autonomía de la Voluntad en el Consentimiento Informado.

El segundo momento, constará del desarrollo del concepto del Consentimiento Informado, toda vez que se buscará que al lector le sea definido de modo claro "que es" el consentimiento informado y su función principal dentro del haber jurídico y médico.

El tratamiento de estos dos conceptos busca generar en el lector el adecuado uso de los términos para que finalmente, en el tercer momento, con el fin de dar respuesta a la pregunta que me ha surgido sobre "cuáles el alcance que tiene el respeto por el principio de Autonomía de la Voluntad en el consentimiento informado", y razón por la que se ha realizado este ensayo, que de manera argumentativa, espera lograr sea recibida la información de manera clara y expresa y que sin ahondar en lo complicado de una

explicación o de su conceptualización le sea de fácil entendimiento, es decir, no se busca otra cosa con este ensayo sino que sea una herramienta de consulta tanto para estudiantes de derecho, estudiantes de medicina como para abogados y médicos.

I. DEL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

La palabra autonomía proviene del griego *αὐτονομία*, que está conformado por *αὐτός* "autos", que significa "por sí mismo", y *νόμος* "nómos" que significa "regulación" y establece que es aquel que vive según su propia ley.

La RAE (2014) define la "Autonomía" en el Derecho como el "Poder que el derecho confiere a las personas para definir el contenido de sus relaciones jurídicas conforme a sus intereses, sin otros límites que los derivados de las leyes imperativas, de la moral y del orden público."

Y a la "Voluntad" como la "Facultad de decidir y ordenar la propia conducta." (...) "Libre albedrío o libre determinación."

En consecuencia y partiendo de la unificación de ambas definiciones tenemos que la Autonomía de la Voluntad sin aun entrar en el discurso filosófico de lo que es este principio, se definiría como, El poder que el derecho confiere a las personas en su haber jurídico, para que conforme a sus intereses, tenga la facultad de decidir su propia conducta, o bien llamado libre albedrío, siempre y cuando respete los límites imperativos que las leyes le brindan, la moral y el orden público.

Ahora bien, para explicar cómo funciona el principio de autonomía en el consentimiento informado, es preciso ahondar en un primer momento en el estudio filosófico que conlleva este principio. y es en el texto "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", del maestro Immanuel Kant (1785) define este principio como, "La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual ella es para sí misma una ley, independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer" (p.53), Y es que la moralidad pura es el equivalente a una buena voluntad, y aquella moralidad tiene sus raíces en el actuar del deber consciente y en la realización de acciones desinteresadas.

Seguido a esto la idea del maestro Kant no es otra que, la voluntad humana es autónoma y fuente de ley universal, afirmando, como expresan Monsalve, Navarro (2014):

El concepto de todo ser racional, que debe considerarse, por las máximas todas de su voluntad, como universalmente legislador, para juzgarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, conduce a un concepto relacionado con él y muy fructífero, el concepto de un reino de los fines.(p.64)

El tratamiento que le da Kant a la voluntad es de ser autolegisladora y esta misma se sujeta a su propia ley, es decir, que la voluntad es aquella que se da a sí misma la ley a la cual obedece y esto conlleva a que se hable entonces de que la voluntad es autónoma.

Habiendo sorteado esto, Kant expone la libertad como aquella razón intangible que por sí misma también obedece a unas leyes diferentes a la de la voluntad, pero cuando la voluntad va acompañada de esta libertad el ser humano se verá obligado a actuar conforme a la conciencia moral, es decir la moralidad pura. Caso diferente es, cuando la voluntad va acompañada de la necesidad, y es aquí donde el maestro expone que el ser humano actuará como otro ser de naturaleza, reconociendo las cosas a su alrededor en si como "fenómenos" y nunca las cosas en sí mismas. Kant (1785)

No obstante de la manera como será entendido este principio en la Modernidad, debido a la teoría ético-kantiana, será como "regirse por normas propias".

Ahora, en lo que respecta al campo de las relaciones sanitarias, al paciente, gracias a su libre voluntad racional, podrá decidir sobre lo concerniente a su salud en lo respectivo a su propio sistema de valores, sin que ninguna presión externa lo motive a que sea arrebatada su capacidad de determinarse, tras la información, clara e integral brindada por el médico, es decir que la toma de decisiones debe estar direccionada por valores y creencias individuales, no siendo estas las mismas en un paciente que en otro. Monsalve, Navarro (2014, p.64).

La ley 23 de 1981, conocido como el Código de Ética Médica, tiene en cuenta el valor del principio de autonomía en sus artículos 1-1:

La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes

Y en el artículo 15 de la misma ley, estableciendo:

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 y síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Sin embargo, como Monsalve y Navarro (2014) apuntan que, muchas veces esta capacidad del principio se ve limitada cuando al paciente se le ofrece una información poco detallada o en algunos casos porque el médico tratante es de corte paternalista, es decir, actúa por sí mismo y decide lo que es más beneficioso para el paciente, entrando en una violación al principio de voluntad; este paternalismo es una situación delicada, toda vez que el médico desconocerá que su paciente es un ser libre, y que por defender el principio de beneficencia, pone en segundo plano lo que el paciente realmente quiere.

Para poder entender de lo que se trata el principio de Autonomía, debemos tener en cuenta la sentencia T-401 de 1994, siendo esta una sentencia de referencia, posterior a la sentencia 406 de 1992 donde se realiza un tratamiento general de los principios. En la sentencia T-401 de 1994 se contextualiza de mejor manera el principio de Autonomía en lo referente al consentimiento informado. Nos encontramos con que la sala define el concepto de Autonomía tal Sentencia (T-401 de 1994) de la siguiente manera:

1. En términos generales, toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud. (...)

2. La posición autonomista aboga por el respeto de las decisiones personales incluso cuando se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aún cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como "voluntad débil". El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo de cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida.

En este entendido tenemos una clara tesis en contravía del actuar paternalista del médico, y es que la autonomía del paciente tiene un alcance tal, que como dice la corte, el principio mismo aboga por el usuario en sus decisiones personales, inclusive cuando estas decisiones son tomadas de manera imprudente o en perjuicio de la salud, quedando el médico corto para decidir lo que es bueno o malo realmente para su paciente.

Finalmente, además de muchas otras sentencias que tratan el consentimiento informado, tenemos que en la T-866 de 2006, haciendo parte de una gama de sentencias de referencia sobre el tema, nos expone principalmente sobre la importancia de la decisión del paciente frente al médico cuando este último le ha informado, contextualizado y explicado por los posibles tratamientos que se le pueden brindar y que todo esto quede claro en su totalidad. Esta sentencia nos enmarca un constante tratamiento del tema, pero en particular nos remite a que el médico deberá expresar de manera clara la información para que el

paciente sin que se le trasgredan el principio de Autonomía, esto es, que su decisión no se vea limitada o coaccionada por algo externo tome la decisión sobre que tratamiento quiere que se le realice.

La sentencia T-866 de 2006 esgrime lo siguiente:

La obligación de informar al paciente, considerada como precepto adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26), entre otros. Así, la tensión entre curación y autodeterminación no puede ser resuelta de manera objetiva y apriori. La gran complejidad de los casos concretos no permite una generalización a partir de reglas comunes. Es necesario entonces tener en cuenta diferencias esenciales entre los casos y establecer reglas para cada uno de ellos.

Según esto, el principio de autonomía del paciente estará limitado por las características y alcances que contenga el consentimiento informado, esto en ocasión de que el médico tratante no puede a su paciente realizarle una intervención o un tratamiento, sin que antes le haya proporcionado una información completa sobre lo que se le va a realizar y seguido esto de la obtención del consentimiento del paciente. Esto conlleva entonces a que el la autonomía debe cumplir con tres requisitos esenciales, cosa que en un informe de la revista de derecho PRINCIPIA JURIS No.12 de la Universidad Santo Tomas (2009):

Gherzi, a su turno; precisa lo siguiente sobre las decisiones autónomas de las personas:» los seres humanos tienen la capacidad de elegir racionalmente y actuar de acuerdo a sus convicciones. Ello debe ser respetado y dicho respeto se manifiesta cuando uno toma en cuenta las opiniones y decisiones de las personas autónomas, absteniéndose de interferir en su elección siempre que no perjudiquen a terceros. Acto seguido plantea que la autonomía debe cumplir con los siguientes tres

requisitos: a) una acción autónoma no debe ser forzada, b) implica tener opciones reales y c) debe poseer toda la información relevante» (p.80-81)

Así pues queda abordado que el principio de autonomía individual tiene una importancia para el paciente, que es dueño de su cuerpo, imponiéndose así la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado, eficiente y cualificado. Sentencia T-866 (2006).

II. DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La RAE (2014) define el consentimiento como aquella "manifestación de voluntad, expresa o tácita por la cual un sujeto se vincula jurídicamente

Del consentimiento informado expresa la RAE (2014), en el mismo concepto que éste es un "consentimiento que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento.

Conociendo esto, y de antemano a la definición de autonomía de la voluntad podemos encontrar que el consentimiento informado es aquella figura en la que se evidencia una fiel expresión del principio de autonomía, en la que el médico tiene el deber con su paciente de asegurarle una información completa, eficaz, verídica y actualizada respecto al procedimiento que le realizará, esto es en ocasión de que el médico dependiendo del procedimiento que se le vaya a realizar al paciente debe ser capaz de informarle a este las ventajas, desventajas y riesgos, con el fin de que el paciente en su estado consienta sobre tal intervención, pues el tratamiento o intervención podrá afectarlo no solo a él, sino que podrá extenderse al ámbito psicológico y en su haber familiar.

Entrando en el ámbito histórico, **y teniendo claro el concepto de lo que el consentimiento informado es**, tenemos que el consentimiento informado tendría sus antecedentes luego de la Segunda Guerra Mundial, y con el fin de que se evitara la practica experimental con la población, se realizó en el año de 1947 el conocido Código de Núremberg, con el fin de defender los derechos, se perpetuó que la práctica de experimentos en humanos, a pesar de que muchas veces trae consigo beneficios para la sociedad es necesario que se conserven ciertos derechos humanos. Para lo que al consentimiento informado se refiere, se estableció:

- 1) El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona envuelta debe tener capacidad legal para dar su

consentimiento; debe estar situada en tal forma que le permita ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligar a coacer, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos de la materia envuelta para permitirle tomar una decisión correcta. Este último elemento requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto sometible al experimento debe explicársele la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se conducirá, todos los inconvenientes riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre la salud o persona que pueden derivarse posiblemente de su participación en el experimento.

El deber y la responsabilidad para determinar la calidad del consentimiento recaen sobre el individuo que inicia, dirige o toma parte del experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada a otra persona con impunidad.

En el año de 1964 se suscribe la Declaración de Helsinki, promulgada por la Asociación Médica Mundial, como un cuerpo de principios éticos que guiaran a la comunidad médica y a quienes se dediquen con la experimentación con humanos. En este documento se le recomendó a los médicos que se dedican a la investigación y experimentación en humanos lo referente al Consentimiento Informado, lo siguiente:

En el tratamiento de una persona enferma, el médico debe tener libertad para usar una nueva medida terapéutica, si, a su juicio, ofrece una esperanza de salvar la vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento.

Si es posible, y de acuerdo con la psicología del paciente, el médico debe obtener el libre consentimiento del sujeto tras proporcionarle una explicación completa. En caso de incapacidad legal, el consentimiento debe obtenerse del responsable legal; en caso de incapacidad física, el permiso del responsable legal sustituye al paciente.

En 1966, se aprueba por la O.N.U, Organización de Naciones Unidas, el "Pacto de los Derechos Civiles y Políticos" y en su artículo 7 instauro:"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos."

Como Medina Patiño (2012, p.25) expresa, este artículo indica:

La obligación legal que les asisten a los particulares, tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas, como a quienes hacen parte de entidades públicas, de obtener la aquiescencia de quien o quienes vayan a ser objeto de investigaciones científicas, aun cuando estas sean en beneficio de su propia salud.

Los antecedentes se deben tener en cuenta, con ocasión de que en materia de defensa y protección de Derechos Humanos, estos tienen jurisdicción internacional y a su vez son imprescriptibles.

En Colombia para la defensa interna, además de sustentarse en estos tratados, podemos acudir a la ley 23 de 1981 , en cuyos artículos 1-1, y 15, como se expuso anteriormente (ver tema 1 "Del Principio de Autonomía de la Voluntad), reglamentan y protegen el Derecho del Consentimiento Informado y a su vez el principio de Autonomía de la Voluntad en usuarios. Además, del Decreto 3380 de 1981 en el que se reglamentan las relaciones del médico con el paciente. Seguido a esto, como expresa Ruiz Orejuela (2006), los aspectos formales del documento contentivo del consentimiento informado están contenidos en la resolución 8430 de 1993, que trata de investigaciones médicas, pero que deja en claro que no puede existir un formato único de consentimiento informado, sino que debe realizarse acorde a cada caso concreto y de acuerdo a la tecnología del momento. Además de esto, la misma resolución apunta a que el consentimiento oral es válido, pero que al final, quien saldrá perjudicado de esta elección del consentimiento informado oral será el médico.

Continuando con el análisis de lo que el consentimiento informado es, tenemos que constituye una herramienta importante tanto para el paciente como para el médico, toda vez que como Ruiz Orejuela (2013) denota:

Para los profesionales de la medicina, el consentimiento informado junto a los derechos humanos y la educación se ha constituido en un triángulo fundamental para la investigación en la salud. Esto es porque la salud de informar representa una garantía al derecho de información que tiene el paciente para el libre ejercicio de su autonomía sobre la salud de su cuerpo y su mente, el derecho a ser informado en estos eventos, es un derecho esencial del ser humano que se encuentra en situación de enfermedad o próximo a ella debido a un diagnóstico, porque no es el médico quien determina su destino sino el mismo paciente. (p.218)

El consentimiento informado, adquiere el rango de derecho, en ocasión de que toda persona tiene derecho a decidir, y esto es uno de los elementos del consentimiento informado, esto, está fundado en que el acceso a la información adquiere rango de derecho, toda vez que la persona tiene derecho a decidir sobre su vida, ya sea en los aspectos de salud, enfermedad, de vida y muerte. El derecho a estar informado es fundamental sabiendo que de él se esgrimen una diversidad de derechos conexos, quedando hoy como mencionan Monsalve y Navarro (2014), que el derecho a conocer la verdad es una expresión del respeto que se le debe a la persona y a su libertad de decisión, Para respaldar esto se encuentra que en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U del 10 de diciembre de 1948, en la cual, mediante su artículo 19 establece que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión." Además de esta Declaración, existe el Convenio de Oviedo firmado en Abril de 1997, que de carácter vinculante esgrime en su artículo 10, numeral 2 y 3 lo siguiente:

2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada.
3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2.

En Consentimiento Informado, más que ser una norma que se decide cumplir o no, es de carácter obligatorio por parte del médico esto para que no vaya en contravía del derecho de la información y al derecho mismo de consentir por parte del usuario. Aunque claro está, como muchos derechos, este principio no es absoluto en su aplicación y en caso de haber un conflicto entre este y otros principios se llevará a cabo una ponderación para que sobresalga el de mayor valor.

En ocasión al ejercicio médico y a las personas que conforman el equipo sanitario, como se dijo anteriormente, deben tener en cuenta que son los que deben garantizar el derecho a la información del usuario, siempre aludiendo al respeto por los principios de la autonomía y la dignidad humana. Y sin salirse nunca de los parámetros para no afectar las condiciones psicológicas, físicas y familiares del paciente, puesto que cuando se afectan estos ámbitos los principios afectados ya son otros, y es que, en la Sentencia C-264 de 1996 se denota lo siguiente:

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste 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.

No siendo otra cosa, que como explican Monsalve y Navarro (2014), El primer principio del ejercicio médico tiene que ver con la competencia científica del equipo sanitario, y el segundo, el consentimiento idóneo del paciente se da cuando se acepta o se rechaza el usuario por una actuación médica, después de haber sido detalladamente informado, esto es, que la información sea adecuada, apta, verdadera, suficiente y actual. Se puede proponer entonces que el médico es un educador, toda vez que él debe explicar los beneficios y las contraindicaciones de cada uno de los procedimientos que realiza, dado esto, el médico en su relación con el paciente, se podrá decir que la relación es horizontal,

esto es que tanto el médico como el paciente se encuentran en el mismo nivel y la capacidad del mismo, o sea del médico, es apta para brindar la información debida, y que el usuario con un conocimiento promedio pueda entender.

En sustento a lo anterior, encontramos en la sentencia T-762 del año 2004, como la Corte trata al consentimiento informado, aduciendo sobre este que:

Es incontrovertible entonces que el consentimiento debe ir precedido de una información adecuada, esto es, suficiente en cantidad y calidad, pues no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento en que quien lo otorga no sabe en qué ni por qué. Lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su dignidad, y que esta información sea auténtica, completa y humana, como corresponde a algo tan trascendental como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica.

Seguido a esto la Corte en la misma sentencia hace relación al uso adecuado de la información por parte de los médicos, advirtiendo sobre la facilidad al acceso de la información que se tiene ahora, y que por ende la información suministrada por el médico debe ser oportuna, general y clara.

Considera la Corte que los médicos no pueden continuar aplicando el supuesto de que los pacientes no entienden los diagnósticos y que por ello es inútil proporcionarles la información general que un criterio racional exige. Debido a la mejora del nivel cultural de la población, a la creciente facilidad de acceso a la información y a la diversidad de los medios de comunicación, la posibilidad de acceder a informaciones relativas a la medicina es más amplia y puede ser aprovechada por un mayor número de personas. Luego, en un lenguaje sencillo y comprensible el médico debe dar a los pacientes o a sus allegados la información

oportuna, general, clara y suficiente sobre su estado de salud, los servicios que reciben o pueden recibir y la posible evolución del mismo.

Continúa así mismo la Corte expresando en la misma sentencia que:

Es unánime en la doctrina y jurisprudencia actual la consideración de que la información al paciente o a sus allegados constituye una de las obligaciones de los profesionales de la medicina y es requisito previo al otorgamiento del consentimiento de aquellos, puesto que dichas obligaciones no se limitan a la aplicación de las técnicas adecuadas en el estado actual de la ciencia médica (núcleo esencial de su deber prestacional)

Teniendo lo anterior en cuenta, podemos concluir que por más elemental, básico o simple que pueda ser el tratamiento que se le realizará al paciente, por regla general debe realizarse un consentimiento previo al paciente.

Ahora bien, y teniendo en cuenta lo anterior, se pone en conocimiento que la parte débil de la relación es el paciente, y que el Consentimiento Informado será su medio de defensa más idóneo, Monsalve, Navarro (2014, p.91) expresan que:

En el ámbito de las relaciones sanitarias, la información es el principal instrumento para reducir la asimetría cognoscitiva existente entre los facultativos y los pacientes respecto a temas de salud y tratamientos médicos, puesto que es lógico que los profesionales de la salud gocen de la experiencia y sapiencia sobre el tema, lo que convierte al paciente, por su desconocimiento de la materia, en la parte débil de la relación frente al poder científico del galeno y en razón del estado de necesidad suscitado por su padecimiento, por lo que es trascendental la obligación de información de parte del cuerpo médico para atenuar la desigualdad de poder contractual.

Y es que el Consentimiento Informado no es otra cosa que un negocio jurídico, donde el médico se obliga con el paciente a realizar un procedimiento, que será el interés

buscado por el acreedor, no siendo otra cosa que una obligación de hacer, de realizar con éxito o no, dadas sus complicaciones, un acto.

El Consentimiento Informado ha sido, entre otros temas en derecho, de gran debate, análisis y desarrollo en varios países, como es el caso de Estados Unidos, España y entre otros, donde el debate se centra especialmente en la responsabilidad que tiene el médico frente al tratamiento o intervención realizada, esto es, como menciona Ruiz Orejuela (2013, p.220) citando a la Corte Suprema de Canadá en 1981 en el fallo que se dictó a REIBL frente a HUGHES, , "(...) Los defectos relativos al consentimiento informado del paciente cuando se trata de elección libre e informada sobre el sometimiento o el rechazo a un adecuado y recomendable tratamiento médico, constituyen infracciones del deber de cuidado exigible al médico(...)". En el caso del derecho español, el aporte más importante viene acompañado de que el derecho de informar no solo es garantía de aquel paciente enfermo, sino también de aquel paciente sano que pretende evitar una enfermedad o en cierta medida conservar su salud. Seguido a esto, en la ley española advierten de cuatro presupuestos importantes a tener en cuenta en el Consentimiento Informado, i) el titular del consentimiento informado es el paciente o usuario del servicio sanitario; ii) el Consentimiento Informado debe realizarse con anterioridad al tratamiento; iii) no existe un requisito formal para la validez del Consentimiento; y finalmente iv) el objeto del Consentimiento informado es que el acto médico, o el tratamiento médico este sujeto a la *lex artis* y a los riesgos inherentes a ella.

Abarcando cada uno de los presupuestos, tenemos que el primero, i) el titular del Consentimiento Informado es el paciente o usuario del servicio sanitario se entiende como aquel derecho personalísimo que protege al menor frente a sus padres e incluso frente al médico si este tiene una capacidad suficiente para determinarse, extendiéndose incluso para aquel paciente que no puede autodeterminarse o está en estado de coma, en donde el médico tendrá la potestad de decidir que tratamiento realizar desde la experiencia o desde su experticia profesional; el segundo presupuesto, ii) el Consentimiento Informado debe realizarse con anterioridad al tratamiento, siendo en esta etapa en la que el médico le debe

brindar al paciente toda la información requerida y necesaria sobre el tratamiento a realizar, sus complicaciones y demás hechos necesarios y ya hablados para que el consentimiento informado sea pleno. Esta información debe ser brindada de manera tal que el paciente la comprenda y entienda claramente. Como tercer presupuesto tenemos que i) no existe un requisito formal para la validez del Consentimiento, esto siendo en España en resumidas palabras que el Consentimiento Informado se acepta de manera verbal y su validez es plena. El problema con esto es que viene seguido de una falta probatoria y la implementación de un esquema escrito se ha implementado para evitar tal situación. El cuarto y último presupuesto es que iv) el objeto del Consentimiento informado es que el acto médico, o el tratamiento médico este sujeto a la *lex artis* y a los riesgos inherentes a ella. para esto, Monsalve, Navarro (2014, p.95) citan a PEREZ quien se expresa de este presupuesto de la siguiente manera:

Son deberes vinculados a una conducta leal que las partes deben observar en el curso de sus relaciones contractuales o de contacto negocial. Su inobservancia o violación puede dañar los sentimientos, la dignidad o los bienes del paciente, por lo que el deber de prestación o ejercicio de una técnica profesional correcta (*lex artis* estricta) solo se completa si va acompañada de una información veraz, prudente y fidedigna al enfermo (*Lex artis* complementaria).

Esto, y todo lo antes hablado viene de la mano de lo que la Corte Constitucional expresó en la sentencia T-1229 de 2005,

El derecho constitucional y en particular en lo relacionado con los derechos fundamentales de toda persona, el paciente tiene el derecho a conocer, de manera preferente y de manos de su médico tratante, la información concerniente a su enfermedad, a los procedimientos y/o a los medicamentos que podrán ser empleados para el mejoramiento de su estado de salud, con el fin de que pueda contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan, en uso de sus derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la autonomía personal, otorgar o

no su asentimiento acerca de las actuaciones médicas que incidirán en su salud, y en su propia vida.

Finalmente para concluir este tema, y dejando en claro, el Consentimiento Informado no es otra cosa que un derecho que tiene el paciente de ser informado previo a un tratamiento, y es un deber del médico tratante realizar tal consentimiento previa intervención, esto con el fin de garantizar al paciente de manera expresa el derecho que posee a la Autonomía de la voluntad, dicho en palabras de Ruiz Orejuela (2006, p.73),

El consentimiento informado expresado de manera oral o escrita, no es más que la materialización del principio de autonomía del paciente y una base de equilibrio en la relación sanitaria, es, y más en nuestros días, un medio de defensa del paciente frente a la aplicación de una ciencia que desconoce en su cuerpo y en su salud, pero no lo es de forma indiscutible para el médico, ya que el asegurarse de obtener el consentimiento del paciente no es una forma de exonerar su responsabilidad por los daños ocasionados por una mala praxis, la información al paciente no subsana la negligencia o la falta de pericia.

III. QUE ALCANCE TIENE EL RESPETO AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Tratados los temas anteriores, se da paso a dar respuesta al interrogante objeto de este ensayo, precisando cual es el alcance que tiene el respeto al principio de autonomía de la voluntad en el consentimiento informado, no siendo desarrollado antes, debido a que era necesario conceptualizar sobre los temas respectivos, como son la Autonomía de la Voluntad y el Consentimiento Informado.

Para empezar a desarrollar este punto, debemos centrarnos en las excepciones o en aquellos límites a la obligación de informar por parte del médico.

Inicialmente tenemos que en la Ley 23 de 1981 de Colombia, esto es el Código de Ética Médica y el decreto 3380 del mismo año que la reglamenta, en su artículo 11 informa sobre las dos maneras en que el médico se exonera de dar un consentimiento previo al paciente, esto es entre otras cosas, dos puntos en que la voluntad del paciente se ve limitada, los dos puntos a tener en cuenta son: "a) cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico". Aun así aparte de estos dos puntos, la jurisprudencia y la doctrina han tratado en ocasiones sobre otras más que exoneran al médico o lo limitan para dar información y por ende asentir, por parte del paciente, su derecho a la autonomía de la voluntad. Estos son, a) aquel paciente que rechaza su derecho a no ser informado sobre los tratamientos a seguir por su enfermedad; b) cuando el grado de enfermedad del paciente pone en peligro la salud pública. c) cuando la información médica suministrada, le da luces al médico sobre tal patología que llevan al paciente a desencadenar efectos tales en la salud que podrían empeorarla;

Desarrollando el primer literal de lo que expresa el Decreto 3380 y la Ley 23 de 1981 tenemos que la voluntad del paciente se ve limitada "a) cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan", esto se puede relacionar de

manera más directa cuando el paciente posee un estado mental en el que no se pueda valer por sí mismo o si es un menor. Dada esta primera primicia acompañado de la ausencia de los parientes a cargo, aun así, el artículo 14 de la ley 23 de 1981 nos esgrime que "El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata." el médico tiene la autorización de intervenir al paciente entonces cuando la urgencia así lo amerita. En sentencia T-412 de 2004 la corte se pronuncia diciendo que:

En diversos pronunciamientos la Corte ha hecho ver que el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, que se deriva del mandato pro libertate acogido por nuestra Constitución, exige que su consentimiento sea otorgado para proceder a practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo y que sus decisiones en esta materia sean producto de una suficiente información; en tal virtud, dicho principio de autonomía impone a los médicos tratantes el suministrarle información comprensible a fin de que pueda decidir libremente que se somete a los tratamientos o procedimientos prescritos. El que el consentimiento del paciente sea informado supone entonces que médico debe permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. Tratándose de menores de edad o de incapaces, como regla general la Corte ha concluido que los padres y/o los representantes legales pueden autorizar los procedimientos o tratamientos médicos que les sean prescritos. No obstante, en algunos casos especiales ha hecho ver que se requiere autorización judicial para proceder a practicar la intervención. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que el grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen de los riesgos, los beneficios y del impacto del tratamiento y que tratándose de procedimientos muy invasivos, o riesgosos para la salud y la vida, o

de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente o de sus padres o representantes y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un "consentimiento cualificado". En cuanto a lo que debe entenderse por consentimiento cualificado, necesario en el caso de intervenciones invasivas o riesgosas, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, la Corte ha hecho ver que se trata de la expresión de una voluntad libre de someterse o someter al menor o al incapaz a un procedimiento riesgoso o invasivo, o de optar por determinada alternativa o procedimiento, consentimiento obtenido en un proceso de información detallada, formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo. Para ello se ha hecho ver la utilidad práctica de ciertos protocolos médicos.

El segundo literal del Decreto 3380 de 1981 expresa que "b) cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico". Y la urgencia médica es definida por el Decreto 3380 de 1981 en su artículo 3 como de la siguiente manera:

Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico.

Esto además, habiendo un estudio previo de las circunstancias particulares del caso, es decir, pues no todo tratamiento es urgente, en la sentencia SU-337 de 1999 la Corte insistió en que:

La autorización explícita del paciente puede no ser necesaria en determinados casos, por cuanto el principio de autonomía puede ceder ante las exigencias normativas de los otros principios concurrentes, dadas las particularidades de la situación concreta, tal y como sucede en las emergencias médicas o eventos asimilables. El principio de

autonomía tiene entonces una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia. Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización para toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia. Esto significa que el equipo médico que quiera abstenerse de obtener el consentimiento informado tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de ese distanciamiento, pues si no lo hace, la prevalencia prima facie del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace ineludible la obtención del permiso de parte del paciente.

Si bien estos dos son los dos limitantes o alcances que tiene la voluntad del paciente, en la jurisprudencia y la doctrina, como dijimos antes, se han desarrollado otros, como fueron mencionados antes, el primero es, a) aquel paciente que rechaza su derecho a no ser informado sobre los tratamientos a seguir por su enfermedad. Y es que es necesario centrarnos en la idea de que el paciente también tiene la facultad de expresarse en el sentido de no ser informado, es decir, si el paciente tiene derecho a ser informado, esto lo habilita a que el mismo tenga la posibilidad de que no sea informado sobre el tratamiento, y ponga su entera confianza en el médico, ya sea por cuestiones éticas o psíquicas que puedan llevar al paciente a tomar tal decisión, pues como se hablo en apartados anteriores, decidir a no ser informado hace parte fundamental del derecho a la autonomía o autodeterminación de la persona, y por lo mismo, esta debe ser respetada. Aun así, esto no quiere decir que el médico no deba consentir previamente con el paciente para obtener de este último, el permiso a no ser informado, al contrario, debe ser suministrado por el paciente, como si de un consentimiento se tratara, y debe quedar documentado expresamente o en medio magnético la constancia del paciente, en la que se expresa que ha renunciado a su derecho. Esto con el fin posterior de ser una prueba para el médico en un eventual conflicto, en donde se demuestre por medio de tal constancia que el médico le informó al paciente, pero que este expresamente renunció al derecho de ser informado.

Este eventual caso es tratado por Domínguez (2007) donde nos trae que "(...) en otros casos se contempla expresamente respetar la necesidad de respetar la voluntad del paciente de no ser informado (...)"

Ahora pues Monsalve, Navarro (2014, p77) nos informa que "En Colombia, si bien no existe una ley que regule la materia concerniente al derecho que asienta el requerimiento del deber de información en la praxis médica colombiana, no se puede obviar que la Constitución y los diversos tratados internacionales ratificados por una multiplicidad de garantías fundamentales, (...). Por tanto si se protege el derecho a ser informado, este llevará aparejado, indeleble y consecencialmente, el derecho a no saber, ya que se verá como un reflejo del derecho de libertad, a la integridad, autonomía y dignidad humana, porque no se puede obligar al paciente a recibir una información que no desea y que no está en capacidad de asimilar, sino que, por el contrario, pone su plena confianza en la diligencia médica para que se tome la mejor decisión en su caso clínico."

Pero en Colombia este derecho no es absoluto, y tiene su alcance mermado, e incluso sin efecto cuando hablamos de la protección de un interés general, prevaleciendo sobre el interés particular y es aquí, cuando en la jurisprudencia se habla del segundo punto a tratar de cuando la voluntad del paciente se ve mermada o limitada, y es b) cuando el grado de enfermedad del paciente pone en peligro la salud pública. Esto en ocasión de aquellas enfermedades como las pandemias que ponen en grave peligro la salud pública. A pesar de ello, al médico tratante se le recomienda dar la información de manera clara pero sin llegar a ser agobiante o demasiado fría para el paciente receptor de la información previo al tratamiento.

En la ley Orgánica 3 de 1986 de España se habla al respecto de este tema, siendo usado para el control de enfermedades que pongan en grave peligro la salud pública, esta Ley expresa:

Artículo primero. Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas

podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo segundo. Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo tercero. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Y esto es importante toda vez que por medio del Marco Normativo del Bloque de Constitucionalidad estas normas deben de ser puestas a merced de los países que se acogen a respetar los derechos fundamentales y principios de las personas, cosa tal que será la bien llamada Función Integradora, de esta manera los tratados internacionales, disposiciones de derecho internacional y de normas consuetudinarias sobre derechos humanos que pretenda darle validez a los derechos adquiridos por los ciudadanos del Estado Colombiano, tendrán toda la efectividad y aplicabilidad jurídica para ser integrado y eventualmente adaptados a la legislación interna

El tratado que el bloque de constitucionalidad le da a este tipo de casos está eventualmente en las siguientes normas de la Constitución Política:

"artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

artículo 93. según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

artículo 94, que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

artículo 214. numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”

Pero sin apartarnos de lo que realmente son los límites de la Autonomía de la voluntad encontramos este punto "b) cuando el grado de enfermedad del paciente pone en peligro la salud pública" y el siguiente, que van de la mano en cuanto a la argumentación de su existencia respecta y prevalencia como alcances de la Autonomía de la Voluntad; c) cuando la información médica suministrada, le da luces al médico sobre tal patología que llevan al paciente a desencadenar efectos tales en la salud que podrían empeorarla; Y es que el médico en su profesión y amparado por el principio de beneficencia le otorga un privilegio terapéutico, por la salud del paciente, esto no queriendo decir que siempre se debe amparar en tal privilegio, pues no todo conlleva a un riesgo inminente, y si es posible obtener del paciente el consentimiento para realizarse otra intervención o tratamiento, lo debido y acertado será esto.

El principio de Beneficencia le brinda al médico en ciertos casos una vía libre a actuar según sea lo mejor para la vida de la persona, este principio se podría definir de la siguiente manera, como se expresa en la sentencia T-452 de 2010, sentencia de referencia,

donde se hace alusión al principio como tal en la profesión médica y trata principios ligados a la beneficencia y advierte que:

“Es deber de estos profesionales [los médicos] contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de no maleficencia o *primun non nocere*)”
Éste “encuentra sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (CP art. 49)”

Pero hay que advertirse también que el principio de Autonomía puede verse limitado en este entendido, por este principio de beneficencia, y es que llega cierto momento donde hay que poner a sopesar los principios, según el tema a tratar y la necesidad que lleva al médico de tomar tal decisión, la sentencia T-1021 de 2003, una sentencia de referencia en la cual se esclarece tal ponderación de estos dos principios y que puede ser usada para sufragar tal problema y el punto de que trata este alcance al principio de autonomía, esta nos comunica lo siguiente:

"La prevalencia del principio de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, no constituyen, sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo sanitario puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente (...)En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos

no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.

Las anteriores situaciones muestran entonces que la autorización explícita del paciente puede no ser necesaria en determinados casos, por cuanto el principio de autonomía puede ceder ante las exigencias normativas de los otros principios concurrentes, dadas las particularidades de la situación concreta, tal y como sucede en las emergencias médicas o eventos asimilables. El principio de autonomía tiene entonces una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia. Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización para toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia. Esto significa que el equipo médico que quiera abstenerse de obtener el consentimiento informado tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de ese distanciamiento, pues si no lo hace, la prevalencia prima facie del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace ineludible la obtención del permiso de parte del paciente.”

A pesar de todo esto hay un tema de rigor que tratar, que es el consentimiento implícito y que puede afectar en cierta medida la voluntad del paciente. Monsalve, Navarro (2014, p.209) exponen la idea de SHIPLEY, 1967 en el que,

El consentimiento del paciente a un tratamiento presupone también el de las actividades para llevarlo a cabo (...) así por ejemplo, el médico que ha obtenido un consentimiento para la extracción de cálculos mediante cirugía cuenta también con la autorización para realizar incisiones y suturas necesarias que implica el procedimiento.

Una segunda vertiente de dicha doctrina entiende que si en el curso de un procedimiento quirúrgico se descubre una afectación que no fue posible diagnosticar previamente, y según la ciencia y los protocolos médicos sugieren que sea tratada en el mismo acto, el médico lo puede hacer aunque no exista consentimiento expreso (...), siempre y cuando no se trate de amputaciones o extirpación de órganos. La actuación queda amparada por el beneficio que le reporta al paciente y por la urgencia que requiere la intervención. De no darse estos requisitos, no concurre el consentimiento.

Y es que han habido muchos casos en los cuales al paciente se le ha realizado una cirugía y durante tal intervención se encuentra algo anormal o que no funciona correctamente, separado del tratamiento que inicialmente se espera realizar, pero el médico dentro de su tratamiento cree que puede realizar, haciendo una extensión en el consentimiento del paciente y realizando además del tratamiento pactado con anterioridad, otro diferente. Castaño de Restrepo (1997) trae a colación un Fallo del Tribunal Supremo de España (1957) en el cual el médico tiene la obligación de operarle una hernia inguinal a su paciente, pero este extiende el consentimiento para quitar de raíz el miembro sexual, todo esto porque el médico durante la cirugía observó un posible sarcoma, sin previa evaluación. Cabe destacar que el paciente no había exteriorizado un consentimiento para que le curaran el sarcoma, sino para que se le operara la hernia, a lo que el Tribunal expresa que la mera observancia subjetiva sobre tal sarcoma sin un antecedente o un estudio no es aceptable para realizar tal intervención, a no ser que este problema, durante la cirugía, ponga en riesgo la vida del paciente. Para lo que el Tribunal mismo asienta en que el medio post operación pudo obtener el debido consentimiento del paciente para extraer el sarcoma.

Esto teniendo en cuenta que, como se mencionó antes el Bloque de Constitucionalidad permite la Jurisprudencia de instancias internacionales como vinculante en la interpretación de los derechos consagrados en la constitución y a esto sumándole el argumento de que en la ley 23 de 1981 en el artículos 14 y 15 se determina el consentimiento implícito cuando permite actos médicos sin consentimiento en los casos de urgencia que requieren intervención inmediata,

ARTICULO 14. El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata. ARTICULO 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 le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

En Colombia este consentimiento implícito es bien utilizado, toda vez que el mismo alcance normativo así lo permite, los Artículo 3 11 y 12 del Decreto 3380 de 1981 y los anteriores artículos 14 y 15 de la Ley 23 de 1981 autorizan al médico a omitir información a sus pacientes y el Consejo de Estado no está callado respecto al Consentimiento Implícito. Enrique Gil Botero en el fallo 63001-23-31-000-1997-04547-01(15737) del 23 de abril de 2008, Sala Tercera, expone:

En una palabra, del comportamiento del paciente que se revela en el silencio ante las múltiples advertencias emana la forma de un consentimiento tácito. Es más, mutatis mutandi, podría incluso afirmarse parafraseando al profesor Hinestrosa , que la conducta humana no se agota en la declaración, que existen otras formas y esta es justamente, el comportamiento o conducta de la cual se deduce la voluntad.

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya se anotó, no ordena la exigencia de una voluntad expresa, vale decir, que se traduzca en una afirmación neta y caracterizada

y en correlación directa e inmediata con el procedimiento quirúrgico por adelantarse.

De ahí que para la Sala es claro que en sub lite medió una manifestación consciente y libre de la decisión volitiva, que aunque no consta por escrito, ello no obsta para que tenga plena eficacia jurídica cuando ella aparece de manera tácita, en tanto ella evidencia no sólo el pleno conocimiento de los eventuales riesgos a los que se sometía, sino que también se trata de una voluntad libre, como quiera que de acuerdo con las pruebas evaluadas, la misma no adolece de vicios.

Finalmente cabe destacar que como reitera el Consejo de Estado en el expediente 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726) del 11 de febrero de 2009, C.P. Miryam Guerrero de Escobar, Sección Tercera, es necesario en todo momento un documento que sea suscrito por el paciente, previa información completa, clara y precisa de los riesgos del procedimiento o tratamiento a realizarse:

" La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse. El derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad. Por ello importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente. Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio. El consentimiento idóneo se presenta cuando el

paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente. "

CONCLUSIONES

Durante el recorrido doctrinal, jurisprudencial y la extracción de información de textos sobre el tema, llegamos a la conclusión de que no se puede hablar sobre el alcance de la voluntad en el consentimiento informado, sin primero pasar por los dos últimos temas, es decir, sin primero explicar que es la voluntad y que es el consentimiento informado, y que ambos van ligados el uno del otro.

La Autonomía de la Voluntad no es otra cosa que aquel principio intrínseco que tiene la persona para decidir sobre sí mismo, y este derecho debe ser respetado Erga Omnes,

El Consentimiento Informado es un derecho que tiene toda persona, de ser informada de manera clara, precisa y adecuada sobre lo que advierte ser un tratamiento sobre su persona, que sea necesario, para lograr obtener esa mejoría en lo que a la salud respecta o meramente estético.

Finalmente logramos esclarecer en el proceso además de los dos límites expresos que la ley cobija al principio de la Autonomía de la Voluntad, estos son "a) cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico". Otros tres que contienen gran información y tratamiento jurisprudencial, "a) aquel paciente que rechaza su derecho a no ser informado sobre los tratamientos a seguir por su enfermedad; b) cuando el grado de enfermedad del paciente pone en peligro la salud pública. c) cuando la información médica suministrada, le da luces al médico sobre tal patología que llevan al paciente a desencadenar efectos tales en la salud que podrían empeorarla;"

Y que aun así, hay un consentimiento implícito que pareciera ser un límite mas para la autonomía del paciente, pero, rescatando aun así que ante todo, el consentimiento, acompañado de la Autonomía del paciente, debe ser puesta en tal medida que sea necesaria y su adecuado obtención previo todo tratamiento.

Esto además de ser un ensayo, posiblemente traiga al lector a ver que hay ciertos vacíos o incluso, ciertos debates que podrían generar en la sociedad actual de Colombia más compromiso y orden a la hora de la obtención del llamado Consentimiento Informado. Para los médicos, centros asistenciales del país y las personas pacientes tanto del servicio médico prestado por el gobierno, o usuarias de un servicio médico privado, podría ser una advertencia, un mero consejo o de ser muy previsoros de obtener de toda observancia médica previa una intervención o tratamiento no un consentimiento verbal, sino un consentimiento escrito que ponga en manifiesto la voluntad individual.

REFERENCIAS

Asamblea Médica Mundial, Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, Junio de 1964, de http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/17c_es.pdf

Botero, E. G. (2013). *Tesaurus de Responsabilidad Extracontracual del Estado*. Bogotá: TEMIS.

Camargo, E. L. (2009). DERECHOS DEL ENFERMO DERIVADOS DEL. *Principia IURIS* , 75-89.

Código de Núremberg, 1947, de http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/2.INTL._Codigo_Nuremberg.pdf

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia del 23 de Abril de 2008, C.P. Gil Botero, Enrique. Expediente: 15737

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia del 11 de Febrero de 2009, C.P. Guerrero de Escobar, Miryam. Expediente: 14726.

Colombia, Corte Constitucional (1994, junio), "Sentencia T - 401", M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (1996, junio), "Sentencia C - 264", M.P. Muñoz Cifuentes, Eduardo, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (1999, mayo), "Sentencia SU - 337", M.P. Martínez Caballero, Alejandro

Colombia, Corte Constitucional (2003, octubre), "Sentencia T-1021", M.P. Triviño Córdoba, Jaime, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2004, agosto), "Sentencia T - 762", M.P. Araujo Rentería, Jaime, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2004, mayo), "Sentencia T - 412", M.P. Monroy Cabra, Marco Gerardo, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2005, noviembre), "Sentencia T - 1229", M.P. Araujo Rentería, Jaime, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2006, noviembre), "Sentencia C - 866", M.P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio, Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2010, junio), "Sentencia T-452", M.P. Sierra Porto, Humberto Antonio, Bogotá D.C.

Convenio de Oviedo (1997), de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>

Decreto 3380, Diario Oficial No. 35.914 de la República de Colombia, del 30 de Noviembre de 1981.

- Domínguez Luelmo, Andrés, Derecho sanitario y responsabilidad médica. Madrid: Lex Nova
- Dr. José E. Oliva Linares, D. C.-B. (31 de mayo de 2000). *SCIELO*. Recuperado el 2015, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-03002001000200011&script=sci_arttext.
- Dr. José E. Oliva Linares, D. C.-B. (31 de Mayo de 2000). *Scielo*. Recuperado el 2015, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-03002001000200011&script=sci_arttext
- Kant, Immanuel (1785), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.
- Leonardo Medina Patiño (2012), *La Responsabilidad Civil Profesional y el Consentimiento Informado en el Sector Salud*, Cali - Colombia.
- Ley 23, Diario Oficial No. 35.711 de la República de Colombia, del 27 de febrero de 1981.
- Ley Orgánica 3 (1986), de 14 de Abril, de medidas especiales en materia de salud pública.
- MUNDIAL, D. D. (1964). *18ª Asamblea Médica Mundial*. Helsinki.
- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de Marzo de 1966, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20ODE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php>
- Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de Diciembre de 1948, de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%20El%20sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf
- Núremberg, T. I. (1947). *CÓDIGO DE NÚREMBERG*.
- Orejuela, W. R. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regimenes*. Bogota: ECOE EDICIONES.
- Orejuela, W. R. (2006). *Responsabilidad médica estatal*. ECOE Ediciones.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª.ed.).
- Restrepo, M. P. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Santa Fe de Bogotá - Colombia: TEMIS.
- Reyes, V. M.-D. (2014). *El consentimiento informado en la praxis médica*. Bogotá - Colombia: TEMIS.