

MARÍA PATRICIA CASTAÑO DE RESTREPO

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad  
civil médica con específicas referencias a la  
responsabilidad penal y disciplinaria  
de algunos profesionales de la salud



EDITORIAL TEMIS S. A.  
Santa Fe de Bogotá - Colombia  
1.997

# ÍNDICE GENERAL

## INTRODUCCIÓN Y PLAN

	PÁG.
1. Importancia de la teoría del consentimiento informado del paciente dentro de la llamada responsabilidad médica .....	1
2. Pueden presentarse conflictos entre el ejercicio de algunos derechos y el cumplimiento de ciertos deberes al determinar la eficacia jurídica de la voluntad del paciente .....	2
3. Interés generalizado que despierta el tema .....	3
4. Algunas dificultades para aplicar la teoría coherentemente .....	4
5. No siempre es relevante la voluntad del paciente .....	5
6. No siempre el profesional de la salud tiene que contar con la voluntad del paciente, pero no porque su actuación sea legitimada por su sola autoridad científica (“el saber como poder”) .....	5
7. Nuestra contribución .....	6
8. Plan general .....	7

## PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

9. Sobre la necesidad de contar con la voluntad del paciente .....	9
a) ¿Debe obtener el profesional de la salud la voluntad jurídica de su paciente?	9
10. Sobre los presupuestos del asentimiento o disentimiento idóneo .....	9
b) ¿Cuáles presupuestos o etapas se deben agotar para obtener la voluntad jurídica del paciente en forma idónea? .....	10
11. Sobre el contenido de la información .....	10
c) ¿Qué debe informar el médico o profesional de la salud? .....	10
d) ¿Puede el médico reservarse alguna información? .....	10
12. Sobre el “consentimiento directo” y sobre el “consentimiento diferido” (por medio de otro) .....	10
e) ¿A quién (es) se debe informar? .....	10
f) ¿En qué casos solo el paciente puede recibir la información, decidir y exteriorizar su voluntad? .....	10

g) ¿Cuándo otras personas pueden recibir la información y decidir por el paciente? .....	10
h) ¿Quiénes pueden hacerlo? .....	10
13. Sobre el alcance del consentimiento .....	13
i) ¿Cuál es el alcance de la voluntad jurídica del paciente? .....	13
j) ¿Qué debe hacer el facultativo frente a lo que se ha denominado el “hallazgo médico”? .....	13
14. Sobre la eficacia jurídica del consentimiento (voluntad) del paciente .....	14
k) ¿Es siempre eficaz la voluntad jurídica del paciente? .....	14
l) ¿Puede el paciente tomar válidamente decisiones que comprometan su salud o su vida? .....	14
m) ¿Pueden las personas consideradas incapaces legalmente, tomar decisiones que afecten su vida y su salud? .....	14
n) ¿Prevalecerá el derecho a la libertad del paciente sobre su deber de autocuidado? .....	14
o) ¿Cuál es el alcance del deber de autocuidado consagrado constitucionalmente? .....	15
p) ¿Cuándo el paciente es autónomo? .....	14
q) ¿Cuál es la órbita de ejercicio de su autonomía? .....	14
r) ¿Qué debe hacer el profesional de la salud frente a la oposición de su paciente al acto médico o de experto? .....	14
15. Sobre la autonomía procreativa del ser humano .....	15
rr) ¿Pueden los miembros de cada pareja ejercer su autonomía procreativa independientemente antes de la concepción? .....	15
s) ¿Está facultada la mujer para ejercer su autonomía procreativa después de la concepción? .....	15
16. Sobre dos casos de especial interés .....	15
t) ¿Será relevante la voluntad del paciente infectado por el VIH que se opone al suministro de la información sobre su estado de salud a sus familiares o allegados expuestos a riesgo? .....	15
u) ¿Debe acatarse la voluntad del paciente que solicita la eutanasia? .....	15
17. Sobre la prueba de la información suministrada al paciente y de su voluntad o la autorización de sus responsables (carga de la prueba de la información y del asentimiento o disentimiento) .....	15
v) ¿A quién corresponde la carga de la prueba sobre la información suministrada al paciente y sobre la obtención de su voluntad jurídica? .....	16

## SECCIÓN PRELIMINAR

**IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD JURÍDICA DEL PACIENTE  
POR SU RELACIÓN CON OTROS TEMAS**

18. Planteamiento del problema .....	17
19. Plan .....	19

## Subsección I

PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL  
Y VALIDEZ DE LOS ACTOS JURIDICOS

	PÁG.
20. Plan .....	20
I. La voluntad del paciente y la responsabilidad contractual	
21. El principio de la consensualidad en materia contractual .....	20
21.1 Posibilidad de aplicar ciertos principios del derecho comercial a algunos contratos de prestación de servicios de la salud .....	23
22. Discusión sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad que se puede asumir por la administración y/o prestación de servicios de salud dentro del nuevo esquema de seguridad social en salud .....	24
22.1 Planteamiento del problema. Tesis que sustentan los extremos de la discusión (en pro de la naturaleza contractual y de la extracontractual) ..	24
22.2 Plan .....	29
22.3 1. Responsabilidad que puede surgir frente al paciente usuario del servicio .....	30
22.3.1 A. Por fuera de P.O.S., P.O.S.S., P.A.B. ....	30
22.3.1.1 Prestación de servicios de salud en forma particular .	30
22.3.1.2 Contratos de prestación de servicios de salud con entidades de medicina prepagada .....	31
22.3.1.3 Contratación de planes complementarios de salud ....	32
22.3.1.4 Contrato de seguro de salud .....	32
22.3.1.5 Celebración de contratos de prestación de servicios de la salud para cubrir los tratamientos o procedimientos excluidos del P.O.S. ....	33
22.3.1.6 Celebración de contratos de prestación de servicios de la salud por encontrarse el afiliado en un período de carencia .....	33
22.3.2 B. Aun en la prestación de servicios de la salud incluidos en el P.O.S.se pueden encontrar posibilidades o argumentos contractuales .....	33
22.3.2.1 Cuotas moderadoras .....	34
22.3.2.2 Los copagos .....	34
22.3.2.3 Nuestra posición en torno a la naturaleza de la responsabilidad que puede surgir para una E.P.S. por la administración y/o prestación de servicios incluidos en el P.O.S. ....	35
22.3.3 El sistema de atención de riesgos profesionales también admite posibilidades contractuales .....	37

22.4.	2. Responsabilidad contractual entre las E.P.S., las I.P.S., y los profesionales independientes o grupos de profesionales debidamente constituidos, que contratan entre sí .....	38
23.	Conclusiones .....	39
II. La voluntad del paciente y el contrato de prestación de los servicios de la salud		
24.	Planteamiento específico del problema .....	39
25.	Dificultad para determinar el objeto de las prestaciones a cargo de las partes, al inicio de la relación profesional de la salud-paciente .....	40
	<b>A.</b> La voluntad jurídica del paciente exteriorizada al inicio del contrato es suficiente para facultar al médico o profesional de la salud para realizar todos los actos requeridos por aquel. En consecuencia, la responsabilidad que pueda derivarse para las partes es eminentemente contractual .....	41
26.	Principales fundamentos de esta teoría .....	41
	26.1 Contraargumentación general .....	41
	26.1.1 No se puede desconocer el mandato del art. 15 de la ley 23 de 1981 .....	44
	26.1.2 Aplicación de las normas reguladoras del mandato .....	45
	26.2 Conclusión .....	48
	<b>B.</b> La voluntad del paciente exteriorizada al inicio del contrato, faculta al profesional de la salud para realizar todo acto, tratamiento o procedimiento previsto por este e informado al paciente .....	48
27.	Concordancia de esta posición con la teoría del consentimiento informado	48
	27.1 No siempre es posible aplicar esta solución .....	48
	<b>C.</b> Celebración de contratos consecutivos .....	49
28.	Fundamentación de esta solución .....	49
	28.1 Contraargumentación .....	49
	<b>D.</b> Diferenciación entre consentimiento y asentimiento .....	50
29.	Fundamentación de esta distinción .....	50
	29.1 Posición de la doctrina italiana .....	51
	29.2 Precisiones en torno a relevancia jurídica de la voluntad del paciente de acuerdo con el sentido que tenga en el contrato (consentimiento y/o simple asentimiento); y su trascendencia jurídica aunque no exista contrato .....	52
	29.3 Precisiones sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad que puede surgir por el incumplimiento de las obligaciones de informar y/o de contar con la voluntad del paciente .....	53
III. Relación entre la voluntad jurídica del paciente y la validez de los actos jurídicos que integra (los vicios del consentimiento)		
30.	Conceptos generales .....	58
31.	El error .....	59

32. La fuerza .....	61
33. El dolo .....	61

Subsección II

RELACIÓN ENTRE LA NO OBTENCIÓN DE LA VOLUNTAD JURÍDICA  
DEL PACIENTE (ASENTIMIENTO) CON LA CULPA MÉDICA  
Y LA DETERMINACIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD

34. Relación con la culpa médica .....	62
35. El problema del nexo causal .....	62

Subsección III

RELACIÓN ENTRE LA INDEBIDA INFORMACIÓN A TERCEROS,  
LA INADECUADA APLICACIÓN DEL “CONSENTIMIENTO DIFERIDO”  
Y LA VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

36. Fundamentación general de esta relación .....	65
---	----

SECCIÓN I

PRESUPUESTOS PARA OBTENER LA VOLUNTAD JURÍDICA  
DEL PACIENTE EN FORMA IDÓNEA (FASES DEL PROCESO)

37. Planteamiento del problema .....	67
38. Plan .....	69

Subsección I

INFORMACIÓN PREVIA

39. Plan .....	70
40. Relación entre información-comunicación-consentimiento .....	71

I. Límites en materia de información

41. Plan .....	72
42. Notas introductorias .....	72
A. Ignorancia técnica del paciente .....	73

43. Conceptos generales sobre la ignorancia y los errores en que frecuentemente incurre el paciente .....	73
44. El caso Berkey-Anderson .....	74
45. Condiciones culturales y religiosas del paciente .....	74
46. Algunas connotaciones jurídicas de la ignorancia técnica del paciente .....	75
<b>B. Estado moral y psicológico del paciente</b> .....	77
47. Enunciado general .....	77

## II. Principios y orientaciones rectoras en materia de información

48. Plan .....	77
<b>A. Aplicación de los principios de beneficencia y autonomía</b> .....	78
49. Planteamiento del problema .....	78
50. Criterio de la práctica profesional .....	79
50.1. Inconvenientes para su aplicación .....	80
51. Criterio de la persona razonable .....	80
51.1 Inconvenientes para su aplicación .....	80
52. Criterio subjetivo .....	80
52.1 Nuestra posición respecto a la aplicación de este criterio .....	81
<b>B. Moderada facultad discrecional del profesional para graduar el contenido de la información</b> .....	81
53. Argumentación general .....	81
54. Constancia en la historia clínica de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla .....	83
55. El médico debe dedicar al paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de sus condiciones de salud .....	83
56. Relación entre la dificultad del profesional para evaluar las condiciones particulares del paciente y la culpa médica por violación al deber de informar adecuadamente .....	86
57. Posición de la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a la discreción del profesional para graduar el contenido de la información .....	85
58. La facultad discrecional del profesional y la aplicación de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado al deber de informar y de obtener el asentimiento .....	85
<b>C. Apoyo y prudencia</b> .....	93
59. Deber de dar apoyo al paciente .....	93
60. Deber general de prudencia .....	94
<b>D. Características generales de la información</b> .....	96
61. Conceptos generales .....	96
62. Simpleza y aproximación de la información .....	96
63. Veracidad y lealtad de la información .....	97
64. La prudencia en la información .....	97
65. La Información debe ser inteligible .....	97

66. La información debe ser oportuna .....	98
--	----

### III. A quién se debe informar

67. Plan .....	98
68. Notas introductorias .....	98
<b>A. Consentimiento directo del paciente (asentimiento o disentimiento) .....</b>	<b>99</b>
69. Plan .....	99
70. Nota aclaratoria sobre la terminología adoptada .....	99
<b>1. Relación entre el principio de reserva, el secreto profesional y el criterio según el cual, el paciente tiene derecho a recibir la información y a decidir de acuerdo con sus mejores intereses .....</b>	<b>100</b>
71. Plan .....	100
<b>a. Implicaciones del principio de reserva y el secreto profesional en el consentimiento directo .....</b>	<b>100</b>
71.1 Aclaración .....	100
71.2 Plan específico de este literal (a) .....	101
72. Noción de secreto profesional .....	101
72.1 Diversidad de criterios sobre el alcance de la noción de secreto profesional médico .....	102
73. La violación del secreto profesional puede generar responsabilidad profesional (disciplinaria, civil y penal) .....	105
73.1 Frecuente violación del deber de guardar secreto profesional .....	105
73.2 Algunas consecuencias jurídicas que se pueden imponer por la violación del secreto profesional .....	105
74. Relación y diferencia entre el principio de reserva y el secreto profesional .....	108
75. Utilidad práctica de la obligación de guardar el secreto profesional .....	109
76. El principio de reserva y la historia clínica .....	111
<b>b. Derechos del paciente a recibir información y a decidir en consecuencia .....</b>	<b>114</b>
77. Algunas normas que sustentan estos derechos .....	114
78. El médico puede reservarse alguna información .....	115
79. Conclusión .....	116
<b>2. Condiciones excepcionales que impiden suministrarle la información al paciente y, por ende, obtener su asentimiento o disentimiento directo .....</b>	<b>117</b>
80. Notas introductorias y plan .....	117
<b>a. Incapacidad de hecho .....</b>	<b>118</b>
81. Aspectos genéricos .....	118
<b>b. Incapacidad legal .....</b>	<b>119</b>
82. Conceptos generales .....	119
<b>c. Estado de gravedad del paciente .....</b>	<b>119</b>
83. Enunciado general .....	120
<b>d. Estado de urgencia del paciente que amerite una intervención inmediata .....</b>	<b>120</b>
84. Planteamiento general .....	120

PÁG.

85. Condiciones para determinar cuándo se debe informar al paciente y obtener directamente su voluntad (asentimiento o disentimiento directo) .....	121
<b>B. Consentimiento diferido (por medio de otro) .....</b>	<b>122</b>
86. Plan .....	122
87. Pautas generales para inferir cuándo se debe informar a terceros .....	123
<b>1. Información a terceros con facultades decisorias .....</b>	<b>124</b>
88. Plan .....	124
89. Dificultad para establecer quienes pueden decidir por el paciente (breve referencia a la tesis de la indelegabilidad del asentimiento) .....	124
<b>a. No acudir a la aplicación de órdenes rigurosos de parientes .....</b>	<b>126</b>
90. Posición del doctor Alberto J. Bueres .....	126
<b>b. Selección cuidadosa y estricta de las personas que se encuentran facultadas para decidir por el paciente .....</b>	<b>126</b>
91. Plan .....	126
1) Aplicación de la teoría de la representación .....	127
92. Criterios generales .....	127
92.1 Representación de pacientes menores de edad .....	128
92.2 ¿Se debe informar y obtener la voluntad del paciente menor de edad? ¿Cuáles limitaciones tienen los padres para tomar decisiones sobre la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos en sus hijos menores? .....	130
92.2.1 Aspectos generales .....	130
92.2.2 El caso concreto tratado en la sentencia T-477 de 1995 de la Corte Constitucional (“readecuación de sexo”), como punto de reflexión para analizar otros casos semejantes .....	136
92.3 La representación y el caso de otros incapaces (los dementes, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los disipadores) .....	140
92.4 La representación y el caso del paciente incapaz de hecho .....	143
2) Selección de terceros que sin ser en estricto sentido representantes del paciente, pueden tomar decisiones por él .....	143
93. Fundamentación de esta posición .....	143
93.1 Normas que se pueden invocar para establecer quiénes pueden decidir por el paciente, a pesar de no ser sus representantes en sentido estricto .....	144
93.2 Justificación de la aplicación del artículo 5 de la ley 73 de 1988 y del artículo 19 del decreto 1172 de 1989 .....	148
94. Conclusiones sobre la información a terceros con facultades decisorias .....	149
95. Los representantes o parientes del paciente tienen limitadas sus facultades decisorias .....	151
96. ¿Pueden los representantes o familiares del paciente oponerse al tratamiento, argumentando creencias religiosas o arraigados criterios de conciencia? .....	151
a) Razones humanísticas .....	155
b) Razones de tipo lógico .....	155
c) Razones jurídicas .....	155

	PÁG.
2. Información a terceros sin facultades decisorias .....	156
97. Conceptos generales .....	157
<b>a.</b> Casos en que se encuentra el profesional facultado para revelar la información a terceros .....	157
98. Breve análisis del artículo 38 de la ley 23 de 1981 .....	157
98.1 Información al enfermo .....	157
98.2 Información a los familiares que puedan colaborar con el tratamiento .....	158
98.3 Información a los responsables del paciente menor de edad o incapacitado mentalmente .....	160
98.4 Información a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley .....	160
98.4.1. Aspectos generales .....	160
98.4.2 Un caso de especial interés: obligación de notificar a las autoridades sanitarias respectivas los casos de infectados por H.I.V. o SIDA .....	162
98.5 Información a los interesados cuando la enfermedad del paciente expone a peligro la vida del cónyuge o de su descendencia .....	163
98.5.1 Información a terceros sobre el diagnóstico de H.I.V. o SIDA de un paciente .....	166
98.5.2 ¿Puede un profesional de la salud o un auxiliar informar a un colega que el paciente que va a atender es portador asintomático o que tiene SIDA? .....	167
<b>b.</b> Deber de informar a terceros .....	170
99. Deber de informar sobre el riesgo previsto .....	171
100. Deber de informar a terceros el estado de gravedad del paciente .....	171
101. Posibilidad de informar a terceros las condiciones de salud de un paciente con miras a salvaguardar la vida y la salud de los propios informados o de otras personas .....	172
<b>c.</b> Cuando el profesional se encuentra facultado para actuar sin informar ni contar con la voluntad jurídica del paciente ni de terceros .....	175
102. Enunciado general .....	175
102.1 Paciente en estado de urgencia que requiere de una intervención inmediata .....	176
102.2 Ausencia de representantes o familiares responsables del paciente e imposibilidad de lograr su localización .....	176
102.3 Los actos médicos impuestos .....	178
 <b>IV. Contenido de la información</b>  	
103. Plan .....	178
104. Aclaraciones preliminares .....	179

<b>A. Información sobre el examen de reconocimiento y sobre procedimientos diagnósticos</b> .....	179
105. Aspectos generales .....	179
105.1 No se suele informar al paciente en qué consiste el examen de reconocimiento .....	180
105.2 Vacío en la información sobre procedimientos diagnósticos .....	181
105.3 Un caso de interés .....	181
<b>B. Información sobre el estado de salud o diagnóstico</b> .....	184
106. Planteamiento específico del problema .....	184
107. Análisis comparativo de algunas normas que se refieren a la información sobre diagnóstico .....	185
107-1 Puntos de convergencia entre las normas transcritas .....	186
107-2 Diferencias entre las normas comparadas .....	188
108. La distinción entre diagnóstico fatal y el que no lo es como parámetro para establecer el deber de informar al paciente .....	190
109. Información sobre infección por H.I.V. o SIDA y acerca de otras enfermedades transmisibles .....	191
<b>C. Información sobre posibilidades terapéuticas</b> .....	193
110. Fundamentación genérica .....	193
<b>D. Información sobre los riesgos que puede correr el paciente por la aplicación de los procedimientos o tratamientos o por no someterse a los mismos</b> .....	194
111. Conceptos generales .....	194
112. ¿Cuáles riesgos deben ser informados? .....	195
113. Dimensión de la responsabilidad por riesgos (especialmente de médicos y odontólogos) .....	199
114. La "aceptación" del paciente de los riesgos terapéuticos no comprende los riesgos que sean generados por una hipótesis culposa del profesional .....	204
115. El profesional de la salud no puede someter a su paciente a riesgos injustificados .....	204
116. Se deben también informar los riesgos que puede correr el paciente por no someterse a los procedimientos o tratamientos que le han sido recomendados .....	205
117. Casos en los cuales el médico se encuentra exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto .....	205
<b>E. Información sobre el pronóstico</b> .....	206
118. Concepto general .....	206
<b>F. Información sobre posibilidades de rehabilitación</b> .....	206
119. Apreciación genérica .....	206
<b>G. Aspectos mínimos que se deben informar para aplicar un procedimiento experimental</b> .....	207
120. Aspectos generales .....	207

Subsección II

OBTENCIÓN DE LA VOLUNTAD JURÍDICA DEL PACIENTE

	PÁG.
121. Plan .....	209
I. Normas que imponen la obligación de obtener la voluntad jurídica del paciente o de sus representantes o responsables	
122. Algunas normas colombianas .....	210
122.1 Breve análisis del art. 15 de la ley 23 de 1981 .....	211
122.2 Otras normas .....	212
123. Algunas normas consignadas en Codificaciones Internacionales .....	213
123.1 Normas de deontología del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona .....	213
123.2 Declaración de Lisboa sobre Derechos del Paciente .....	214
123.3 Declaración de los Derechos del Paciente de la Asociación Americana de Hospitales .....	214
124. Algunas normas internacionales sobre experimentación científica o sobre ética de la investigación .....	214
124.1 Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ..	214
124.2 Numeral 1 del Código de Nuremberg .....	215
124.3 Declaración de Helsinki .....	215
125. Posible efecto vinculante de estas normas .....	216
126. Conclusión sobre el respaldo jurídico de la teoría del consentimiento informado o voluntad jurídica del paciente .....	218
II. Algunas nociones sobre el consentimiento	
127. Aclaración sobre los diversos sentidos en los cuales puede entenderse la voluntad del paciente .....	220
127.1 Nociones generales .....	221
127.2 Noción sobre el consentimiento informado contenida en el anteproyecto de reforma a la ley 23 de 1981 o ley de ética médica .....	223
127.2.1 Artículo 53 del proyecto que define el consentimiento informado del paciente .....	223
127.2.2 Comentarios a la noción consignada en el anteproyecto (especial referencia a la distinción entre la voluntad del paciente como elemento integrante del consentimiento y la constitutiva del simple asentimiento. Breve diferenciación entre la voluntad jurídica del paciente y la voluntad jurídica de quien presta el servicio) .....	224

127.3	Nuestro concepto sobre el consentimiento informado del paciente o voluntad jurídica del mismo o de sus representantes o responsables	233
128.	Referencia a algunos de los límites de la autonomía de la voluntad del profesional o de la institución que administra y/o presta el servicio de salud. (Especial alusión a las urgencias, a su reglamentación legal y a la responsabilidad que surge por la no prestación del servicio en estos casos) .....	234

### III. Presupuestos o requisitos que debe reunir la voluntad del paciente o de sus representantes para que sea idónea

129.	Notas aclaratorias .....	245
130.	1. La voluntad debe provenir del paciente o de quien se encuentre facultado para exteriorizarla .....	246
131.	2. La voluntad debe ser emitida por una persona autónoma .....	247
132.	3. No puede ser otorgada por una persona incapaz legalmente, cuando la causa generadora de la incapacidad afecta su autonomía o cuando va a conformar el consentimiento .....	247
133.	4. Debe ser una voluntad ilustrada (informada previamente) .....	249
134.	5. Debe exteriorizarse en forma oportuna .....	249
135.	6. La voluntad debe estar exenta de vicios .....	249
136.	7. En principio, no requiere exteriorizarse con el cumplimiento de determinadas formalidades (libertad de forma) .....	250
137.	8. La voluntad debe referirse a bienes jurídicos disponibles .....	252
138.	9. La voluntad debe tener objeto y causa lícitos .....	252
139.	10. La voluntad debe ser seria y debe exteriorizarse .....	253
	139.1 La seriedad .....	254
	139.2 La exteriorización expresa .....	255
	139.2.1 El asentimiento o disentimiento escrito, su contenido y las cláusulas exonerativas de responsabilidad .....	255
	139.2.2 Asentimiento o disentimiento verbal o a través de signos inequívocos .....	258
	139.3 La exteriorización tácita .....	258
	139.4 Asentimiento presunto y putativo .....	260
140.	Normas supletivas de la voluntad del paciente y normas exonerativas del deber de informar y de obtener su voluntad .....	262

### IV. Alcance de la voluntad del paciente

141.	Noción general .....	263
142.	Planteamiento específico del problema y plan .....	263
	A. Algunos criterios doctrinales y de la jurisprudencia .....	265
143.	Opinión de Javier Fernández Costales y Romeo Casabona .....	265

	PÁG.
144. Opinión de Fernandez Hierro citado por Fernández Costales .....	266
145. Fallo del Tribunal Supremo de España (1959), sobre el caso de la hernia inguinal y la mutilación del miembro sexual de un paciente .....	266
146. Tangencial referencia del Consejo de Estado sobre el tema .....	268
147. Referencia de la Corte Constitucional a un parámetro que puede servir para solucionar algunos casos de hallazgos médicos .....	270
148. Posición asumida por Mazeaud y Tunc, y J. Penneau .....	271
<b>B. Criterios aplicables para solucionar el problema del hallazgo médico ..</b>	<b>271</b>
149. 1. Consideraciones sobre la aplicación del artículo 2174 del C.C. ....	272
150. 2. Criterio de la beneficencia .....	273
151. 3. Criterio de la urgencia o requerimiento de una intervención inmediata o inaplazable .....	275
152. 4. Criterio de la presunción de confianza .....	276
153. 5. Criterio de la previsibilidad .....	276
154. 6. Existencia de las condiciones para superar el hallazgo .....	277
155. 7. Aplicación de un tratamiento o intervención extraordinaria, mutilante o agobiante .....	278
156. 8. Criterio de la autonomía .....	278
157. Conclusión .....	279

## SECCIÓN II

### VOLUNTAD DEL PACIENTE JURÍDICAMENTE IRRELEVANTE

158. Planteamiento del problema .....	281
159. Plan .....	283
160. Notas aclaratorias .....	283

#### Subsección I

### VOLUNTAD DEL PACIENTE CONTRARIA A LA LEY, A LA MORAL, A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL ORDEN PÚBLICO

161. Plan .....	284
-----------------	-----

#### I. Aspectos genéricos

162. Los actos o declaraciones de voluntad no pueden tener objeto o causa ilícitos (contrarios a la ley, a la moral general, a las buenas costumbres y al orden público) .....	284
--	-----

## II. Aspectos específicos

	PÁG.
163. Plan .....	288
<b>A. Voluntad del paciente contraria a la legislación penal</b> .....	289
164. Plan .....	289
<b>1. Dos aspectos de especial interés dentro de la relación entre la voluntad del paciente y la legislación penal</b> .....	290
<b>a. La voluntad del paciente como sujeto pasivo de una infracción penal</b> ..	290
165. Enunciado general del problema sobre la incidencia de la voluntad del sujeto pasivo en la teoría general del delito .....	290
166. Muerte o lesión del paciente como consecuencia normal de un acto médico asentido por él. (Intervenciones quirúrgicas) .....	290
167. Posible incidencia de la voluntad del paciente en la no aplicación de la pena o en la no configuración del delito .....	292
167.1. Voluntad posterior .....	293
167.2. Voluntad anterior (asentimiento) .....	295
168. Conclusión .....	296
<b>b. La no obtención de la voluntad jurídica del paciente y la posible comisión de un delito contra la autonomía personal</b> .....	297
169. Opinión de algunos doctrinantes .....	297
170. Nuestra posición .....	299
<b>2. Casos comunes de irrelevancia de la voluntad del paciente por ser contraria a algunas disposiciones penales</b> .....	301
<b>a. Voluntad de la pareja o de la mujer para la práctica de procedimiento abortivo (¿se puede ejercer la autonomía procreativa después de la concepción?)</b> .....	302
171. Apreciaciones generales .....	302
172. Acción de inconstitucionalidad contra la norma que establece el aborto genérico como delito .....	304
172.1 Argumentos del actor como sustento de la demanda de inconstitucionalidad .....	304
172.2 Consideraciones de la Corte Constitucional .....	306
172.3 Alcance jurídico de la sentencia .....	310
173. ¿Será irrelevante la voluntad de la mujer para la aplicación de otros métodos de planificación familiar que obran después de la concepción? .....	312
174. Conclusión .....	313
<b>b. La voluntad del paciente para la práctica de la eutanasia y su violación del Código Penal</b> .....	314
175. Homicidio por piedad .....	314
176. Sobre la eutanasia, la distanasia y la ortotanasia .....	315
<b>c. Voluntad del paciente para que se le ayude a suicidar</b> .....	319
177. Planteamiento general .....	320
<b>d. Voluntad del paciente para violar medida sanitaria que procura evitar la propagación de una epidemia</b> .....	320

	PÁG.
178. Sobre este caso .....	320
<b>B. Voluntad del paciente contraria a otras normas del ordenamiento jurídico (irrelevancia de la voluntad en algunos casos de donación de órganos y materiales anatómicos) .....</b>	<b>321</b>
179. 1. Voluntad del paciente para ablación y donación de órganos simétricos o unitarios, que cause perjuicios o mutilaciones graves al donante y que no tenga por objeto un trasplante indispensable desde el punto de vista terapéutico .....	321
180. 2. Voluntad del donante para la ablación y trasplante de órganos con fines lucrativos .....	322
181. 3. Voluntad del paciente infectado por H.I.V., para donación de semen, sangre y otros materiales anatómicos .....	322

Subsección II

**IRRELEVANCIA JURÍDICA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE  
POR ENCONTRARSE EL PROFESIONAL DE LA SALUD  
LEGITIMADO PARA ACTUAR**

182. Plan .....	322
I. Casos de actos médicos o procedimientos similares impuestos expresamente por la ley o en los que se infiere la potestad de aplicar algunos principios superiores tutelados por el ordenamiento jurídico	
<b>A. Casos de actos médicos o procedimientos expresamente impuestos por la ley .....</b>	
183. Prueba de alcoholemia o prueba para detectar el consumo de drogas y estupefacientes .....	324
184. Internamiento forzoso de drogadicto .....	325
<b>B. Justificación de la asistencia médica o sanitaria por la necesidad de proteger el interés general, los derechos de los demás y otros principios tutelados por el ordenamiento jurídico .....</b>	
185. Imposición de medida sanitaria para evitar la propagación de una epidemia .	326
186. Internamiento psiquiátrico de perturbado mental que ofrezca peligro para la comunidad .....	327
187. Cuestionamiento sobre la facultad de imponer, en la práctica, ciertos actos médicos o similares .....	327

**II. Asistencia médica obligatoria frente a la imposibilidad de obtener la voluntad del paciente (urgencia inmediata) y en los casos permitidos por normas supletorias de la voluntad del paciente**

PÁG.

<b>A. Imposibilidad de obtener la voluntad del paciente que requiere atención urgente e inmediata .....</b>	328
188. Enunciado general .....	328
189. Excepciones a la obligación de contar con la voluntad del paciente .....	329
<b>B. Presunción legal de donación de órganos o materiales anatómicos .....</b>	329
190. Planteamiento general .....	329

**SECCIÓN III**

**CONFLICTO DE DERECHOS Y DEBERES  
EN LA DETERMINACIÓN DE LA EFICACIA JURÍDICA  
DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE**

191. Planteamiento del problema y plan .....	331
191. bis. Plan de la subsección I .....	334

**I. Conflicto de derechos**

**II. Conflicto entre el ejercicio del derecho a la libertad  
y el cumplimiento del deber de autocuidado**

191. ter. Plan de la subsección II .....	335
--	-----

**Subsección I**

**CONFLICTO DE DERECHOS Y DEBERES  
DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PACIENTE**

192. Planteamiento específico del problema .....	336
--	-----

**I. Conflicto de derechos**

193. Esquemmatización del conflicto .....	337
---	-----

**II. Conflicto entre el ejercicio del derecho a la libertad  
y el cumplimiento del deber de autocuidado**

194. Planteamiento del conflicto .....	343
--	-----

<b>A. Nuestra posición en la interpretación del deber de autocuidado .....</b>	345
195. <b>Argumentación general .....</b>	345
195.1 1. Incoherencia del Estado en la exigencia del cumplimiento de este deber y dificultad para sancionar todo acto contrario al mismo .....	345
195.2 2. El concepto de salud integral compromete otros aspectos además de los puramente físicos (la norma no establece la prelación de los aspectos físicos sobre los psicológicos o de otra índole) .....	347
195.3 3. Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos para interpretar los derechos y el deber enfrentados .....	348
<b>B. Interpretación del deber de autocuidado por la Corte Constitucional de Colombia .....</b>	350
196. <b>Sentencia C-221 de mayo 5 de 1994 .....</b>	350
196.1 Aspectos generales .....	350
196.2 Aspectos específicos .....	351
196.3 Síntesis y conclusión .....	356
196.4 Alcance jurídico de la sentencia .....	357

Subsección II

CONFLICTO DE DEBERES DESDE EL PUNTO DE VISTA  
DEL MÉDICO O PROFESIONAL DE LA SALUD

197. <b>Planteamiento específico del problema .....</b>	357
197.1 Principios enfrentados .....	357
197.2 Hipótesis de consecuencias jurídicas que se le pueden imponer al profesional si obra en uno u otro sentido .....	359

I. Opiniones en pro y en contra de cada uno de los deberes  
(teorías paternalistas y antipaternalistas)

198. <b>Notas introductorias .....</b>	362
<b>A. Modelos de relación médico-paciente: beneficencia y autonomía .....</b>	363
199. <b>Puntos de convergencia y de divergencia entre estos modelos .....</b>	363
200. <b>Notas de interés sobre el contenido de cada uno de estos modelos .....</b>	364
<b>B. Teorías paternalistas y antipaternalistas .....</b>	367
201. 1. <b>Paternalismo .....</b>	367
202. 2. <b>Antipaternalismo .....</b>	370

II. Determinación de la autonomía en el paciente

<b>A. Algunos criterios para aproximarnos a la determinación de la autonomía .</b>	372
--	-----

	PÁG.
203. Aspectos generales .....	372
204. Aspectos específicos .....	372
205. Nuestra opinión .....	373
<b>B. Autonomía y competencia</b> .....	375
206. Diferenciación conceptual .....	375
<b>C. Autonomía y capacidad</b> .....	375
207. Relación y diferencia entre estos dos conceptos .....	375
208. Otros aspectos de interés sobre la autonomía y la capacidad .....	376
<b>D. Autonomía y responsabilidad</b> .....	380
209. Aspectos generales sobre esta relación .....	380

### Subsección III

#### REQUISITOS PARA QUE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE SEA JURÍDICAMENTE RELEVANTE

210. Notas introductorias .....	382
211. Requisitos .....	382
211.1 Notas finales sobre estos requisitos .....	387

### Subsección IV

#### LA NO APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL “CONSENTIMIENTO INFORMADO” Y LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL PROFESIONAL Y/O DE LA INSTITUCIÓN QUE PRESTA EL SERVICIO

212. Plan .....	388
I. Exención de la responsabilidad para el facultativo o para el centro asistencial que acata (n) la decisión autónoma y relevante del paciente o de sus responsables	
213. Aspectos generales .....	388
213.1 Respecto a la responsabilidad penal .....	389
213.2 Respecto de la responsabilidad civil .....	389
213.3 Respecto de la responsabilidad ético-disciplinaria .....	390
II. Responsabilidad jurídica del profesional de la salud o del centro asistencial que no informa suficientemente al paciente o no obtiene su voluntad jurídica pudiendo y debiendo hacerlo, o no acata la voluntad del paciente o de sus representantes o familiares responsables cuanto esta es jurídicamente relevante	
214. Notas introductorias .....	391

	PÁG.
215. Responsabilidad penal .....	392
216. Responsabilidad ético-disciplinaria .....	394
217. Responsabilidad civil .....	395

SECCIÓN SUPLEMENTARIA

ANOTACIONES FINALES

218. Plan .....	405
-----------------	-----

Subsección I

AUTONOMÍA PROCREATIVA DEL SER HUMANO  
ANTES DE LA CONCEPCIÓN

219. Planteamiento específico del problema .....	406
220. Posición del Consejo de Estado .....	406
221. Nuestra posición .....	407
221.1. Alcance del ejercicio de la autonomía procreativa antes de la concepción .....	408
221.1.1 El problema de lógica jurídica en la interpretación del inciso 5º del artículo 42 de la Constitución .....	408
221.1.2 La autonomía procreativa, la aplicación de métodos de Planificación familiar (anticonceptivos) y la exención de responsabilidad para el médico .....	409
221.1.3 Casos en que sí puede responder un médico por aplicar un método de planificación familiar .....	410
221.1.4 El derecho a la información que puede tener cada cónyuge no le otorga la facultad de oponerse a la aplicación de un método de planificación familiar (anticonceptivo) en su pareja .....	411
222. Posición asumida por el juzgado sexto civil del circuito de Medellín .....	412

Subsección II

PRUEBA DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA AL PACIENTE  
Y DE SU VOLUNTAD JURÍDICA O DE SUS RESPONSABLES  
(CARGA PROBATORIA)

223. Argumentos en pro de la aplicación del principio general en materia de prueba de la culpa .....	412
223.1 Posición de la Corte de Casación francesa .....	413

223.2	Posición de Mazeaud-Tunc-Chabas .....	413
223.3	Posición de Gerard Memeteau .....	414
223.4.	Nuestros comentarios a la posición de la Corte de Casación francesa .	414
224.	De la concurrencia del paciente al consultorio del médico se infiere (indicio) su asentimiento al tratamiento o procedimiento .....	416
224.1	Nuestras observaciones a esta posición .....	416
225.	Nuestra posición sobre la carga de la prueba de la información y del asentimiento y sobre la libertad de medios probatorios para lograrlo .....	416
226.	Posición del Consejo de Estado colombiano .....	419
227.	Conclusión .....	420

### Subsección III

#### ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-474 DE 1996 CORTE CONSTITUCIONAL

228.	Planteamiento del problema .....	420
229.	Plan .....	424
230.	Posición del actor (padre del menor) .....	425
231.	La Corte descarta la existencia del estado de indefensión o subordinación del menor respecto a sus pastores o guías .....	426
232.	Según la sala, la capacidad legal del menor adulto es relativa e insuficiente para tomar, independientemente, decisiones relacionadas con su salud, su integridad personal y su vida, a pesar de poder ser considerado autónomo para elegir religión y para tomar otras determinaciones .....	428
233.	La sala consideró procedente la acción de tutela contra el centro asistencial que atiende al menor .....	430
234.	Transcripción de algunos apartes de la sentencia que a nuestro juicio, constituyen el fundamento de la sustentación del fallo y por ende, de la posición de la sala .....	430
235.	Nuestra posición .....	435

#### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

236.	Conclusiones y recomendaciones generales .....	447
237.	Conclusiones y recomendaciones específicas sobre la necesidad de sostener un proceso de comunicación con el paciente, sobre la protección de la intimidad del mismo y el respeto por su derecho a tomar ciertas decisiones .....	450
	Bibliografía .....	453