



**CONSENTIMIENTO INFORMADO POR REPRESENTACIÓN: UN ANÁLISIS
DESDE LA REGULACIÓN COLOMBIANA Y SU REPERCUSIÓN EN LA
RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL**

**Informed Consent By Representation: An Analysis From The Colombian Regulation
And Its Repercussions On Medical Criminal Responsibility**

**VANESSA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ Y VANESSA ALEXANDRA
MORALES JULIO**

MONOGRAFÍA

Asesor

Ricardo Echavarría Ramírez

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela De Derecho

Medellín

2024

Contenido

1. Introducción	3
2. Desarrollo.....	6
2.1 Consentimiento informado.....	6
2.2 Requisitos del consentimiento.	10
2.3 Consentimiento informado por representación.....	14
2.3.1 Derecho Comparado	20
2.3.2 Jurisprudencia Constitucional colombiana.	27
2.3.3 Jurisprudencia Civil.	33
2.4 Responsabilidad médica penal	37
2.4.1 Posición de Garante.	39
2.4.2 Deber de Cuidado vs <i>Lex Artis</i>	42
2.5 El consentimiento y su naturaleza dogmática	42
2.5.1 Teoría diferenciadora	43
2.5.2 Teoría Unitaria.	46
2.6 Tratamiento del consentimiento informado en materia penal en Colombia	48
2.7 Requisitos del consentimiento informado en materia penal	50
2.7.1 Sobre el consentimiento por representación	53
2.8 Efectos del consentimiento en la responsabilidad medica penal	54
2.8.1 Lesiones personales.	55
2.8.2 Homicidio.	59
2.8.3 Homicidio por piedad.	60
2.8.4 Inducción o asistencia al suicidio pietístico.....	61
2.9 Recopilación de los vacíos identificados en el consentimiento informado por representación y su repercusión en la responsabilidad médica penal	62
3. Conclusiones	66
4. Referencias.....	69

1. Introducción

Históricamente, la relación médico-paciente se orientaba a una concepción paternalista en la que se entendía que el médico, al ser una persona instruida y con dominio en la ciencia médica, estaba capacitado para decidir cuál era la mejor conducta respecto al tratamiento que aportase más en la salud del paciente. Lo que, a su vez, lo habilitaba para no incluir en la toma de decisiones la opinión de este y, en consecuencia, ignorar sus deseos y preferencias. Sin embargo, con la Declaración de los Derechos Humanos, en el año 1948, se reconoció el derecho a la autonomía como elemento intrínseco a la persona, por lo que empezó a tener relevancia e implicaciones en diferentes contextos, como en el campo de la medicina.

Esto vinculado con el avance en la ciencia, la tecnología y la investigación, conllevó a que la medicina requiera de un estudio interdisciplinario, en el que algunos de los principales principios de la ética y la bioética, como la autonomía y la justicia, tuvieran aplicación en la práctica médica. Como resultado de lo anterior, la relación médico-paciente bajo el concepto paternalista, se transforma en una relación más participativa, en la que la atención del paciente se centra en sus derechos. Así las cosas, una forma en la que se materializa el derecho es participar en la toma de decisiones que repercuten en su salud a través de la figura del consentimiento informado, que comprende como elementos esenciales dos características: debe ser libre e informado, fundado en un conocimiento suficiente y adecuado.

Ahora bien, existen diferentes maneras en las que se puede otorgar el consentimiento: una de ellas es el consentimiento por representación, el cual opera en casos en los que el paciente al llegar al servicio de urgencias se encuentra inconsciente y está acompañado de algún familiar; también en aquellos casos en los que el paciente tiene las capacidades cognitivas reducidas o en la atención a menores de edad. En estos supuestos, el consentimiento es válido porque lo que prima es el derecho a la salud y a la vida, pero deja de lado la aplicación del derecho a la autonomía de la persona sobre quien se está decidiendo, elemento base en el que se constituye el concepto del consentimiento.

En consecuencia, hay casos en los que tras aplicar algún tratamiento o realizar algún procedimiento, los resultados son exitosos, o si se generan implicaciones en la salud del

paciente, estas son menores a las que se hubieran producido de no prestarse la atención requerida. No obstante, hay situaciones en las que una decisión sobre la salud de otro puede generar repercusiones trascendentales y perjudiciales, en las que el titular del bien jurídico vida es el más afectado.

Por otra parte, los avances en la ciencia y su innovación en materia médica han ampliado las posibilidades de tratamientos en los pacientes. Sin embargo, en ciertos ámbitos del conocimiento, subsisten dificultades ante el manejo de enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles. A pesar de la disponibilidad de tratamientos paliativos que disminuyan el dolor de una persona, a veces optar por ellos puede significar adentrarse en un prolongado trayecto a la muerte.

Es por lo anterior que, en el año 1997 la Corte Constitucional colombiana adoptó la decisión de despenalizar la eutanasia, a través de la sentencia C-239/1997 con Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, al considerarse como un acto de solidaridad y de respeto a la vida y a la muerte digna. No obstante, para que proceda la eutanasia, además de una serie de requisitos esenciales asociados al estado de salud de la persona, se requiere que el paciente otorgue el consentimiento informado. Así las cosas, con la Ley 1733 de 2014, se implementó el Documento de Voluntad Anticipada (DVA), para plasmar la voluntad del paciente de manera previa, respecto a aquellas preferencias relevantes que puedan afectar su salud al final de la vida. Lo cual, de la mano del principio de la autonomía busca garantizar que, si un paciente se encuentra en un estado que le impida manifestar su voluntad, prevalezcan ante todo sus deseos e intereses.

Ahora bien, aunque este documento se use para garantizar que cuando el paciente se encuentre impedido para otorgar el consentimiento informado, su voluntad primará ante todo; esto conlleva a uno de los interrogantes que enmarcan y son el propósito de esta investigación y es si a través de los mecanismos existentes para otorgar el consentimiento, cuando el paciente está impedido, se puede garantizar que se tendrá en cuenta la voluntad real de este. Pues bien, podría suceder que, aun existiendo un documento de voluntad anticipada, la voluntad de una persona puede cambiar a través del tiempo, entonces ¿Cómo tomar la decisión de qué es lo que querría esa persona, sobre todo cuando son decisiones que podrían impactar su vida?

Los casos de pacientes que requieren procedimientos o tratamientos médicos y que se encuentran en un estado que les impide manifestar su voluntad, llevan a cuestionarse: ¿Cómo se garantiza la protección de los intereses del paciente, cuando recae en un tercero la toma de

la decisión sobre la aplicación de algún procedimiento o tratamiento médico?, ¿Los parámetros que estructuran el consentimiento informado en los casos de representación, son suficientes y/o adecuados para proteger los derechos del paciente?, ¿Quién debe velar porque sea un consentimiento válido y auténtico?, ¿Se puede configurar una responsabilidad médica en los casos en los que el consentimiento otorgado por representación sea inadecuado? y ¿Puede incidir el elemento del consentimiento informado en la conformación de algunos tipos penales, y cuál sería la repercusión que tendría si el elemento del consentimiento informado fue otorgado por representación?

Considerando lo expuesto, esta investigación busca profundizar en la aplicación del consentimiento informado por representación en la responsabilidad médica penal. De manera que, si bien existe una línea jurisprudencial constitucional consolidada en los elementos esenciales que conforman el consentimiento, en Colombia no es suficiente la regulación que existe en materia de consentimiento informado por representación, creando un marco de inseguridad jurídica, que podría conllevar a que se vulneren algunos derechos de los pacientes y con ello, la posibilidad de que se le atribuya responsabilidad médica penal a los profesionales de salud.

Para ello, en primer lugar, se ofrecerá un análisis general del concepto de consentimiento informado y sus requisitos, para contextualizar al lector, a través de la regulación legal y la jurisprudencia civil y constitucional. En segundo lugar, se explicará la figura del consentimiento por representación a través de la normatividad vigente, su regulación en otros países y los pronunciamientos relevantes de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de justicia, Sala Civil. En tercer lugar, se planteará el concepto de la responsabilidad médica penal centrándose en los conceptos de posición de garante y deber objetivo de cuidado, para posteriormente estudiar la forma en la que se concibe el consentimiento, ya sea como causal de justificación o de atipicidad, según las teorías diferenciadoras y unitarias, y su tratamiento en Colombia. Luego la investigación se dirigirá hacia los requisitos del consentimiento informado en materia penal y sus efectos en la responsabilidad médica penal, sustentada en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Finalizando, se explicará cómo influye el consentimiento informado en los tipos penales más estudiados por la doctrina: lesiones personales, homicidio e inducción o asistencia al suicidio pietístico.

Como se observa la investigación estará dividida en dos grandes bloques, la primera parte se referirá a la regulación del consentimiento informado y el que se otorga por representación y la segunda centrada en el análisis del consentimiento informado por representación desde la responsabilidad médica penal. Bajo el supuesto de que el riesgo jurídico que crea la escasa regulación del consentimiento, evidenciada en la primera parte, aumenta las posibilidades de que a los profesionales de salud se les pueda atribuir responsabilidad penal relacionada con el deber de informar que les corresponde realizar durante las atenciones médicas. Esta última parte será expuesta en la última sección de esta investigación.

Esta investigación se desarrolla con el propósito de resaltar la persistencia de problemas legales que afectan a la práctica médica y requieren mejoras, para asegurar una atención de calidad y generar confianza en que los prestadores de los servicios de salud operan en un marco legal adecuado. Con la finalidad de que se convierta en un punto de referencia para el estudio de aquellos casos cuyo problema jurídico comprenda la temática aquí expuesta. Por último, la tesis pretende contribuir en el ámbito académico con la construcción del saber, al recoger información sobre el tema estudiado desde diferentes ámbitos legales, permitiendo una visión panorámica de los puntos problemáticos estudiados. Lo que, al incluir el derecho comparado en el análisis del tema, en especial, la regulación que existe en otros ordenamientos sobre el consentimiento informado por representación consolidará algunos cimientos para trascender el conocimiento desde el ámbito nacional al internacional.

2. Desarrollo

2.1 Consentimiento informado

Según el Ministerio de Salud de Colombia (s.f), en el Paquete de Instrucciones Guía de Buenas Prácticas para la Seguridad del Paciente Versión 2.0, el consentimiento informado además de ser un acto clínico es un procedimiento a través del cual un paciente recibe información relacionada con el alcance “de los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que le serán practicados y que le permite decidir si acepta o rechaza la alternativa propuesta por el profesional de salud con total conocimiento de esta decisión, lo cual debe constar por escrito”. (p.24).

De manera más específica, se plantea en el anexo técnico de la Resolución 3100 de 2019, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que el consentimiento

Es la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades, para que tenga a lugar un acto asistencial. Para que el consentimiento se considere informado, el paciente o usuario deberá entender la naturaleza de la decisión a consentir tras recibir información que le haga consciente de los beneficios, riesgos, alternativas e implicaciones del acto asistencial (num.4.7)

En este sentido, el paciente al ser el titular de los bienes jurídicos de la vida, la salud y la autonomía, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, posee la facultad para actuar según su arbitrio, es decir, decidir sobre la forma de dirigir su vida según sus ideas o aspiraciones. De tal manera que este se encuentra legitimado para otorgar o no su consentimiento, y también revocarlo según el tratamiento correspondiente, en cualquier etapa del desarrollo de la relación clínica, sin que ello se pueda entender como un detrimento en la calidad de la prestación del servicio de salud, al ser una manifestación de su libre autodeterminación.

En concordancia con lo anterior, el consentimiento informado tiene una clasificación de acuerdo con la forma en la que se otorga, su contenido y quien lo manifiesta. Sobre ello, la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Civil en la sentencia SC7110/2017, radicado Nro. 5001310301220060023401 con Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villanoba, mencionó algunos de los tipos de consentimiento, indicando que:

En otras hipótesis el consentimiento es generalizado, expuesto en proformas, en fórmulas sobre los procedimientos médicos a realizar, los servicios diagnósticos terapéuticos rutinarios sean manuales o técnicos, sin mayores particularidades. Puede revestir el carácter presunto como en los casos de urgencia cuando lo otorgan parientes o cercanos; expreso, cuando claramente se suministra la información requerida al paciente para obtener su determinación; o viciado, cuando media el engaño en la información otorgada. El presunto algunas veces coincide con el tácito o implícito, como el previsto en las disposiciones para la obtención de componentes anatómicos con respecto a fallecidos, por ejemplo, para extraer las córneas.

La anterior clasificación del consentimiento se puede manifestar de forma directa o diferida, las cuáles también son otras formas de clasificar el consentimiento. El consentimiento

directo es aquel que es otorgado directamente por el paciente, bajo un estado en el que goza de plena aptitud para gobernarse; y el diferido, cuando lo otorga otra persona porque el paciente se encuentra en un estado que le impide manifestarlo por sí mismo. Dentro de este se encuentra el consentimiento sustituto y el asistido: el sustituto, sobre el cuál se hablará de manera detallada más adelante, se refiere aquel que es otorgado por los padres en relación con sus hijos menores de edad y personas con discapacidad; y el asistido, aplica en aquellos casos en los que el paciente ya goza de cierto grado de autonomía, sin embargo, no cuenta con el suficiente criterio para autodeterminarse en relación a la autorización de ese tratamiento en específico, por lo cual deberá ser coadyuvado.

Por último, respecto al contenido, se encuentra el consentimiento cualificado, el cual debe contener mayor rigor en la información suministrada, según cada caso concreto. Para efectos de esta investigación, este último se expondrá más adelante, debido a su relevancia y complejidad para la toma de algunas decisiones.

Ahora bien, conviene subrayar que la relación médico-paciente se enmarca en paradigmas o modelos ideales, que desarrollan distintas maneras de materializar la idea moral del consentimiento informado, según Emanuel y Emanuel (1992), estos son: paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo.

El modelo paternalista clásico se inclina por priorizar la protección de la salud de la población, mediante el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (Art 49. Constitución Política.), dejando a un lado los derechos aledaños del paciente como el de libre autodeterminación. Es ese entendido, como se ha establecido por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-401/1994, con Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, este modelo propende por objetivizar al paciente, subordinando su libertad al principio de beneficencia, el cual está guiado por la determinación del médico, quien desde su sabiduría técnica está capacitado para decidir qué es lo más conveniente para el paciente, al estar este en una posición de enfermo, débil e ignorante. Así, al considerar al médico como el poseedor de la verdad absoluta, se estima que no está obligado a brindarle información al paciente de los procedimientos o tratamientos, ni solicitarle su consentimiento, al menos que sea imprescindible para maximizar la cooperación en la realización de estos. Como también lo explican autores como Aires y Virizuela (2012), al mencionar que “en este modelo la beneficencia parte del médico ya que se considera que el paciente no está capacitado para valorar las alternativas terapéuticas y decidir correctamente”. (p.55)

En este orden de ideas, siguiendo a Arrubarrena (2011), este modelo se muestra reticente para asumir la idea de la autonomía del paciente, de su libertad y su capacidad y derecho a decidir. Por lo que, el paternalismo pretende que el médico realice la mejor alternativa posible, aunque el paciente esté en desacuerdo.

Por otro lado, el modelo informativo, también llamado modelo científico, técnico o del consumidor, es aquel en el que la autonomía del paciente cobra un gran protagonismo, de forma que se radicaliza el “derecho a ser dejado solo” (Fundación Víctor Grífols i Lucas, 2002, p.40), al ser este quien toma las decisiones médicas, a partir de sus propios valores conocidos y definidos. El médico, en cambio, sólo es portavoz de toda la información necesaria, desde el estado de la enfermedad hasta las intervenciones necesarias con su probabilidad de riesgo y beneficios o cualquier otro dato que sea relevante, que le permita al paciente tomar una decisión sobre la intervención a elegir, sin abrir paso a la valoración del médico sobre la decisión de este.

En este esquema, es importante resaltar la carga que tiene el médico de suministrar información técnica, completa y veraz, por lo que debe propender por mitigar las incertidumbres médicas, consultando a otros expertos cuando sus conocimientos o habilidades resultan insuficientes, pues es este panorama el que fundamenta la decisión del paciente.

En el modelo interpretativo, el paciente decide el modo de actuar del profesional de salud que mejor se ajusta a su querer, y el médico, por su parte, tiene las mismas obligaciones descritas en el modelo informativo. Sin embargo, en este esquema, el galeno adicionalmente cumple una función de consejero, ya que le ayuda a esclarecer las ideas y lo orienta en la elección de la intervención más coherente con los valores morales del paciente. De modo que, la autonomía de este se manifiesta en una comprensión personal de su situación y sus deseos, lo cual le permite seleccionar entre las alternativas que mejor se alinean con su identidad. “En este modelo, no es responsabilidad del médico juzgar los valores del paciente, sino ayudar a comprender para que pueda el paciente determinar la elección que más sea de su interés en función de los valores interpretados” Aires y Virizuela (2012, p.56)

Por último, en el modelo deliberativo, siguiendo a Emanuel y Emanuel (1992) el paciente persiste con su poder de toma de decisión y el médico con las mismas obligaciones del modelo informativo. No obstante, se trata de una deliberación conjunta entre el médico y el paciente sobre los valores relacionados con la salud, es decir, los valores que afectan o son afectados por la enfermedad del paciente y su tratamiento, lo que conducirá a un diálogo sobre

la utilidad y la importancia de estos, y, su procedente ponderación, permitiéndole seleccionar la intervención más adecuada. Como resultado la autonomía del paciente se enmarca por preferencias reflexivas objetivas y no tienen prioridad en sus valores personales.

En este orden de ideas, se pueden vislumbrar, desde la anterior descripción, las similitudes y diferencias entre los modelos. En este sentido, la caracterización de estos modelos se centra en la autonomía que se le otorga al paciente y su principal diferencia radica en el protagonismo que le dan a la concepción de autonomía de estos. De manera que, el punto de balance en la relación médico-paciente se encuentra en el uso de los cuatros modelos dependiendo de la circunstancia concreta de la situación clínica. (Emanuel & Emanuel, 1992). Siguiendo lo anterior, se puede establecer, *a priori* y en general, que el modelo paternalista resultaría conveniente en los casos en los que se le imposibilita al paciente tomar la decisión, por ejemplo cuando se encuentra en un estado de inconciencia; en el modelo informativo sería idóneo en circunstancias de menor relevancia y riesgos inherentes a la intervención; en los casos de mayor complejidad, sería más adecuado, siguiendo a la Fundación Víctor Grífols i Lucas (2002), inclinarse hacia un modelo interpretativo o deliberativo, y su elección dependerá de su estudio en cada caso concreto. Ahora bien, decidir sobre la conveniencia de uno entre los distintos modelos, es una discusión teórica que desbordaría el objetivo de esta investigación.

2.2 Requisitos del consentimiento.

Según el “Paquete de Instrucciones Guía Técnicas Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud” del Ministerio de Salud y Protección Social (s.f) Versión 1.0, el consentimiento debe contener esta información imprescindible: nombre, sexo, edad, domicilio y teléfono del paciente; nombre y apellidos del médico que informa y de quien vaya a realizar el procedimiento que se consiente; nombre del procedimiento que se realizará, con explicación breve y sencilla sobre en qué consiste y cómo se llevará a cabo; descripción de las consecuencias seguras de la intervención, de los riesgos típicos del procedimiento, de los riesgos personalizados; declaración del paciente de haber recibido la información relacionada, de que está satisfecho con la información recibida y de que se le respondieron las dudas formuladas. Además de que conoce la posibilidad de revocar el consentimiento informado en cualquier momento; fecha y firma del paciente y del médico que informa y un apartado para el consentimiento a través de un representante (p.37-38).

Una vez expuestos los aspectos formales que debe contener el consentimiento, se presentará de manera concentrada la regulación del consentimiento informado. Según el artículo 1 y 16, de la Ley 23 de 1981, el médico debe transmitir el conocimiento al ejercer su profesión, advirtiendo los riesgos previstos y los efectos adversos que se puedan producir con ocasión al tratamiento o procedimiento médico. Esta regulación se materializa a través del consentimiento informado, cuyas características esenciales se podrían resumir en dos: libre, e informado. Para ello, la Corte Constitucional, a través de Sentencia SU337/1999, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, ha precisado que una decisión libre es aquella que una persona elige sin coacción ni engaño. Por ejemplo, aquel consentimiento dado luego de que el paciente se haya inducido al error, por exageración o minimización de la gravedad de la enfermedad y/o riesgos del tratamiento, no tendría validez.

En este sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-559/1995 con Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero indicó que “debe existir previo consentimiento del paciente para el tratamiento que se le indique” y que debe ser una decisión informada, lo cual implica que esté fundamentada en un conocimiento adecuado y suficiente. Esto implica que el paciente debe conocer todos aquellos detalles que le permitan comprender las alternativas terapéuticas que tiene a su alcance, los riesgos y beneficios de cada una de ellas, así como las secuelas que quedarían, como también los efectos que sufriría si desea no someterse a tratamiento alguno. Así pues, a través de la sentencia T-477/1995 con Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, precisó que lo que mínimamente se le puede exigir a un médico sobre la información transmitida respecto a los riesgos que acarrea una intervención o tratamiento es que sea:

Con la debida prudencia, sin minimizar los resultados, pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

Seguido a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, en la sentencia SC7110/2017, precisó que la información debe ser veraz, de buena calidad y en un lenguaje comprensible. Ahora bien, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU337/1999, señaló que podría suceder que, en algunos casos, los profesionales de salud no comuniquen los riesgos menores, que son de escasa ocurrencia, por considerar que alarmarían innecesariamente al paciente. Pero, aunque haya información catalogada como riesgo menor,

esto no debe ser impedimento para aquellos casos en los que los pacientes deseen conocer la información de forma minuciosa, por lo que, si se solicita, debe suministrarse.

No obstante, en la misma sentencia, la Corte indicó que existen casos muy excepcionales y raros, en los que pretender el consentimiento genuino del paciente sería más peligroso para su salud, que ocultarle información, entrando en un conflicto con el principio de beneficencia, el cual es reconocido ampliamente en el campo de la bioética, donde se estudia la conducta humana en el área de la vida y la salud, se refiere al deber ético que tienen los profesionales de actuar en beneficio de los pacientes y reducir al mínimo los riesgos en la salud o la vida del paciente, proporcionado el mejor tratamiento posible basado en la ciencia médica. Agustín Zerón (2009), define el principio de beneficencia como “siempre hacer el bien, actuar en beneficio de cada paciente. Curar el daño y promover el bienestar, hacer todo lo necesario para que sus pacientes estén sanos, estén bien” (p.306). De ahí que, en estos casos, si el paciente conociera ciertos detalles o peligros del tratamiento, su percepción podría verse sesgada, afectando su competencia para elegir si acepta o no la terapia, por lo que supuestos como estos pueden asimilarse como una emergencia. Así las cosas, de acuerdo con lo citado en la Corte Constitucional en la sentencia SU337/1999, esto en la ética médica se conoce como privilegio terapéutico, que “de manera similar a cómo la mentira piadosa puede ser una excepción a la regla que prohíbe mentir, la retención de información por motivos de dignidad humana puede estar justificada en ciertos casos”.

Por último y no menos importante, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo, lo cual implica que en la situación en concreto goce de las aptitudes mentales y emocionales necesarias para que la decisión que tome sea una expresión conforme a su identidad personal. El grado de autonomía que se le exige al paciente dependerá de la naturaleza de la intervención médica a la que se vaya a someter, bajo la presunción de que, según la sentencia SU337/1999, cuando se otorga el consentimiento informado “goza de suficiente autodeterminación para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento”. Se trata de que el paciente adquiera una comprensión objetiva y crítica respecto a su situación y de manera auténtica y coherente con sus valores decida si acepta o rechaza el tratamiento.

En este orden de ideas, es importante recalcar que siguiendo la sentencia citada, el grado de revelación de la información o de autonomía, dependerá del asunto a tratar, de ahí surge el concepto de consentimiento informado cualificado, el cual indica que el grado de información

que se suministre deberá ser mayor, entre más invasivo sea el tratamiento, de igual manera, entre menos riesgosa y más provechoso sea el tratamiento para el paciente, menores serán las exigencias para otorgar el consentimiento. En estos supuestos, habrá una aceptación tácita del tratamiento, cuando el paciente no lo rechace directamente.

Por el contrario, entre más riesgos existan y pocas sean las posibilidades de que el paciente obtenga un mayor grado de beneficio, la información que se transmita deberá ser más detallada y rigurosa, y mayor deberá ser la evaluación que se haga sobre la aptitud del paciente para tomar la decisión (autonomía). Finalmente, habrá casos intermedios en relación con la autorización o rechazo de realizarse un tratamiento médico, en los que con base a la sentencia SU337/1999, el estándar de capacidad exigido será intermedio, al no haber claridad entre el riesgo y el beneficio al que se sometería el paciente.

Así las cosas, dicen Mendoza y Herrera (2017), que más allá de tener que informar todos los riesgos previstos, el paciente debe conocer las características generales de todas las alternativas de tratamiento, los riesgos que se esperan, y que podrían impactar su salud y los que inducirían modificaciones en la toma de decisiones clínicas y en la atención. Lo anterior, en concordancia con la autonomía, debe informarse de forma explícita aclarando que el paciente como parte de sus derechos y deberes, puede solicitar la información adicional que desee.

Otros requisitos que también se deben evaluar al momento de otorgar el consentimiento informado, de conformidad con la sentencia T-850/2002 con Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, son: “el grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental”; qué tan urgente es el tratamiento; el grado de afectación de derechos e intereses personales del paciente y la afectación de los derechos de los terceros en caso de que no se realice la intervención médica.

Por otro lado, con base en el artículo 11 del Decreto 3380 de 1981, hay situaciones excepcionales en las que el médico estará exonerado de advertir los riesgos, las cuales son cuando “el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan” y cuando “exista urgencias o emergencias para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento”. En estos supuestos, según el artículo 12 del Decreto 3380 de 1981, el médico deberá dejar registrado en la historia clínica la imposibilidad de advertir el riesgo. En estos casos, los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981 precisan que, ante estas situaciones, los riesgos deberán

informarse a los familiares o allegados del paciente, pues quedará en cabeza de estos sujetos otorgar el consentimiento informado.

También sobre el consentimiento informado, se encuentran algunas resoluciones y un Decreto que complementan la información contenida en la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981, principales fuentes legales reguladoras del consentimiento, tal es el caso de la Resolución 3100 de 2019, citada previamente, la cual contiene una definición del consentimiento informado al ser este uno de los elementos que conforman el estándar de historia clínica en materia de habilitación de Institución Prestadora de Servicios de Salud. La Resolución 971 de 2021 expedida por el Ministerio de salud y protección social que al igual que la anterior resolución, contiene una definición del consentimiento informado orientado al procedimiento de la eutanasia. Así mismo, la Ley 1412 de 2010 que regula la realización del procedimiento de ligadura de conductos deferentes o vasectomía y de ligadura de trompa de Falopio, indica la exigencia de un consentimiento informado cualificado previo a dicha práctica; también la Resolución 229 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, consagra en el artículo 4.2.3, el derecho a la información, desglosando todos aquellos datos a los que debe tener acceso el paciente como afiliado al Sistema General de Seguridad Social; la Resolución 1995 de 1999 también expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en el artículo 11 se indica que hará parte de los anexos de la historia clínica del paciente, todos los consentimientos informados que hayan sido otorgados. Finalmente, El decreto 780 de 2016 que realiza algunas menciones del consentimiento informado para el tratamiento del Virus de Inmunodeficiencia Humana.

La información expuesta da cuenta de que, sobre la regulación del consentimiento informado, se podría indicar que no existe una ley, en sentido formal, que de manera unificada contenga o que desarrolle los elementos esenciales necesarios para otorgar el consentimiento, pues tal cual se observa su regulación se encuentra dispersa y continúa siendo insuficiente al no abordar por completo la temática, conllevando a que los aspectos faltantes se regulen a través de la jurisprudencia constitucional. Sobre este punto se aclara que se desarrollará al final, luego de que se haya expuesto la regulación del consentimiento informado por representación y en el derecho comparado, para tener una visión más completa.

2.3 Consentimiento informado por representación

De la mano con la información expuesta, en virtud del principio de la autonomía, quien debe otorgar el consentimiento informado es el paciente. Sin embargo, puede suceder que haya situaciones en las que este por diversas circunstancias no se encuentre en aptas condiciones para ser quien lo otorgue. Por lo que, como medida de protección para garantizar los derechos fundamentales del paciente que se encuentran en peligro, la ley, la jurisprudencia y la doctrina legitimaron que recaiga sobre otra persona esa potestad de decidir.

La Corte Constitucional en la sentencia T-401/1994 con Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, indicó que existen por lo menos 3 situaciones en las que no se cuenta con el consentimiento informado del paciente, éstas son: “1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad”. Ha dicho esta Corte en la sentencia T-303/ 2016, con Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, que para las anteriores situaciones este alto tribunal había admitido el uso del consentimiento sustituto.

Sobre este tipo del consentimiento, la sentencia SU337/1999 menciona lo siguiente:

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

Así pues, la Corte Constitucional ha adoptado el consentimiento sustituto como aquel tipo del consentimiento informado mediante el cual en los casos en los que un paciente que carezca de la autonomía necesaria para tomar decisiones respecto a su salud, otras personas ejerzan esa facultad de decidir. No obstante, no especificó respecto de cuáles sujetos se aplica este consentimiento. Sin embargo, a través de la sentencia C-182/ 2016 con Magistrada Ponente

Gloria Stella Ortiz Delgado, indicó que, si bien en las primeras etapas esta alta Corte admitió utilizar el consentimiento sustituto para los tres supuestos mencionados anteriormente, los criterios generales con los que ha delimitado la aplicación del consentimiento sustituto han girado en torno a los menores de edad o de las personas con discapacidad mental.

En sentencias como la SU337/1999 y la T-303/2016, ha dicho la Corte Constitucional que en los casos en los que el paciente inconsciente se encuentra en un estado de emergencia, grave riesgo de muerte es procedente que los médicos realicen los tratamientos que permitan salvaguardar la vida y la integridad personal del paciente, pese a que no se haya emitido un consentimiento informado. De manera que, pareciera que la Corte no comprende dentro del consentimiento sustituto esta última situación, pues cuando se ha referido sobre este tipo de consentimiento, como se observará más adelante en el apartado de jurisprudencias, las menciones de este asunto que ha hecho han sido referidas a los menores y las personas con discapacidad mental.

Por su parte, en países como España la regulación que se ha hecho respecto al consentimiento informado otorgado por terceras personas acoge no únicamente los supuestos de los menores o de personas con discapacidad mental, sino que también incluye las personas en estado de inconsciencia, en cuyos casos, sus familiares o allegados pueden tomar las decisiones que afecten el estado de salud del paciente. Para estos casos se utiliza la denominación de consentimiento informado por representación, de manera que, al ser un concepto más amplio y completo, que comprende una mayor variedad de supuestos en los que un tercero decide por otro sobre su salud, se decide acoger para efectos de esta investigación, este término.

Lo anterior, considerando que no se puede dejar fuera del análisis aquellos pacientes inconscientes que no encajen en los supuestos de menores de edad o persona con discapacidad mental y que requieren de la aplicación de un tratamiento médico o intervención y para ello un tercero decide o no su realización. La elección del término del consentimiento informado por representación, tal como se indicó, se realiza teniendo en cuenta el manejo que se le da en España, país en el que para aquellos casos en los que el paciente no decide, independientemente de si es menor de edad o no, se utiliza el término de representación para aludir a “la toma de decisiones del paciente crítico a la sustitución de la decisión del paciente, incapaz de formularla, por la de otra persona que decidirá en su lugar” (Fundación Víctor Grífols i Lucas,

2010, p.17); el cual al ser un concepto más genérico, permite el estudio de otras situaciones sobre las cuáles es interesante conocer el manejo que se las ha dado.

En este orden de ideas, las primeras menciones legales que en Colombia se realizan sobre el consentimiento informado por representación se encuentran en el Código de Ética Médica, la Ley 23 de 1981, en el que se indicó en el artículo 14 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”. De la misma manera, en el artículo 15, se precisa que el médico no podrá exponer al paciente a riesgos injustificados y que deberá siempre solicitar el consentimiento informado, salvo “en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”. Por último, en el artículo 18 establece que, si la situación del paciente es grave, tiene la obligación de comunicarle sobre ello al paciente, sus familiares o allegados.

La Resolución 229 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que derogó la Resolución 4343 de 2012, consagra en el numeral 4.2.4 del artículo 4, que recae sobre los representantes legales del paciente mayor de edad, la potestad para otorgar el consentimiento informado o disentir, en su defecto, cuando el paciente este en caso de inconciencia o incapacidad para decidir. En el mismo sentido, en el numeral 4.2.4.5 indica que, para los menores de edad, en caso de inconciencia o incapacidad para tomar las decisiones, serán sus padres o el representante legal, quienes puedan consentir o desistir de la realización de algún tratamiento médico, siempre obrando el representante legal en ambos supuestos (menor y mayor de edad), en beneficio del mejor interés del paciente. Finalmente, en esta Resolución también se establece que para la toma de decisiones al final de la vida, ante el estado de inconciencia o incapacidad del paciente, se requiere de un documento de voluntad anticipada o que su representante legal otorgue el consentimiento informado para la realización de tratamientos, suministro de medicamentos, e intervenciones quirúrgicas que puedan ir en contra del interés del paciente.

Con relación a los menores de edad, como se indicó, la representación legal está a cargo, en principio, de los padres y si estos a su vez son menores de edad, en sus abuelos. Esto se basa en el artículo 288 del Código Civil Colombiano, que regula la figura de la patria potestad, que como se conoce es el conjunto de derechos que la ley otorga a los padres sobre hijos no

emancipados. En este punto, es importante mencionar que en los artículos 2, 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños se establece que, por el principio del interés superior del menor, los niños tienen derecho a manifestar su opinión en todo lo que los afecte y que deberá considerarse, dependiendo del asunto, la edad y madurez del menor. En esa medida, como parte del ejercicio integral del desarrollo de su personalidad, se reconoce que los niños tienen derecho a acceder al más alto nivel de atención en salud, y que se garantice que la prestación de este servicio vela por el interés superior del menor.

En vista de lo anterior, el Gobierno colombiano en el año 2023, estuvo promoviendo a través del Ministerio de Salud una Resolución por medio de la cual se adoptarán “las medidas para garantizar el acceso, autonomía y consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes en la atención en salud”. En esta se visualiza que se establecen definiciones respecto de qué es el consentimiento informado por representante legal, qué es el consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes, el cualificado, el asistido, cómo debe ser el nivel de acompañamiento que reciban los menores y los parámetros que se deben tener en cuenta para la toma de las decisiones, entre otros factores. El contenido de este boletín da cuenta que se trata de un proyecto que recoge pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional, por lo cual, en caso de promulgarse, se estaría avanzando en materia de regulación sobre el consentimiento informado por representación, pues se consolidaría a través de la norma cuál es la regulación que existe, facilitando la solución de los problemas jurídicos complejos que en este asunto se presentan.

Para el consentimiento que deben otorgar los familiares del paciente que no se encuentra en la capacidad para manifestar su voluntad, por expreso mandato jurisprudencial

Debe acudirse a la normatividad sobre consentimiento en materia de trasplantes y disposición de órganos (ley 73 de 1988). El artículo 5 de dicha ley establece un orden de prioridades encabezado por el cónyuge no divorciado o separado de cuerpos y seguido por los hijos legítimos o ilegítimos mayores de edad, los padres legítimos o naturales, los hermanos legítimos o naturales mayores de edad, etc. (Corte Constitucional, sentencia T-401/1994),

Ahora bien, en lo que refiere a las personas con discapacidad, es importante tener presente el concepto de capacidad legal, el cual de conformidad con el artículo 1502 del Código

Civil colombiano, consiste en “poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”. Compilado con lo anterior, en el artículo 1503 de este Código, define como capaz aquella persona que la ley no declara incapaz, por lo que, en el régimen anterior de discapacidad, según el artículo 1504, los absolutamente incapaces eran los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pudieran darse a entender. Los incapaces relativos, con base en el artículo 15 de la Ley 1306 de 2009 (régimen anterior de discapacidad), eran aquellos que para ciertos actos y negocios se encontrarán inhabilitados.

En este sentido, sobre las personas consideradas incapaces absolutas, la Ley 1306 de 2009, a través del artículo 6, les atribuía preferentemente y en orden, el cuidado y la preservación de los derechos de estas personas, a los padres y las personas designadas por estos; al cónyuge o compañero/a permanente y los demás familiares en orden de proximidad; las designadas por el juez y el Estado mediante funcionarios legitimados para ello. Como resultado, en materia de salud, le correspondía otorgar el consentimiento informado a un tercero que cumpliera con el requisito de actuar como el rol enunciado en el artículo 6, según orden preferencial.

Sin embargo, el régimen de discapacidad consagrado en la Ley 1306 de 2009 se modificó con la entrada en vigor de la Ley 1996 del 2019, la cual introdujo cambios en el tratamiento de las personas con discapacidad mental y eliminó la limitación del ejercicio de la capacidad legal por parte de estas. De cara a lo anterior, se les reconoce capacidad legal a las personas con discapacidad y mayores de edad, eliminando la figura de interdicción, la cual según el artículo 25 de la Ley 1306 de 2009, era una medida de restablecimiento de derecho de los discapaces absolutos que buscaba sustraer la capacidad jurídica de estas personas.

Actualmente, las personas con discapacidad tienen derecho a celebrar actos jurídicos con independencia y a tener apoyos durante la realización de estos. En este punto, es interesante mencionar que la ley no únicamente se centró en la designación de apoyos, como medida de protección de derechos en los casos en los que las personas con discapacidad lo requirieran, sino que también estableció como alternativa, las directivas anticipadas (art. 21), establecida en la última ley, como medio para preservar la voluntad y las preferencias fidedignas de una persona, permitiéndole a una persona mayor de edad, manifestar por escrito sus decisiones respecto a asuntos que podrían tener efectos jurídicos, como económicos, personales y de salud.

La normatividad expuesta da cuenta del marco legal de referencia que existe en Colombia que repercute sobre el consentimiento informado por representación y lo que está establecido en la regulación legal sobre cómo debe otorgarse este tipo de consentimiento. Así conocer quiénes son las personas legitimadas para otorgar dicho consentimiento y el régimen de discapacidad busca dar cuenta de que, al menos en el contexto legal, más allá de indicar quien lo puede otorgar, no existe un protocolo que dé cuenta de cómo se puede garantizar que cuando sea un tercero quien decida sobre la salud del paciente, se proteja la voluntad y la autonomía de este, en lo que refiere a las decisiones que impactan su salud.

Se aclara que se presenta el cambio del régimen de incapacidad en la regulación civil, debido a que con el reconocimiento de que toda persona es capaz, es posible que se vean limitados los supuestos en los que un tercero tome las decisiones que afecten la salud de una persona con discapacidad mental. Por lo cual, se consideró importante realizar esta contextualización para que, al presentar el estudio de los supuestos fácticos del consentimiento por representación de este grupo de pacientes, realizado por las altas cortes, se visualizara si efectivamente la aplicación de este tipo de consentimiento, en estos supuestos, podrá disminuir.

2.3.1 Derecho Comparado

Actualmente el consentimiento informado es un tema que cada vez está siendo necesario aplicarlo en todo tipo de procedimientos clínicos, tales como exámenes médicos, cirugías, consultas etc. Lo que ocurre en diversos países como España y Uruguay, los cuales poseen modelos de regulación sobre el consentimiento informado, completos y de fácil comprensión. En el caso de España se encontró que su regulación está llena de conceptos que permiten entender cada término utilizado. En el caso de Uruguay, regulan esta figura de forma detallada de manera que, la legislación pueda brindar las directrices sobre el modo de actuar en cada situación. Sin embargo, el contenido de la legislación sobre el consentimiento informado de estos dos países como los pronunciamientos doctrinarios que contribuyen a su regulación, son tan extensos que plantearlos en este apartado supera la investigación sobre la problemática en la que se centra esta tesis. De modo que, se expondrá de manera general el tratamiento del consentimiento informado en estos dos países con fines de contextualización.

- **España**

Un país que inicialmente legitimaba la relación médico-paciente regulada por el principio paternalista, en el que el consentimiento del enfermo era irrelevante. Sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución Española de 1978, al regularse expresamente ciertos derechos del paciente como la protección de la salud, la dignidad y el derecho a la información se abrió paso al reconocimiento de un nuevo modelo basado en la protección de la autonomía del paciente. Lo que conllevó a la emisión de diversas normas como la Ley 30 de 1979 que recogía el derecho del paciente de recibir información y dar consentimiento válido, enfocado en la extracción y trasplante de órganos; también de la Ley 14 de 1986 General de Sanidad de 25 de abril, artículo 10, que regula de forma amplia la existencia del consentimiento informado, resaltando el derecho a la información en los casos de diagnóstico, alternativas de tratamientos o pronósticos etc. Posteriormente entra en vigor el 1 de enero de 2000 el Convenio de Bioética del Consejo de Europa, cuyo objetivo es brindar mayor protección a los derechos humanos en las aplicaciones de la biología y procedimientos médicos, en especial, para los menores y personas con trastornos mentales, en la relación asistencial. Por último, se desarrolla y se amplía la regulación del tema con la Ley 41 de 2002, “básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aplicable a todo el territorio español”, la cual es la ley que actualmente regula la aplicación del consentimiento informado en España.

En esta última Ley se establece que toda actuación en salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario de éste, siempre que se le informe en forma adecuada, suficiente, completa y comprensible la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Sin embargo, también se establece la figura del consentimiento por representación, en el artículo 9 de la Ley 41 de 2002, la cual se otorga en los siguientes casos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

Ahora bien, en esta misma normativa, se establece que cuando el paciente sea menor de edad emancipado o mayor de 16 años, que no se encuentre en los casos anteriores y no se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o la salud, puede otorgar su consentimiento personal, sin necesidad de representación. En caso de ser de alto riesgo, el consentimiento lo otorga el representante legal, teniendo en cuenta la opinión del menor.

En los casos que el consentimiento lo deba otorgar el representante legal o los familiares, en los supuestos anteriores, la decisión deberá adoptarse teniendo presente el mayor beneficio para la salud del paciente. En caso contrario, se deberá poner en conocimiento a la autoridad judicial para que adopte la resolución correspondiente. Si no es posible comunicarlo por razones de urgencia, los profesionales de la salud, en cumplimiento del deber, adoptarán las medidas necesarias que protejan la vida y salud del paciente.

Por otro lado, los pronunciamientos jurisprudenciales en España se han encargado de asegurar el cumplimiento de la anterior ley en los casos objeto de estudio. De manera que, en la Sentencia 37/2011 de 28 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, se establece que la privación de la información equivale a una privación a consentir o rechazar una actuación médica. De ahí que, se reconoce que la actuación de un médico sobre un paciente, sin su consentimiento puede vulnerar su derecho a la integridad física, siendo preciso atender en cada caso si aquella omisión se encontraba justificada o no. En relación con esto, en la Ley 41 de 2002, en el artículo 9.2, se determina que los médicos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas en favor de la salud del paciente, sin necesidad de su consentimiento, en los casos que exista riesgo para la salud pública, a causa de razones sanitarias; y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, ni la de sus familiares o representantes. Por lo que, en los casos donde el paciente se encuentre en situación de riesgo no es suficiente para omitir el consentimiento informado, sino que debe estar revestido por la inmediatez y gravedad.

Análogamente, el Tribunal Supremo español, en la Sentencia del 13 de mayo de 2011, Sala de lo Civil, ha determinado que la falta de información al paciente fundamenta la responsabilidad del médico, pues se provoca un daño moral grave derivado de la lesión al derecho de autonomía de este. Lo anterior, en razón a que, siguiendo a Casado (2017, p.15), el consentimiento informado es el presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*. Sin dejar a un

lado, conforme la Sentencia, citada por este, de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) núm. 190/2016 de 9 mayo, que:

El daño que fundamenta la responsabilidad debe guardar relación con el hecho de haber omitido toda la información previa detallada y adecuada del consentimiento del paciente para así poder formarse un adecuado consentimiento informado de los riesgos que entrañaba o podría entrañar el acto quirúrgico a fin de decidir con plena y completa consciencia y voluntad de consentimiento.

En este orden de ideas, atendiendo a la Sentencia del 9 de mayo de 2014, del Tribunal Supremo, en la Sala Civil, el consentimiento debe entenderse como un procedimiento que requiere de la comunicación entre el médico y el paciente que permita que este último sea informado de la manera debida y pueda tomar una decisión sobre la actuación médica. Asimismo, se reitera, en esa providencia, que al consentimiento se le debe otorgar siempre un valor probatorio, de forma que se le de valor al contenido de este, a raíz de la información brindada y no quede calificado como un requisito de solemnidad, en el que se priorice la forma, antes que el contenido.

En consonancia con las sentencias antes citada, Ortiz y Burdiles (2010, p. 651), establecen en relación con los aspectos prácticos del consentimiento que el énfasis se debe hacer en la comprensión del paciente y no en la defensa del médico, de manera que se deben utilizar todas las técnicas de apoyo posible como dibujos, folletos, películas, fotografías etc. que permitan brindar una información completa al paciente. Además, sugieren que la información no sea entregada en un solo momento, sino que sea dosificada para su mayor comprensión y depuración, en el que el paciente esté acompañado de un familiar que le permita recordar los datos suministrados.

Con todo lo anterior, se ha podido establecer que el consentimiento informado en España se encuentra en el corazón de la medicina y la atención en salud, es por esto por lo que, a tenor de Menéndez (2013, p. 4) un cuidado de calidad en sanidad implica respetar los valores del paciente y reconocerlo como un ser autónomo y capaz de tomar decisiones importantes relacionadas con las actuaciones médicas correspondientes. “el requisito mínimo ético en nuestra relación con los pacientes es el de respetar su autonomía como persona” (Menéndez, 2013, p.4)

- **Uruguay**

La noción del consentimiento informado de España es consistente con la legislación uruguaya, por lo que, no es concebible el consentimiento sin la información previa, adecuada, continua y en lenguaje comprensible por los profesionales de salud. Rodríguez (2017, p. 25) establece que la información que se ofrece es la necesaria para que el paciente tome una decisión racional, condición para la validez de su aceptación. Por tanto, el médico debe informar todo lo que incluye el diagnóstico, la finalidad del tratamiento, los riesgos, beneficios y alternativas viables.

En este país, la primera norma nacional que pudo imponer el consentimiento informado dentro del ámbito de la salud es la Ley 14005 de 1971 que establecía la reglamentación para la donación de órganos y tejidos. Posteriormente, se emitió el Decreto 258 de 1992 que contenía las reglas de conducta médica y derechos de los pacientes. De manera que actualmente son diversas las normas las que consagran el consentimiento, como lo es, principalmente y la más citada en la materia dada su actualidad, la Ley 18335 de 2007, derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de salud, reglamentada por el Decreto 274 de 2010.

Seguendo la Ley 18.335, se estipula, en el artículo 12, que el consentimiento es obligatorio para todo procedimiento de investigación médica, además que, en su artículo 11, por regla general, quien debe prestar el consentimiento es el paciente. Sin embargo, también disponen de la figura del consentimiento por representación, regulado por el decreto 274 de 2010, artículo 24, operando en los siguientes casos: 1. niños, niñas o adolescentes sin la madurez suficiente, se otorgará por sus representantes legales, teniendo presente el interés superior del paciente. La madurez de estos se evalúa con base en la valoración del profesional; 2. En los casos de adultos declarados legalmente incapaces; 3. Los pacientes legalmente capaces, pero en situación de imposibilidad de manifestar el consentimiento o que no estén psíquicamente apto para ello (coma, intoxicación alcohólica aguda, episodio psicótico etc.); y 4. Los pacientes en estado terminal de una patología incurable e irreversible que no hayan manifestado previamente su voluntad. Cabe señalar que este decreto indica que, para los menores, siempre se les procura incluir en la decisión de los procedimientos, informándoles

sobre estos y considerando su opinión según la edad, capacidad, evolución de facultades y madurez.

Por su parte, La Ley 19.286 “Código de ética médica”, obligatoria para todos los integrantes del colegio médico de Uruguay, en el artículo 13 que, el médico tiene el deber de dar una información completa, veraz y oportuna, comunicar los beneficios y los riesgos de los procedimientos, mantener informado del paciente de toda eventualidad y respetar la libre decisión del paciente.

Ahora bien, existen casos en los cuales el Decreto 274/2010, en el artículo 21, habilita para que la información sea limitada, como lo es, en el caso llamado, el privilegio terapéutico, en el que se obra en interés del paciente ya que si se le suministra la totalidad de la información puede producirle un daño al paciente. Para esto, se necesita el consentimiento de los familiares con los que se establecen las restricciones sobre el derecho a conocer sobre la enfermedad.

A su vez, en Uruguay se habilita para que se adelanten procedimientos sin necesidad del consentimiento informado, atendiendo a la Ley 18.335 y el Decreto 274 de 2010, cuando medien razones de urgencia, de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido y en circunstancias de alto riesgo para salud del paciente o se esté frente a patologías que impliquen riesgo para la sociedad. Lo que permite deducir que se mantiene, en estos casos, el principio de beneficencia en razón a que la situación impide el cumplimiento cabal de los requisitos del consentimiento informado, proceso que implica tiempo en relación con la información.

Por ello, es que Castellanos, López, Caballé y García (2009) expresan que el consentimiento informado no es una acción aislada que busca tener la firma del paciente, sino que implica una conversación, la cual es la única fórmula válida que permite conseguir el consentimiento. Por lo que, establece el autor, es necesario que los profesionales asuman una posición activa de modo que incorporen esta figura como una dimensión básica de su ejercicio profesional. De manera que no se ignora el hecho de que pueden existir posiciones en las cuales el paciente y el médico discrepen con respecto a una actuación médica, pero “no es un mal resultado, al contrario, es de mayor calidad moral que la mera imposición paternalista” (los mismos autores).

Dicho esto, Lorda y Júdez (2001, p.103) establece que para la elaboración de formularios sobre el consentimiento informado sugiere escribir frases cortas evitando el uso de frases compuestas, escribir con palabras sencillas dejando a un lado los tecnicismos y expresiones probabilísticas numéricas, evaluar la legibilidad del texto, incluir dibujos, utilizar varios tipos de letra. De manera que, el paciente pueda entender la complejidad de la situación y sumergirse en un proceso de deliberación sobre las posibles alternativas médicas y tomar una decisión.

Por otra parte, Galán Cortés, citado por Rodríguez (2017), establece que el consentimiento informado “se trata de un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad” (p.29). De manera que, toda vez que, el consentimiento informado hace parte de la *lex artis*, es decir, el conjunto de reglas conforme a las cuales debe comportarse los profesionales de la salud en cada procedimiento médico, una actuación sin este, que no esté exceptuado por la Ley, es una actividad ilícita que, puede acarrear responsabilidad. Como lo indica, Rodríguez (2017) que, el consentimiento informado es un elemento esencial de la *lex artis*, condición imprescindible para determinar la licitud de una actividad médica.

A propósito, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en la Sentencia 52 del 19 de marzo de 2010, ha establecido que “la autorización del paciente es la concreción, en el ámbito de la asistencia sanitaria, de su derecho fundamental de libertad (art. 7 de la Carta) de autodeterminación y de decidir libre y autónomamente sobre su propio cuerpo, su integridad corporal y su futuro vital”. De modo que, siguiendo la Sentencia 321 del 20 de octubre de 2004, de esta misma Corte, el consentimiento del paciente debe ser otorgado antes de cualquier intervención, por lo que en los casos en los que no se le informa al paciente sobre ciertas implicaciones o riesgos de un procedimiento antes de su realización, no es procedente realizar una hipotética opción de que, si se le hubiese informado de igual forma en cualquier caso hubiera aceptado la operación. En razón a que la ausencia del consentimiento informado lesiona el derecho fundamental al paciente a decidir si acepta o no los riesgos que implica la intervención. Lo anterior, también reiterado en las Sentencias 14 de febrero de 2008 (Sent. 11/2008) y 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013), en las que se determina que solo con transgredir la obligación de obtener el consentimiento, sin necesidad de que medie culpa alguna, es suficiente para predicar la responsabilidad por parte del médico, al violentarse la libertad del paciente.

Con respecto a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia uruguaya, en la última sentencia señalada y en la sentencia 572 de 25 de noviembre de 2013, ha manifestado que la información que se refiere a los riesgos previsible, excepto los no frecuentes, son de gran importancia en la medida que su omisión es la que hace incurrir en la responsabilidad al profesional de la salud que comete dicha falta. Es decir, los riesgos que son inherentes en la realización de dicho procedimiento y que son conocidos por la ciencia médica, los cuales deben ser informados ya que son los que el paciente quiere saber para tomar una decisión.

En este sentido, estudiando la reglamentación uruguaya y española, se puede concluir que tienen grandes similitudes como, por ejemplo, con respecto a la relación médico-paciente, prevaleciendo el derecho a la autonomía, dejando a un lado el modelo paternalista, de modo que en ambos países en su regulación y en los pronunciamientos doctrinarios se hace énfasis en la exigencia de la información. Se reconoce igualmente la figura del consentimiento por representación, siendo más detallada, en relación con los casos en los que procede, la regulación uruguaya. Asimismo, por medio de la doctrina de estos países se plantean métodos prácticos encaminados a lograr un consentimiento eficaz, lo que deja en evidencia el compromiso en perpetuar el espíritu de las normas reguladoras del consentimiento. De la misma manera, se puede destacar que los pronunciamientos jurisprudenciales de estos países han adoptado la noción y exigencia del consentimiento informado, haciendo alusión a la reglamentación nacional de cada país. En todo caso, se puede concluir que la reglamentación legal de estos dos países es mucho más completa que en Colombia donde existe una gran deficiencia normativa, trasladando la obligación de reglamentación al desarrollo jurisprudencial.

2.3.2 Jurisprudencia Constitucional colombiana.

En la Corte Constitucional se ha suscitado el interés en torno al tema del consentimiento por representación, como se evidenciará en las siguientes sentencias citadas.

En la Sentencia T-1019/2006, con Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, en el cual se analiza el caso de una menor de edad con discapacidad mental, donde la madre solicita sustituir el consentimiento de su hija para decidir que a esta se le someta a una operación de ligaduras de trompas; la Corte ha señalado que el consentimiento sustituto opera en estas

circunstancias; sin embargo, dicha decisión debe estar precedida por una amplia y detallada información suministrada por los médicos (tipo de tratamiento, complicaciones, complejidad, efectos directos del procedimiento a corto y largo plazo en la salud del paciente). Por otro lado, quienes sustituyen el consentimiento, deben tener la certeza de que la decisión deberá siempre encaminarse a garantizar la vida y mejora de salud del paciente.

En estos casos, se trata de un consentimiento que, además de ser informado y cualificado, en ciertas circunstancias se requiere que se acompañe del agotamiento previo de algunos trámites judiciales, que autoricen la práctica del tratamiento médico. Estas situaciones, pueden ser, cuando la decisión en cuestión se centra en procedimientos definitivos e irreversibles, por ejemplo, sobre la funcionalidad de algún órgano del paciente. Por tanto, en dichas eventualidades es imprescindible que se tenga la certeza absoluta de que la persona que será sustituida en su consentimiento no adquirirá en el futuro el criterio suficiente y racionalidad que le permitirán eventualmente otorgar su consentimiento. Es por ello por lo que la Corte ha establecido que es pertinente que el paciente sea sometido a una valoración médica que permita establecer su capacidad cognoscitiva y su nivel de desarrollo mental. En consecuencia, se prioriza garantizar la dignidad humana y la propia vida del paciente sobre principios como la autonomía de la voluntad, puesto que lo que se busca es proteger otros derechos que de no ser salvaguardados, empeorarían las condiciones de vida de esa persona.

Por otra parte, en la Sentencia T-850 del 2002 la Corte estableció que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es absoluto, sino que se debe evaluar la capacidad del paciente en razón a la decisión concreta que éste debe tomar, pues una persona puede ser competente para aceptar unas intervenciones médicas, pero carecer de la autonomía para decidir otros de mayor riesgo o complejidad. De manera que según la Corte Constitucional, en la Sentencia C-182/2016, con Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, para aceptar un consentimiento sustituto respecto de las personas con discapacidad sometidas a procedimientos de esterilización quirúrgica, se deben cumplir las siguientes reglas jurisprudenciales: cuando no exista una alternativa menos lesiva a la integridad personal, se tenga certeza sobre la imposibilidad del consentimiento futuro y exista necesidad médica, como en los casos que se encuentra en peligro la vida de la persona. Asimismo, la procedencia de esto se encuentra atado a:

i) un proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador; y (ii) un proceso especial para obtener una autorización judicial que debe valorar la posibilidad de otorgar el consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica y la condición médica del paciente.

En estos casos de discapacidad mental se debe tener presente que existen diversos tipos o grados de discapacidad clasificados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como leve, moderada, severa y profunda; por lo que, según el grado, se determina el nivel de autonomía y capacidad de la persona. Es por ello por lo que, según se dijo anteriormente, en estos casos de esterilización a discapacitados, la solicitud de este tratamiento y el consentimiento, son suscritos por el representante legal, previa autorización judicial. Sin embargo, solo se encuentra dirigido a personas a quienes se les haya declarado su interdicción con sustento en una discapacidad mental profunda y severa, puesto que sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada, una vez se hayan prestado todos los apoyos necesarios para que lo haga.

Adicionalmente, para los casos de los menores de edad se necesita seguir el mismo proceso de autorización judicial; sin embargo, esta debe ser solicitada por los dos padres, a menos que no sea posible por abandono o sustracción de la patria potestad. Ahora bien, la Corte ha enfatizado que si existe la posibilidad de que el niño o adolescente pueda otorgar su consentimiento futuro, debe resguardarse su derecho a decidir.

Así, para el caso de los menores de edad, expresa la Corte en la Sentencia C-182/2016, el consentimiento sustituto no se sustenta por la decisión de los padres o del representante legal, sino que se tienen presente diversos factores : “(i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del niño, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del menor”, que permiten otorgar un mayor o menor peso a la decisión del menor de edad. De esta manera, han existido casos en los cuales la construcción del consentimiento es conjunto entre los padres y el menor de edad, en otros, ha prevalecido la voluntad del padre en ejercicio de la responsabilidad parental de protección y garantía de derechos del menor, prestando un consentimiento informado, cualificado y persistente. No obstante, lo anterior, la opinión del menor de edad siempre debe ser tenida en cuenta.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley 1996 de 2019, que busca reconocer la máxima participación y la autonomía de las personas con discapacidad, los pronunciamientos de la Corte, con respecto al tema de la capacidad de estas personas, se ha transformado.

En la Sentencia C-025/2021, con Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger, la Corte sostuvo que al presumirse, en razón de dicha Ley, el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad intelectual y que se encuentren en imposibilidad de manifestar su voluntad, se debe velar el acceso a todos los medios requeridos que permitan esa manifestación. Por lo que, los llamados ahora apoyos, cobran mayor protagonismo sin necesidad de sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, en tanto que buscan precisamente garantizar su autonomía. De ahí que, establece la Corte, en la Sentencia T-357/2023, con Magistrado Sustanciador Juan Carlos Cortés González que, si el interesado manifiesta estar en posibilidad de comprender las implicaciones, exteriorizar su voluntad y que no necesita a otra persona que lo ayude en ello, lo procedente es no imponerlo, sino acatar su decisión y que se le permita suscribir el consentimiento informado.

Se puede evidenciar que la Corte, en la última sentencia citada, desvirtúa el anterior requisito plasmado en los pronunciamientos anteriores, relativo a la exigencia de una autorización judicial, para que un tercero sustituya la voluntad de una persona mayor de edad con diversidad funcional. Al reconocerse como una decisión exclusiva del fuero interno de la persona sin perjuicio de los apoyos. Como bien lo reafirma la Corte en esta misma providencia, en la cual manifiesta que la presencia de diagnósticos que comprometan la capacidad mental de una persona no se traduce en una imposibilidad para ejercer su capacidad legal, sino en la necesidad de brindarles un trato diferencial que les facilite precisamente el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sido siempre defensora del derecho a una vida digna, y de forma correlativa, ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la muerte digna.

Es por esto por lo que en la Sentencia C-239/ 1997, la Corte establece que el consentimiento informado en el ejercicio del derecho a una muerte digna no puede ser tomado de manera general, sino evaluarse en cada caso concreto. Aunque en el caso de los menores, estos expresan el consentimiento a través de sus representantes, se les debe garantizar el acceso

a la información sobre su situación de salud y consultarle, según su desarrollo psicológico, emocional y cognitivo, su voluntad.

Ahora bien, esta Corporación reconoce, en la Sentencia T-544/2017, con Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Hurtado, que la falta de regulación para la protección del derecho a una muerte digna contribuye a la vulneración de dicha garantía. Por lo tanto, ha realizado varias precisiones terminológicas y señala que en los procedimientos que permiten garantizar la protección de ese derecho, en específico, en este caso, el de la eutanasia, deben concurrir los siguientes elementos:

(i) el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; (ii) el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente que en todos los casos debe ser un médico; (iii) debe producirse por petición expresa, reiterada e informada del paciente.

Asimismo, se estableció ciertos requisitos para la viabilidad del procedimiento de eutanasia: primero, debe existir el padecimiento por parte del paciente de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, lo que se determina por medio de un concepto médico, y, la incompatibilidad de estos con su dignidad; segundo, el consentimiento libre, informado e inequívoco. También se previó el consentimiento sustituto, el cual procede en los eventos en el que el paciente que sufre la enfermedad terminal está imposibilitado para manifestar su voluntad. En estos casos, la familia puede sustituir el consentimiento, pero el comité científico interdisciplinario deberá ser más estricto en el cumplimiento de los requisitos.

Por otro lado, la Corte, en la Sentencia T-544/2017, pone de presente el procedimiento requerido para el ejercicio del derecho a la muerte digna, la cual consta de las siguientes etapas:

(i) la manifestación libre de la persona que padece una enfermedad terminal y sufre dolores intensos al médico tratante de su deseo de ejercer el derecho a la muerte digna;(ii)la convocatoria del comité científico interdisciplinario por parte del médico tratante;(iii) la reiteración de la intención de morir de forma inequívoca. Establecido el cumplimiento de los requisitos, en un plazo no superior a 10 días calendario se le preguntará al paciente si se mantiene en su decisión;(iv) en caso de que la respuesta sea afirmativa, el comité determinará el cumplimiento de los requisitos y programará el

procedimiento para el momento que indique el paciente o máximo en el término de 15 días después de reiterada su decisión. En cualquier momento la persona podrá desistir de su decisión.

Este procedimiento según la Corte, se regirá bajo los criterios de prevalencia de la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad e imparcialidad, para garantizar eficazmente los derechos de los pacientes.

Cabe precisar que, los pronunciamientos de la Corte Constitucional se han emitido en el marco de estos casos en los que están involucradas personas mayores de 18 años. Es por esto por lo que en la providencia T-544/2017, al estar involucrada una persona menor de edad, un niño, la Corte realiza ciertas precisiones en las que se reconoce que no existen distinciones en razón a la edad, para los destinatarios del derecho a una muerte digna

Sin embargo, en la Sentencia C-233/2021, con Magistrada ponente Diana Fajardo Rivera, la Corte amplía la jurisprudencia en torno al derecho a la autonomía y la autodeterminación en el derecho a morir dignamente para que esta se ejerzan también cuando se está ante pacientes con enfermedad graves e incurables que producen intensos sufrimientos, dejando atrás la exigencia basada en la fase terminal de la enfermedad o patología como se había manifestado en la sentencia T-544/2017. Puesto que, la condición de enfermedad terminal solo se estaba convirtiendo en una barrera irrazonable para el ejercicio del derecho a la muerte digna de quienes padecían una enfermedad incurable y fuente de profundos sufrimientos.

Otro caso, que ha sido objeto de estudio por parte de la Corte para regular el consentimiento sustituto, es cuando se trata de personas menores de edad o incapaces hermafroditas, esto es, la condición biológica de tener órganos reproductivos masculinos y femeninos a la vez, por lo que se someten a intervenciones para la readecuación del sexo.

En la Sentencia T-551/1999, con Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero y en la Sentencia T-1390-2000, con Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, la Corte concluyó que los padres y los representantes legales, si bien pueden autorizar las intervenciones médicas de sus hijos, en ciertas situaciones es ilegítimo en la medida que estos no son propiedad de los padres y también cuentan con cierta libertad. Una de estas situaciones surge en los casos

en los que la ambigüedad genital no se encuentra ligada a ninguna dolencia grave, ni es un riesgo a la vida o la salud, pero los médicos consideran que se debe remodelar a fin de ajustar la apariencia a un sexo. Pues bien, reconociendo la naturaleza invasiva de estas intervenciones médicas, la Corte estableció en la Sentencia T-551/1999, la aplicación del requisito de un consentimiento cualificado del propio paciente, lo cual sugiere que se debe postergar dicha intervención hasta que la propia persona pueda decidir. En este sentido, se le reconoce al menor un grado de autonomía considerable que obliga a que se considere su criterio en las decisiones importantes para su vida. De tal manera, establece la Corte, en la providencia T-551/1999 y en la SU-337/1999 que, a partir de los 5 años, no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales. Pero, en caso de tratarse de un menor de 5 años, este consentimiento es legítimo, manteniéndose el requisito de un consentimiento cualificado y persistente en las diferentes etapas de la realización del tratamiento, asegurando que dicha autorización no sea originada por un estado de ánimo momentáneo.

No obstante, en la Sentencia SU-337/1999 se ha establecido que, en los casos en donde un estado intersexual se encuentre vinculado a una urgencia médica por la amenaza grave a la salud física o de la vida de la persona y esta no pueda manifestar su voluntad, los padres están habilitados para autorizar dichas intervenciones médicas, destinadas exclusivamente a proteger el derecho a la vida del menor. En los casos que no sea así, se concuerda con la Sentencia T-622/2014, con Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresa la Corte que en la medida que el infante crece adquiere mayor autonomía y por ello debe respetarse su derecho al libre desarrollo de la personalidad; empero, debe decidirse en compañía de apoyo psicológico y de sus padres, contando con la información sobre los tratamientos más benéficos.

En síntesis, se evidencia en cada uno de los pronunciamientos de esta Corporación, que el análisis sobre la legitimidad del consentimiento sustituto es un tema complejo que requiere de la construcción de diversos criterios, dependiendo de las circunstancias que rodean cada caso concreto, para garantizar la mayor protección de los derechos de los sujetos involucrados.

2.3.3 Jurisprudencia Civil.

Respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia en la Sala Civil, ha realizado sobre el consentimiento por representación, se encuentra que al igual que la Corte Constitucional, denomina al Consentimiento Sustituto, según la sentencia SC7110/2017 previamente citada, como aquel que es otorgado por los padres, representantes legales o curadores, en representación de los menores y discapacitados mentales.

Así las cosas, si bien en una de las sentencias de esta Corte, con radicado de expediente Nro. 0500131030092002-00111-01 y Magistrada Ponente Ruth María Díaz Rueda, no se estudia precisamente un supuesto que encaje de manera precisa en el concepto de consentimiento informado por representación o sustituto, como lo denomina este órgano jurisdiccional, llama la atención porque finalmente quien firmó el consentimiento informado fue un tercero. Sobre los hechos, en la sentencia se describe que la paciente no sabía ni leer ni escribir, por lo que llamó a una amiga para firmar en su nombre, la cual lo hizo sin conocer el contenido.

En este supuesto el problema del consentimiento también se centraba en que la paciente había sido informada de los riesgos del procedimiento quirúrgico al que se sometería y que esta de manera previa los habían aceptado. Pero se consideró que no era un consentimiento informado auténtico, ya que no lo otorgó directamente la paciente ni cumplía con los requisitos de validez, pues quien lo firmó lo hizo sin leer ni conocer el contenido del documento. Puntualmente la Corte en la sentencia ya citada, precisa el caso indicando que

Lo que realmente sucedió en este caso es que no existió el consentimiento informado de la paciente a la que se le expuso a un riesgo injustificado por la aplicación de la anestesia general cuando ella permitió la operación bajo el entendido de que ésta sería la “local o asistida” y nunca aquélla por saber que era de alto riesgo y complicación que la podría conducir al fallecimiento. Fuera de lo anterior “el día de la cirugía le hacen firmar un documento que contradice toda su voluntad, el cual es firmado sin cumplir los requisitos legales para su valoración probatoria, el cual se fundamentó el Tribunal para proferir su fallo de segunda instancia”.

Por el cual el riesgo injustificado al que se expuso la paciente y que ocasionó la muerte, no fue debidamente aceptado por un consentimiento informado válido y auténtico.

Por otro lado, algunos aspectos sobre el consentimiento informado en general que por su contenido se considera es aplicable al consentimiento informado por representación, se encuentran en la sentencia SC2804/2019 con radicado Nro. 76001-31-03-014-2002-00682-01

y Magistrado Ponente Margarita Cabello Blanco. En la sentencia se establece que la sola ausencia del consentimiento informado generará responsabilidad civil, puesto que con la exigencia del consentimiento lo que se busca es que el paciente decida libremente asumir los riesgos que se puedan derivar del tratamiento o procedimiento médico. Como resultado, el no obtener el consentimiento se convierte en una lesión a la libertad y a la autonomía del paciente, por lo cual no se requiere que se demuestre una relación causal “entre la falta de consentimiento del paciente y el daño derivado de la infracción de los estándares de la *lex artis medicorum* , pues la culpa médica por mala praxis lesiona bienes jurídicos distintos”.

En este sentido, según lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia, cuando con un tratamiento o procedimiento médico se ocasionan daños sobre la salud del paciente, o en casos aún más complejos, la muerte, el bien jurídico que se lesiona es el de la vida y el de la integridad personal. Por lo cual, será el actuar del personal médico lo que genere la relación causal con el resultado daño o muerte, lo que no implica necesariamente que se le atribuya jurídicamente responsabilidad por ese resultado. Cuando se omite el deber de obtener el consentimiento, esa acción omisiva incrementa las posibilidades de producción de los riesgos derivados del tratamiento, pues se le imposibilita al paciente lograr abstenerse de someterse a dicho acto médico y con ello impedir el flujo de acontecimientos que conllevaron al resultado lesivo.

Al respecto dice la Corte en la sentencia citada afirma:

El profesional de la medicina que no informa a su paciente sobre los riesgos inherentes al procedimiento médico asume tales riesgos como suyos, con independencia de si el procedimiento es necesario o no para la recuperación de la vitalidad del paciente (siempre que éste tenga la posibilidad material de comprender las implicaciones de la información suministrada); porque la asunción de los riesgos no depende de la necesidad del procedimiento o tratamiento sino de la posibilidad que tiene el paciente de decidir sobre su propio destino.

Aunque el procedimiento médico fuere necesario para la preservación de la vida, sólo el titular del bien más preciado está facultado para disponer sobre él, por lo que el ordenamiento le garantiza poder decidir si asume las posibles secuelas de la

intervención médica o si escoge no soportarlas a pesar de las consecuencias adversas que comporte tal elección.

En lo que refiere a ese deber de informar, la Corte a través de la sentencia SC4786/2020 con radicado Nro. 20001-31-03-003-00942-01 y Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, reiteró la sentencia SC7110/2014, en la que se dijo que la información que se transmitiera al paciente debía ser la necesaria, lo que incluía las alternativas posibles, enfermedad, tratamiento médico, beneficios posibles y los riesgos involucrados. Esto como se observa, concuerda con los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3604-2021 con radicado Nro. 47001-31-03-005-2016-00063-01 y Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta, precisa que el deber de informar hace parte del estándar de conducta que le es exigible al médico, la cual proviene de una orden imperativa para su profesión consagrada en la Ley 23 de 1981 y que:

La omisión del galeno –consistente en no obtener el consentimiento informado– está ligada causalmente con la materialización de uno cualquiera de los riesgos esperados del tratamiento o intervención correspondiente. Para arribar a esa conclusión, es necesario considerar –ab initio– que si se supusiera que el médico indagó oportunamente por el consentimiento de su paciente, surgirían dos cursos causales plausibles: (i) que este, tras escuchar la información acerca de los riesgos y beneficios de la terapia propuesta, se hubiera decantado por rechazarla; o, (ii) que, pese a ser consciente de esas variables, decidiera asumir todas esas contingencias.

Las sentencias que se encontraron durante la investigación emitidas por la Corte Suprema de Justicia en la Sala Civil, que giraban en torno al ámbito de la tesis, trataban sobre el consentimiento informado en general. No se encontró alguna que directamente tratara el consentimiento por representación, adicional a la mencionada al principio de este apartado, lo que genera dudas sobre el manejo que se le daría a estos supuestos, principalmente con los cambios introducidos en el actual régimen de habilitación. No obstante, según lo regulado en la Ley 1996 de 2019, se esperaría que los casos en los que se use un consentimiento informado por representación disminuyan, lo que aumenta las probabilidades de que no los conozcan esta instancia superior y final.

Así conviene subrayar que con este apartado se buscaba mostrar el tratamiento que este órgano jurisdiccional hubiera dado a los supuestos del consentimiento informado por representación, específicamente si había algún protocolo establecido para otorgarlo y determinar su validez, pero como se observa sería un consentimiento que estaría regido por pautas generales que no responden a la pregunta sobre ¿Cómo la regulación vigente garantiza el respeto a la autonomía de las decisiones que repercuten sobre ese paciente sobre quien decide un tercero?

2.4 Responsabilidad médica penal

Las intervenciones médicas están relacionadas precisamente con la vida y la salud de los pacientes. Por eso pueden producir afectaciones físicas y/o incapacidades corporales como dolores o padecimientos, y no por ello, se configura el tipo penal de lesiones personales u otros delitos aplicables, ya que, en principio, estaban orientadas a preservar la salud del paciente. Así pues, mientras que se busque este fin, y dichas intervenciones o cualquier otro tratamiento médico, se realice conforme a la *lex artis*, éstas son legítimas.

No obstante, llegar a la anterior afirmación comprende el estudio de unos conceptos cuya actuación conjunta, determina si en un supuesto fáctico, un acto médico, puede ser atribuible de una responsabilidad penal médica. Precisamente con este apartado se busca analizar cómo influye el consentimiento informado cuando el resultado del tratamiento o intervención médico se adecúa a un tipo penal. Agregando como variable el consentimiento informado por representación y si existe algún cambio en su tratamiento.

Algunos actos médicos por su naturaleza pueden llegar a ser lesivos de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal y la libertad. Esta premisa supone entender el concepto de bien jurídico, para Roxin “Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (1997, p. 56).

Así pues, para que el resultado jurídicamente desaprobado producto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado sea atribuible a una conducta se requiere de un proceso de imputación objetiva, el cual se explicará de manera sucinta debido a que, no interesa el debate doctrinario que gira en torno a este proceso, al ya existir una postura acogida por

Colombia. Para efectos de contextualización se expondrá en qué consiste la teoría de la imputación propuesta por Roxin (1997), y posteriormente se relacionará con el rol del consentimiento informado durante el proceso de imputación.

En este sentido, para determinar si un bien jurídico protegido ha sido puesto en peligro o lesionado, se debe estudiar la acción u omisión del sujeto activo de la conducta a través de la imputación objetiva. La teoría de Roxin (1997), establece que “la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo” (p.364), cuyo resultado sea con ocasión a ese riesgo no permitido.

La Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Penal, a través de la sentencia SP 27357/2008 Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, ha indicado que uno de los supuestos en los que podrá haber creación de un riesgo desaprobado o no permitido, es cuando en referencia a la conducta que realice otro, media una autopuesta en peligro dolosa por parte de la víctima. Esto requerirá que, en el caso específico, el sujeto pasivo tenga la facultad de decidir si asume el riesgo y el resultado. Además, que este tenga la capacidad discernir el alcance del riesgo que afronta con su conducta y que, por último, el actor no tenga la posición de garante respecto de ella.

De esta manera, cuando se pueda recurrir a la aplicación de este supuesto en la imputación objetiva, en los casos en los que haya consentimiento del sujeto pasivo en asumir el riesgo, del cual conoce sus implicaciones, y el sujeto activo no tiene la posición garante de evitar el resultado, se puede afirmar que hay ausencia de responsabilidad penal para este último. Lo anterior, no por la existencia del consentimiento, sino porque se entenderá que el sujeto activo actuó bajo un riesgo permitido. Lo que no sucede en los actos médicos, en los cuáles el paciente con el consentimiento informado, debidamente otorgado, si bien asume el riesgo, quien tiene la posición de garante de evitar un resultado lesivo será el personal médico, por lo cual, si no se garantizan los criterios indicados por la Corte, pese a que medie un consentimiento informado, no se podrá considerar que con ello hay una autopuesta en peligro.

La autopuesta en peligro entendida como riesgo jurídicamente aprobado, derivado del efecto del consentimiento informado ha sido estudiado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia previamente citada. Principalmente esta Alta Corte sostuvo que, si bien la paciente había omitido informar que era alérgica al medicamento que le estaban aplicando, este supuesto no se trataba de una autopuesta en peligro, debido a que quien ostentaba la posición de garante respecto de ella era el médico tratante. De tal forma que, el acto de no haberle informado a la

paciente el medicamento a aplicar ni haberle ordenado una prueba de sensibilidad y aun así aplicarle el antibiótico, conllevaba a que dicha conducta creara un riesgo jurídicamente desaprobado, aunque previamente la paciente hubiera aceptado recibir las atenciones médicas requeridas.

Sobre el riesgo no permitido, dice Claus Roxin (1997) que cuando éste se evalúe, se deberá considerar el fin de protección de la norma de cuidado que lo limita y no el del tipo penal. Por ello, en materia de responsabilidad médica penal, existen las reglas que se deben obedecer para que, con el ejercicio de la actividad médica, se eviten posibles resultados lesivos para los bienes jurídicos que se protegen. Todos los procesos que se van incluyendo dentro de las reglas del arte, las cuáles delimitan el riesgo permitido, reciben el nombre de *lex artis*.

La *Lex Artis* médica, siguiendo a Giménez (2006), comprende los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones. Los componentes de la *lex artis*, según Montealegre (1997) son las leyes, guías, protocolos de manejo, y literatura científica etc.

En esa medida, al realizar el juicio de imputación objetiva, según Bernate (2010), lo primero que se debe determinar es que el profesional de salud con su conducta haya cometido una infracción a la *lex artis* y posteriormente, evaluar que con la infracción se haya ocasionado un resultado lesivo para el paciente. De cara a lo anterior, plasma este autor que el consentimiento informado al ser uno de los presupuestos del acto médico, formará parte de la *lex artis*, de manera que, en materia penal al ser uno de los elementos de estas reglas del arte, cuando se esté ante un acto médico debidamente consentido, el derecho penal, en principio, no deberá intervenir, al no ser una conducta penalmente relevante, salvo en los casos en los cuales, a pesar de la existencia del consentimiento, el médico incurre en una falla médica.

2.4.1 Posición de Garante.

La Corte Suprema de Justicia, en la Sala Penal, Sentencia SP14547/2016, Radicado Nro. 46604, con Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández expresa que la posición de garante es “la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”. De modo que, el garante que no evite el resultado dañino, pudiendo hacerlo, tendrá responsabilidad por ese resultado jurídicamente desaprobado. A tal efecto, en razón a que este

tiene el deber de preservar ciertos bienes jurídicos de la persona que tiene bajo su cargo o que se le haya encomendado, como garante tiene la vigilancia de las fuentes de riesgos.

El Código Penal colombiano, en el artículo 25, establece las situaciones constitutivas de posiciones de garantía:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

De esta manera, acorde con la tesis de las fuentes materiales esta sostiene que la posición de garante del médico depende de cada caso que permita determinar si es aplicable o no. Esta tesis, expone Francisco Bernate, establece que solo es aplicable cuando el médico asuma voluntariamente el tratamiento del paciente, que comienza con el diagnóstico. Por tanto, cuando no existe dicha asunción, la posición de garante opera como en el resto de los ciudadanos, de modo que, cuando se conozca que una persona necesita ser auxiliada y nadie hace nada, se aplica la figura de la omisión propia, como la omisión de socorro.

En este sentido, por esa posición de garante del médico respecto al paciente, éste tiene obligaciones, como el deber de informarle sobre su estado de salud, los riesgos, los tratamientos aplicables y medicamentos suministrados, etc.

Dicho esto, en el momento que se introduce la imprudencia como un elemento del tipo, se convierte el deber de cuidado como el punto central para calificar una conducta como imprudente o no. Para Luzón Peña (2016), el elemento esencial de la conducta imprudente y lo que constituye su desvalor de la acción es la infracción de una norma de cuidado y del deber de cuidado que la misma impone, en relación con la posible realización de una concreta clase de tipo. De ahí que, este mismo autor señala que, para determinar la gravedad de la imprudencia se considera la gravedad de la infracción de la norma o deber de cuidado, atendiendo al grado de peligro en el que se expuso el bien jurídico.

Para entender con mayor profundidad la figura del deber objetivo de cuidado, se debe hacer alusión a sus componentes. Sambruno (2018), pone de presente que, esta figura está compuesta por un ámbito exógeno y otro endógeno. El exógeno está integrado por normas y hechos externos al individuo. Las normas se refieren a las reglas de cuidado social, que no son

producto de la construcción del derecho penal, pero señalan los parámetros que permiten que una actividad o acción se realice seguramente, reduciendo los riesgos para la vida o la integridad personal. Los hechos externos hacen alusión al contexto y al momento (tiempo y lugar) en el que se desarrolla la conducta del sujeto. En cambio, en el ámbito endógeno o subjetivo, se estudia la esfera interna del sujeto en el momento que realiza la acción, esto es, las cualidades personales que este portaba, específicamente lo relacionado con su conocimientos y capacidades. Por ejemplo, los conocimientos sobre la ciencia médica que posee un profesional de la salud.

Por otro lado, es menester aclarar que, la posición de garante constituye solo uno de los requisitos para estudiar la figura de la comisión por omisión puesto que, para imputar la responsabilidad penal se necesitan estudiar los demás requisitos, establecidos por ley. Por lo que, se debe tener presente el elemento de la previsibilidad y el de la evitabilidad, que son presupuesto para exigir ese deber de cuidado y completar el concepto de imprudencia. Asimismo, lo establece la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP14547 de 2016, anteriormente citada, que para la atribución de la responsabilidad penal se necesita no solo conocimiento respecto de la existencia del riesgo, sino que se necesita estudiar la posibilidad material de evitación, en tanto, el nexo causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia capital en el resultado.

Siguiendo las ideas de Welzel (2004) este enfatiza que en la previsibilidad es necesario identificar si una persona estando en una situación similar con un conocimiento promedio, hubiese podido anticipar los riesgos inherentes a la conducta realizada (pp.114 y 159). En relación con la evitabilidad, Jakobs (1997), expresa que este elemento se puede determinar realizando una hipótesis de si el autor teniendo motivos para evitar una acción, la habría evitado. Por tanto, se puede decir que, si una conducta es previsible, a su vez es evitable (p.174).

Así las cosas, en las actuaciones médicas, siguiendo lo expuesto, se debe identificar si el riesgo de una intervención era previsible y evitable según la ciencia médica y las circunstancias que rodean el caso, solo así se le puede exigir al profesional de salud haber actuado según el deber objetivo de cuidado. De manera que, si es el caso, y el profesional no actúa conforme a este, se evaluaría la posibilidad de imputar el resultado jurídicamente desaprobado a este, en calidad de conducta imprudente.

2.4.2 Deber de Cuidado vs *Lex Artis*

¿En el caso de la responsabilidad médica penal, cuando se hace referencia al deber objetivo de cuidado este término coincide con la *lex Artis* médica?

Siguiendo a Sambruno (2018), el contenido de la *lex artis* tiende a ser genérico, estableciendo las reglas aplicables a cada fase de la intervención médico sanitaria, en condiciones de normalidad. En este sentido, establecer el deber de cuidado en la actividad médica, a partir de la valoración de la *lex artis*, puede resultar limitado ya que esta es una abstracción universal y para determinar el deber de cuidado se deberá estudiar cada situación concreta, siendo el jurista el encargado de realizar dicha valoración jurídica. Ahora bien, aunque se ha utilizado en la jurisprudencia y en ciertas doctrinas de forma indiscriminada estos dos conceptos como si fuesen sinónimos, realmente se trata de conceptos autónomos. Asimismo, particularmente, señala Bernate (2010), que no toda infracción a la *lex artis* implica la infracción del deber de cuidado, siendo necesario que la misma sea inexcusable. Por último, Sambruno (2018), expresa que “se debe salvaguardar esta separación entre uno y otro al menos para el ámbito penal, ya que hay que delimitar hasta dónde llega la labor del médico y hasta dónde llega la labor del jurista para dilucidar cuando la conducta de un profesional sanitario es o no imprudente”. (pp.36 y 37)

Como se mencionó para atribuirle a un médico responsabilidad penal, con ocasión a una lesión a los bienes jurídicos protegidos, que devenga de un incumplimiento al deber de informar y que haya repercutido en el consentimiento informado, en la mayoría de los casos es necesario el estudio de los conceptos de imputación objetiva, posición de garante y deber objetivo de cuidado, pues cuando la Corte Suprema de Justicia ha abordado estos supuestos realiza un análisis de la conducta del médico bajo estos conceptos.

Pese a lo anterior, el consentimiento informado como especie del consentimiento, en el esquema de los delitos requiere de mayor profundización, ya que en el campo doctrinario no es pacífico la forma en la que se concibe esta figura, como se mostrará a continuación.

2.5 El consentimiento y su naturaleza dogmática

La presencia de la figura del consentimiento ante una conducta lesiva puede ocasionar dependiendo del análisis de ciertos factores, que no se le atribuya responsabilidad penal al

sujeto activo. Pero dicho efecto tiene un análisis más profundo enfocado en la naturaleza dogmática del consentimiento, aspecto que ha sido estudiado por la doctrina dando lugar a las teorías diferenciadoras y unitarias, cuyo debate se ha centrado en distinguir si en la estructura de los delitos en los que medie el consentimiento, este actúa como causal de atipicidad o de justificación.

Esta discusión es importante porque permitirá comprender, más adelante, cómo el consentimiento informado en el derecho penal conlleva a que ante una conducta que inicialmente podría ser lesiva en otros contextos, en materia sanitaria no haya responsabilidad médica penal. Se hace la aclaración de que se expondrá el debate para fines de contextualizar, más no es el enfoque que tiene la investigación, por lo cual las teorías se presentarán de manera genérica.

2.5.1 Teoría diferenciadora

La teoría diferenciadora sostiene que el consentimiento podría tener una doble finalidad dentro del esquema del delito, actuando como excluyente de la tipicidad o de la antijuridicidad, dependiendo del supuesto fáctico que se estudie y del bien jurídico protegido.

Así según Quintano (1950), el consentimiento excluye la tipicidad “cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuridicidad de la acción, persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito” (p.329). Para explicar de manera más clara su posición, el autor ejemplifica a través del supuesto en el que una persona accede a tener relaciones sexuales, bajo este ideal cuando la persona consciente válidamente elimina la tipicidad del delito de violación, en el que uno de los requisitos es la ausencia de ese consentimiento. En otros, el elemento objetivo del tipo se cumpliría, pese a existir el consentimiento, tal es el caso que ejemplifica Quintano (1950), cuando el dueño consciente el robo de las frutas de su jardín o los daños ocasionados a su establecimiento, en los cuáles la estructura típica del hurto o del daño se podría materializar dando lugar a una presunta responsabilidad penal, pero que, con el consentimiento, la antijuridicidad de ambas conductas desaparecería.

De manera más clara, los tipos penales en los cuáles la ilicitud del hecho se fundamenta en ir en contra de la libertad de disposición del sujeto pasivo, en los casos en los que la ausencia del consentimiento forme parte de los presupuestos típicos, el acto de consentir convertirá la

conducta en atípica, debido a que la lesión o puesta en peligro se torna en irrelevante ante el derecho penal (1987, Barquero, citado en Chang, 2017).

Por su parte, en otros supuestos, aunque la conducta lesiva o peligrosa sea consentida, no se elimina el peligro o la lesión al bien jurídico protegido, debido a que la conducta se adecúa típicamente, por lo cual la vulneración continúa. Sin embargo, con el consentimiento si se trata de un bien jurídico individual y disponible, lo que se protege es el ejercicio de la libertad del individuo. De modo que concurriría el consentimiento como causal de justificación eliminando la relevancia penal de la conducta (Machado, 2012, pp.34-36).

Algunos de los autores que se acogen a esta teoría y explican de manera más detallada, el consentimiento como causal de justificación es Mezger (1958), quien propone el principio de la ausencia del injusto, el cual establece que “no actúa antijurídicamente el que obra con el consentimiento eficaz del lesionado” (p.163), siempre y cuando no sean contra de las buenas costumbres. Dicho principio supone una ausencia de interés de la necesidad de protección cuando el titular del bien jurídico lesionado, emite su consentimiento. Según explica Machado (2012),

Mezger fundamenta el consentimiento como una causa de justificación, partiendo del principio de ausencia de interés, en donde la voluntad que normalmente aparece lesionada por la realización del tipo no existe en el caso concreto de darse el consentimiento del sujeto pasivo; de allí deduce que el consentimiento supone la ausencia de interés por parte del titular del bien jurídico disponible (p.39).

Ahora bien, esta discusión ha estado circunscrita en la distinción de dos instituciones cuyo manejo implica efectos diferentes. Dicen Jescheck y Weigend (2014), que por un lado se encuentran los delitos que “sólo pueden ser cometidos **con la conformidad de la otra parte**” (p.548), en los que la aprobación hace parte de los elementos del tipo de la conducta punible. De modo que, si el afectado consciente la acción punible, esta se convierte en un hecho normal dentro de lo establecido en el orden social, por lo que con la aprobación del injusto típico no se completan la totalidad de los elementos que requiere el tipo. “A este supuesto de la conformidad se le denomina “**acuerdo**” (“Einverständnis”)” (Jescheck y Weigend, 2014, p. 549).

Por otra parte, habrán supuestos en los que el bien jurídico protegido, incluso con el acuerdo del titular para proceder con su lesión o puesta en peligro como acción deriva de su libertad de disposición, sufrirá de un menoscabo. “La doctrina mayoritaria denomina a estos casos **“consentimiento”** (“Einwilligung”) y trata a la aprobación como una causa de justificación, pues aquí no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello” (Jescheck & Weigend, 2014, p.549).

Quien menciona por primera vez los términos de acuerdo y consentimiento, de acuerdo a Jescheck y Weigend (2014), es Geerds, quien propone esta discusión explicada por Jescheck. Dicha distinción claramente implica determinar el tratamiento que se le debe dar a cada institución, al respecto precisan Jescheck & Weigend (2014) que lo correcto es que se entienda que el consentimiento actúa como causal de justificación. Para ello indica que con la creación de cada tipo se pretende que el objeto de la protección sean los bienes jurídicos tutelados de forma integral, y no solo la facultad de disponer del titular. Por lo cual,

Cuando el interesado abandona uno de estos bienes jurídicos a la intervención de un tercero esto significa que, a pesar del consentimiento, el suceso es penalmente relevante y no resulta indiferente desde un primer momento. Por ello, la voluntad aquiescente del titular no es reconocida sin más como determinante, sino que su eficacia se hace depender de ciertas condiciones destinadas a evitar que el titular del bien jurídico se perjudique a sí mismo sin haber divisado antes la desventaja ligada a su renuncia (Jescheck & Weigend, 2014, p.553).

De esta manera se fundamenta que el consentimiento deba ser entendido como causal de justificación, bajo el argumento de que si una conducta lesiva menoscaba un bien jurídico protegido, cuyo daño persiste pese a la existencia del consentimiento del titular, de antemano no se podría afirmar que la conducta típica no es relevante jurídicamente, sino que ante un posterior análisis a través del estudio de la antijuricidad y del significado del bien jurídico que se trate, bajo la óptica del “interés público en su conservación” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 554), es que se podrá determinar la eficacia del consentimiento como causal de justificación.

Para cerrar esta idea del consentimiento como causal de justificación, este según Jescheck y Weigend (2014) tendrá esta connotación por razones de “naturaleza política-

jurídica” (p. 556). Será los requisitos especiales para la eficacia del consentimiento, los que determinan hasta donde alcanza la libertad del titular del bien jurídico protegido a cubrir la infracción del objeto tutelado, teniendo presente que la valoración subjetiva de los bienes jurídicos que realiza el individuo está limitada por el ordenamiento jurídico. De ahí que, “el consentimiento sólo se plantea en relación con bienes jurídicos individuales y que sólo merece atención cuando el que consiente es el titular único del bien jurídico afectado” (Jecscheck & Weigend, 2014, p.556).

De la mano con las teorías expuestas, es interesante mencionar la Teoría de la Ponderación de Valores de Noll, explicada por Machado (2012), la cual sostiene que cuando se otorga el consentimiento, el valor del bien jurídico entra en colisión con el principio de la autonomía de la voluntad.

Explica Machado (2012), que según Noll

Existen bienes jurídicos individuales sobre los que el sujeto tiene poder absoluto de disposición, en donde el consentimiento en la vulneración de tales bienes jurídicos solo podría considerarse como una conducta atípica, por no producirse el quebrantamiento de interés alguno. Existen otros bienes jurídicos que han sido considerados de suma importancia, por lo cual el Derecho no los deja a la libre disposición de sus titulares: es en estos casos en donde cabe la ponderación de valores entre la libertad del individuo de disponer y el desvalor de la acción y del resultado representado por el evento típico (p.40).

De esta teoría se entiende que en los supuestos en los que media el consentimiento ante conductas que lesionan bienes jurídicos importantes para el derecho, realmente no hay una situación de ausencia de interés, sino que se trata de eventos de ponderación de valores. El consentimiento como causal de justificación, excluiría la ilicitud del comportamiento, siempre y cuando de la colisión entre el principio de la autonomía de la voluntad y el valor intrínseco del bien jurídico, se priorice la autonomía de la voluntad. Esto dependerá del valor que le haya determinado el ordenamiento al bien jurídico para permitir la libertad de disposición del titular.

2.5.2 Teoría Unitaria.

Esta teoría interpreta que los bienes jurídicos individuales hacen parte del ámbito de autodeterminación. De esta forma, con la manifestación de la voluntad del titular se excluiría el desvalor del resultado, y con ello la tipicidad de la conducta.

En este sentido, Roxin (1997) encuentra la fundamentación de esta posición en la teoría liberal del bien jurídico desde la perspectiva del individuo. Si los bienes tutelados permiten el libre desarrollo del individuo, “no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión” (p.517). En esa medida, si el titular del bien, en virtud de una decisión libre, consiente que se le ocasione un menoscabo, no habrá lesión a la posición del titular, por el contrario, se está cooperando con el ejercicio de su libertad permitida o tolerada.

De esta manera, Roxin, sostiene que el consentimiento eficaz elimina el desvalor del resultado y como consecuencia, el desvalor de la acción y del tipo delictivo. Puntualmente establece que no considera que el consentimiento actúe como una causal de justificación, debido a que:

Donde alguien presta su consentimiento relevante a que en sus bienes jurídicos otro lleve a cabo una lesión no existe en tal caso agresión alguna al titular del bien jurídico protegido, sino sólo una protección de la realización de su libertad de acción constitucionalmente garantizada (art. 2 de la Ley Fundamental), que precisamente encuentra su expresión en la libre disposición sobre los bienes jurídicos de que es titular. Un tal comportamiento, pues, realiza tan poco el tipo de delito como la propia disposición del portador del respectivo bien jurídico, por lo que aquél ya desde un principio es un comportamiento atípico (sic)” (Roxin, 1992, citado por Chang, 2017, p.271).

También es partidario de esta teoría Zaffaroni (2006), quien considera que no habrá lesividad cuando de titular de un bien jurídico protegido consienta acciones que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro. Así pues, “si conforme a los principios del derecho penal liberal se considera que la esencia del bien jurídico es la de una relación de disponibilidad, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia” (p.381). Para este autor el consentimiento siempre actuará como excluyente de la tipicidad, bajo la propuesta de que “en

los tipos que presuponen la voluntad contraria de su titular el acuerdo provoca una atipicidad objetiva sistemática, y en los que no la requieren conceptualmente una atipicidad objetiva conglobante (pp.381-382)”. El autor utiliza el término aquiescencia como el género que engloba la distinción entre acuerdo y consentimiento, esto es relevante porque ante una conducta lesiva del bien jurídico protegido, el acuerdo elimina la tipicidad objetiva sistemática, referente a un “elemento normativo de recorte” (p.382) y el consentimiento, elimina la tipicidad objetiva conglobante, es decir los demás supuestos que no dependen de que el consentimiento sea un elemento normativo.

Otro autor que apoya esta teoría es Bacigalupo (1999), sosteniendo que, en los bienes jurídicos disponibles, en los cuales el consentimiento podría excluir la imputación, “la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico (p.288). Desde este ángulo la lesión del sustrato material del mismo es, como tal, irrelevante”. Como resultado, el consentimiento, excluiría la tipicidad, dependiendo “del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular (p.288)”.

La finalidad de este apartado era contextualizar sobre la existencia de una discusión doctrinaria en la que el consentimiento como eximente de responsabilidad, en su naturaleza dogmática podrá concebirse como causal de atipicidad o de justificación, dependiendo de la teoría que se adopte.

2.6 Tratamiento del consentimiento informado en materia penal en Colombia

Para que una conducta sea imputada penalmente a una persona, esta debe ser típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, habrá conductas de las cuáles no se derive una responsabilidad penal, toda vez que concurren alguna de las causales de ausencia de responsabilidad. En este sentido, el legislador colombiano consagró estas causales en el artículo 32 del Código Penal, dentro de las cuáles se encuentra el “consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”.

Teniendo en cuenta las teorías que estudian la naturaleza dogmática del consentimiento, ya sea como causal de atipicidad o de justificación, al ser el consentimiento el género, sobre el consentimiento informado en materia sanitaria, como su especie, también repercuten estas

teorías. Algunas de las posiciones expuestas en Colombia, de forma breve, es la de Sandoval (2003), quien considera que hay atipicidad cuando el sujeto pasivo consiente, pues con el consentimiento, lo dispuesto por el titular del bien jurídico haría que la lesión no figurara en la norma que tipifica la conducta delictual, por lo que habría una carencia de adecuación típica.

Correa (2009), expone que una parte de la doctrina afirma que cuando el sujeto pasivo emite el consentimiento, está asumiendo el riesgo. Por lo cual, el riesgo se equivaldría con un riesgo cotidiano y perdería su relevancia como riesgo jurídicamente desaprobado. Esta posición la explica con base en Günther Jakobs, con quien ella comparte su criterio, afirmando que, al concurrir el consentimiento se está en presencia de un riesgo permitido y por ende, no se generan “defraudaciones en las expectativas de comportamiento, no hay necesidad de intervención del derecho penal, por lo tanto, en estos casos dicha intervención es inocua y la conducta resulta siendo atípica” (p.23).

No obstante, Machado (2007), en el artículo expone que el consentimiento se entiende como causal de justificación porque así se estableció normativamente. Sin embargo, amplía su posición al explicar que el legislador colombiano cuando menciona el consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad, al final indica que aplica “en los casos en los que se pueda disponer del mismo (p.1)”. Para ello menciona que, de forma unívoca en la doctrina el consentimiento solo tiene eficacia cuando, ya sea el sujeto pasivo o el paciente quien lo emite tiene la disposición absoluta sobre el bien jurídico, al ser el titular exclusivo.

Dice este autor que el análisis del consentimiento se dirigirá a las causas de justificación, debido a que la temática del consentimiento informado se centra en la disponibilidad de la vida y la salud. Lo anterior, en contraste con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, este último supone un ámbito de autodeterminación, en el cual se les otorga a los ciudadanos la facultad para decidir si excluyen la intervención del Estado y consentir las intervenciones de terceros.

Así, la voluntad o aquiescencia del sujeto pasivo de una conducta que afecte un bien jurídico individual, hace desaparecer cualquier tipo de conflicto de intereses e incluso la propia lesión, ya que en definitiva se está ejercitando el derecho de disposición por parte del sujeto pasivo.

Finalmente el consentimiento en forma amplia y general funciona como causa de justificación en estados sociales de derecho, en donde valga la redundancia los derechos sociales priman sobre los derechos individuales y funcionara como causa de atipicidad en aquellos estados democráticos en donde priman los derechos individuales, es decir prima el libre desarrollo de la personalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, Machado concluye diciendo que sostendrá la teoría diferenciadora, pues bajo su concepción el consentimiento podrá ser tanto causal de justificación como de atipicidad.

De conformidad con lo anterior, es claro que en Colombia también se evidencia que doctrinariamente el debate subsiste, y que la legislación vigente no cierra la discusión al determinar en el artículo 32 del Código Penal, el consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad, lo que da apertura a que se pueda entender como una causal de justificación o de atipicidad, dependiendo de la posición que se adopte.

2.7 Requisitos del consentimiento informado en materia penal

Para que el consentimiento informado actúe como causal de ausencia de responsabilidad penal, se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos, el primero de ellos es que el sujeto pasivo exteriorice su consentimiento de forma libre y voluntaria. Para ello dice Araque (2014), que en términos penales esto implica que la exteriorización de la voluntad por medio de la cual aprueba la conducta que provoca un resultado típico, no haya sido emitida como consecuencia de una inducción al error o engaño y sin ningún tipo de presión o coacción.

Segundo, este autor también indica que el consentimiento debe emitirse de forma previa a la realización del resultado típico, esto es, no podrá ser ni posterior ni concomitante a la realización del procedimiento médico. Además, debe subsistir durante la realización del acto médico, lo que implica que el paciente puede revocar el consentimiento en cualquier momento. Por último, explica Guerez (2011) que la mayoría de la doctrina que ha estudiado este asunto expone que el consentimiento informado debe otorgarse en un momento en el que se pueda garantizar “la madurez y serenidad de la decisión” (p.267), esto implica que el paciente debe disponer de un lapso de tiempo que le permita tomar una decisión consciente y segura respecto a sí desea someterse al tratamiento o procedimiento médico que se le haya indicado.

Tercero, se requiere de un consentimiento informado ilustrado en el que el deber de transmitir la información al paciente recae sobre el personal médico. Según Bernate (2010), al paciente se le debe informar su estado actual de salud, las alternativas terapéuticas que pueden contribuir a su diagnóstico, los riesgos inherentes y previsibles al procedimiento a realizarse, tanto en el momento actual en el que se encuentre el paciente como a futuro. Finalmente, también se le deben explicar los riesgos de la no aplicación de las alternativas terapéuticas. Esta información deberá comunicarse con un lenguaje claro, evitando los tecnicismos, y si el paciente formula preguntas, el profesional médico deberá responder de manera completa para que este tenga certeza de su estado de salud.

Para terminar este requisito, Machado (2007), menciona dos límites en la información que el personal médico deberá considerar para lograr en el paciente un mejor entendimiento. El primero sería el de “la ignorancia técnica del paciente”, toda vez que, al este no tener una formación en las diversas áreas de la salud, es probable que tenga una imagen equivocada de algunos tratamientos médicos. Esto podría conllevar a que tome decisiones erróneas basadas en creencias culturales o religiosas.

El segundo límite es el “estado moral y psicológico” en el que se encuentran algunos pacientes al padecer de una grave enfermedad. En estos supuestos se debe tener presente la preocupación que genera en el paciente, sin que sea obstáculo para no comunicarle los efectos adversos que podría sufrir por las implicaciones de los tratamientos a aplicar.

Como se observa, según lo expuesto, el tipo de información y la forma en que se transmite para que el consentimiento actúe como legitimador de la intervención médica, contiene los mismos aspectos exigidos en el derecho civil.

Por otra parte, es necesario que el titular del bien jurídico protegido tenga la capacidad de discernir y comprender la relevancia y las repercusiones del acto de disposición. En este punto dista del derecho civil en lo que se refiere a la capacidad jurídica, pues en el derecho penal se trata, “más bien, de un juicio ponderado y racional, examinado caso por caso, evento por evento, orientado a establecer si el afectado verdaderamente estuvo en condiciones de comprender la importancia y la magnitud que implicaba el acto libre y autónomo de renunciar a la protección que le era otorgada por parte del ordenamiento jurídico de cara a la protección de los derechos de los cuales es legítimo titular” (Araque 2014, p.136).

Entonces para que el consentimiento informado sea válido, como se mencionó en el párrafo anterior, el titular del bien jurídico protegido debe poder consentir, lo que requiere que

el paciente sea competente para decidir sobre su salud. No obstante, este requisito plantea ciertos problemas cuando quien debe otorgar el consentimiento es un menor de edad o padece de alguna discapacidad mental. Dice Guerez (2011), que el consentimiento se considera como un acto personal, de modo que tiene que ser el afectado quien directamente consienta, no admitiéndose de manera genérica como sucede en el derecho civil, el consentimiento por representación. Esto implica, según este autor que de acuerdo con la doctrina penal se hable de una “capacidad natural de juicio”, debido a que lo que importa para el derecho penal, no son los principios de protección del derecho civil como el del interés superior del menor, sino que lo que prevalece es determinar si merece la pena quien incurre en la conducta lesiva de los bienes jurídicos tutelados (pp. 242-244).

Ahora bien, en Colombia, en el caso de algunos menores de edad, el consentimiento lo deben otorgar sus representantes legales, que serían sus padres. Esto implica que el profesional médico debe informarles de la misma manera sobre el estado de salud del menor, bajo los mismos parámetros con que se les informa a los pacientes que consienten por sí mismos. Sobre este asunto es importante tener presente los enunciados normativos y jurisprudenciales que se mencionaron al principio de esta investigación, sobre en cuáles casos el consentimiento de los menores es válido y que hoy en día, las personas con discapacidad mental se presumen capaces.

La anterior advertencia se hizo con la atención de realizar un contraste en materia penal, pues manifiesta Bernate (2011), existen algunas tesis que diferencian el consentimiento directo, bajo la teoría de que actúa como causal de atipicidad y el consentimiento por representación, en el cuál actúa como causal de justificación al excluir la antijuricidad. Este argumento lo sustenta indicando que

En el caso del consentimiento sustituto, al no mediar la efectiva aceptación por parte del titular del bien jurídicamente tutelado, es imposible excluir la tipicidad, por lo que esta categoría (consentimiento sustituto) operaría como una causal de exclusión de la antijuricidad. La eficacia del consentimiento sustituto como excluyente de la antijuricidad derivaría de tres criterios, como son, (i) la ponderación de intereses, (ii) la decisión de la voluntad esperable y, (iii) el riesgo permitido. Para determinar la procedencia de esta excluyente de la antijuricidad será necesario establecer (i) la actuación debe ser realizada en interés del bien jurídico y que (ii) en un juicio objetivo ex ante hubiera sido esperable la aceptación del tratamiento por parte del sujeto pasivo, esto es, una probabilidad ex ante de consentimiento. (Bernate, 2011, pp-142-143).

Pese a lo interesante que resulta ser la tesis citada, no se encontró mayor desarrollo sobre ella, por lo que se enuncia para efectos de conocimiento. De manera que, retomando la doctrina española, en principio lo que se pretende al momento de valorar el consentimiento informado en materia penal, es el criterio de la capacidad natural del juicio o de la razón, “según las circunstancias de cada caso y la madurez emocional del menor para discernir sobre los alcances e implicaciones de su determinación” (Araque, 2014, p.144). Como resultado, si el equipo médico valora al menor y se determina que no puede comprender la trascendencia del diagnóstico de su estado de salud, será válido acudir al consentimiento por representación, suministrado por quienes la ley determine, bajo el respeto de la autonomía y dignidad del paciente.

Finalmente, se requiere con base en Araque (2014) que se trate de un bien jurídico disponible. Su premisa la explica diciendo que los bienes disponibles son los bienes jurídicos individuales, sobre los cuales puede el afectado ejercer su derecho a renunciar la protección penal y al ejercicio de su libertad.

2.7.1 Sobre el consentimiento por representación

La actuación en beneficio del paciente expresa Dopico (2007), puede ser examinada por el tercero sustituto de tres modos:

- Conforme a las valoraciones subjetivas del tercero decisor
- Conforme a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente
- Conforme a lo que el paciente habría decidido en caso de poder formular su decisión

En relación con el primer criterio, las valoraciones subjetivas del tercero decisor, permite evidenciar que una decisión médica por parte del tercero puede estar influenciada por concepciones personales religiosas, éticas o sociales. Por lo que, esta directriz no debe ser prioridad en los casos del consentimiento informado sustituto. Toda vez que, en palabras de Dopico, “el tercero sustituto carece de legitimidad frente al paciente para adoptar su criterio particular cuando diverge de la opción médicamente indicada o, si es posible probarlo, de la que el paciente habría deseado” (p. 57)

En relación con el segundo criterio, conforme a la ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas, éste es procedente cuando no exista un testimonio de voluntad

anticipada o hipotética. De modo que, se trata de adoptar la decisión más beneficiosa en términos objetivos, incluyendo la aplicación de la *lex artis*, para la vida del paciente. Priorizando, siguiendo a Dopico (2007), el alivio del sufrimiento y después, el avance terapéutico que permita conseguir la recuperación funcional o mejoramiento de la calidad de vida. Cabe resaltar que, este criterio es el más exigido para la aplicación del consentimiento por representación.

Por último, el tercer criterio, la decisión que el paciente habría adoptado, le da gran relevancia al principio de la autonomía ya que supone investigar la decisión real o hipotética del paciente. Con lo cual, cobra protagonismo la figura del testimonio de voluntad anticipada (el sujeto anteriormente manifestó su voluntad en relación a algún procedimiento médico) y la voluntad hipotética (la construcción que realiza el sustituto de lo que puede ser la posible voluntad del sujeto, en razón a los conocimientos que se poseían de este y lo manifestado en vida teniendo presente lo concreto que haya sido, a quién se lo ha manifestado, la reiteración de sus manifestaciones etc.). Siendo aplicable este criterio en los eventos de sustitución de la voluntad de un sujeto incapaz de expresarse, puesto que, en los casos de sustitución de voluntad cuando el sujeto no posee capacidad de prestar consentimiento, no es procedente aplicarlo, sino el del mejor interés para el sujeto.

Como se observa, según Cancio (2013), el médico guarda una posición de garantía sobre el paciente, en los supuestos de incapacidad, en los que, debido a la condición del paciente, se otorga el consentimiento por representación. Para estos casos, la posición de garantía radica en el deber de informar continuamente todo lo relacionado con el tratamiento y permitir la participación del paciente, en la medida de lo posible. Sin embargo, no se puede ocultar que estos supuestos podrían tener un grado de dificultad mayor cuando el paciente se encuentre impedido para participar en la toma de decisiones que afectan su estado de salud, y son las personas vinculadas a este quienes deban decidir en lo absoluto. Así pues, ¿Cómo averiguan cuál es la voluntad del paciente?, si podría suceder y expone el autor a través de un ejemplo, que el segundo cónyuge del paciente desee que se aplique un tratamiento que prolongue la vida y los hijos del primer matrimonio no están de acuerdo, ¿Cuál es la voluntad que debe primar? Responde Cancio (2013) que será un deber que le corresponda al médico determinar.

2.8 Efectos del consentimiento en la responsabilidad medica penal

Como se explicó, las actuaciones del médico en ejercicio de su profesión, en principio, se encuentran legitimadas, toda vez que, cuenten con el debido consentimiento emitido por el titular del bien jurídico o en su defecto, el de sus familiares o representantes. Cuando este no existe o se presentan fallas o vicios que lo hacen inválido, al no cumplirse los anteriores requisitos y, pese a ello, el médico actúa y se produce un resultado dañino; o cuando existiendo consentimiento, la intervención la realizó el profesional de salud de forma incorrecta, este puede incurrir en una posible responsabilidad penal, imputándosele el resultado dañino por imprudencia o dolo eventual. En estas actuaciones médicas, el médico podría incurrir en la comisión de algunos de los delitos que tutelan el bien jurídico de la vida (humana) en el caso que a raíz de esa intervención se haya producido la muerte al paciente; la salud o integridad personal, en el caso que se traten de cirugías o procedimientos que implican lesiones en el cuerpo o afectación en el bienestar del paciente; o la libertad, como la sexual, en los casos de procedimientos médicos como medición pélvica o exámenes de próstata que implican la introducción de los dedos o tocamientos en la zona genital del hombre o la mujer. Estos delitos estarían integrados, por ejemplo, en los de homicidio, lesiones, ayuda o inducción al suicidio y los delitos contra la libertad integridad y formación sexual como el acceso carnal o acto sexual (entre otros).

Por lo cual, se realizarán ciertas precisiones que se encontraron relacionadas con el consentimiento informado en la constitución de ciertos tipos penales como lo es en el de lesiones, homicidio, homicidio por piedad e inducción o asistencia al suicidio pietístico, aclarando que en el marco del consentimiento informado se pueden estudiar otra variedad de delitos. Estos únicamente se presentan con la intención de mostrar la repercusión del consentimiento informado de forma general, en los delitos más mencionados por la doctrina.

2.8.1 Lesiones personales.

Para el caso del delito de lesiones personales, la doctrina, a través de autores como Muñoz Conde (2007), ha dicho que en aquellos casos en los que el procedimiento médico resulta exitoso, pero hay un consentimiento informado viciado o no lo hubo, es difícil considerar que se cumplen los elementos del tipo del delito de lesiones. Lo anterior, debido a que, si la intervención médica fue exitosa y conforme a la *lex artis* médica, no habría un menoscabo al bien jurídico de la salud y de la integridad personal. Así que, como la salud del paciente se restableció o se recuperó con ayuda del procedimiento médico, no se podría afirmar que se configure el delito de lesiones personales, lo que no significa que no se haya

materializado delito, pues, desde la perspectiva del derecho a la autonomía del paciente, un consentimiento inválido, su ausencia o un acto contrario a lo manifestado a través de este, supondría un delito que vulnera el bien jurídico de la libertad. No obstante, indica Muñoz Conde (2007) que:

Pero la salud y la voluntad del paciente de curarse o de seguir sano no son opuestas, sino que se complementan recíprocamente. Esto quiere decir que el consentimiento del paciente no es sólo una cuestión de carácter sistemático sobre si hay que considerarlo una causa de exclusión del tipo o una causa de justificación del delito de lesiones, sino que debe entenderse ante todo y sobre todo, independientemente de su ubicación sistemática, como un presupuesto de la licitud, no sólo penal, sino también jurídico-civil del tratamiento médico mismo. Si falta el tratamiento médico siempre, salvo los casos excepcionales que veremos más adelante, constituye un atentado contra la libertad, punible o no, y desde luego, en todo caso, un ilícito civil (p.318).

Coincide con esta idea, Cancio (2013) en que el análisis de la autonomía en los tratamientos médicos impone un grado de dificultad cuando no existiendo el consentimiento informado por parte del paciente, la intervención médica se realiza y resulta técnicamente correcta y exitosa, bajo los criterios de la *lex artis*. Expresa este autor que en los supuestos fácticos que se adecúen al problema jurídico expuesto, de acuerdo con la doctrina mayoritaria en España no podría calificarse el delito de lesiones, al haber objetivamente una curación del sujeto. No obstante, el mismo autor resalta que en un sector de la doctrina científica en Alemania y en la misma España, no se comparte este punto de vista, pues para ellos

Existe una conexión íntima entre el bien jurídico ‘salud’ y la autonomía del sujeto que obliga a calificar la intervención impuesta –en la medida en que implique una intervención corporal típica– como delito de lesiones, aunque desde el punto de vista global y externo al paciente (‘objetivo’) la intervención haya producido una curación.

De tal forma que, el injusto de la conducta no se concentraría en la afectación a la salud, sino que el médico con su actuar estaría limitando la libertad del paciente respecto a su derecho de decidir a cuáles tratamientos libre y autónomamente decida someterse.

Las ideas expuestas anteriormente, en especial aquella parte de la doctrina que apoya que la omisión del consentimiento informado o su invalidez podría dar lugar a que se materialice el delito de lesiones personales, coincide con la idea de una revalorización del consentimiento, que reconoce que el derecho a la autodeterminación guarda relación con el

derecho a la integridad corporal y la salud. Así pues, para Rigui (2004), esta relación produce que la incidencia del consentimiento en el delito de lesiones personales se manifieste como una justificación en los casos de intervención médica.

De acuerdo con este autor, el bien jurídico que se protege en los delitos de lesiones, cuando se analice su comisión en intervenciones médicas, no es la integridad corporal, sino la disponibilidad por parte del individuo de su salud corporal. Como resultado, solo cuando no concurra un consentimiento informado válido, podrá afirmarse la procedencia del delito de lesiones.

Por su parte, Hernández (2014), realiza el análisis de la integración del consentimiento informado en el delito de lesiones y la materialización del tipo, bajo dos supuestos, tratamiento médico curativo que lesiona y no lesiona. Antes que ello, es importante tener presente que cuando se refiere a tratamientos médicos se trata de aquellos que ocasionen una afectación corporal que sea mínimamente perceptible, en especial aquellas que sean inherentes a los riesgos del tratamiento, con independencia de que los fines del tratamiento sean exitosos.

En este sentido, lo primero que afirma el autor es que si se trata lesiones realizadas en el marco de un tratamiento médico no curativo que afecta el cuerpo del paciente, se materializará claramente el delito de lesiones al menoscabar los bienes jurídicos de salud o integridad personal, sin haberse ocasionado un beneficio correlativo. Sin embargo, si son lesiones realizadas con ocasión a un tratamiento curativo técnicamente bien ejecutado, desde la perspectiva de protección de la salud y de la integridad corporal del paciente, no se considerará bajo ningún supuesto que el tratamiento haya sido lesivo. Pero podría suceder que se considere lesivo, pero que, al cumplirse ciertos requisitos, las lesiones ocasionadas en virtud de la realización del tratamiento podrían estar legitimadas al punto de ser atípicas.

De acuerdo con el autor, quienes sostienen que los tratamientos médicos curativos no tienen carácter lesivo, se justifican en que, si bien aisladamente si hubo un menoscabo al bien jurídico de salud o de la integridad corporal, del paciente, el menoscabo es relativo al entenderse que con la realización del tratamiento será mayor el bienestar se genere sobre la salud de este. Así pues, estos últimos enunciados los justifica el autor, bajo la teoría de Claus Roxin, para quien de acuerdo al texto no se trataría de un supuesto que cree un riesgo prohibido, sino que por el contrario lo disminuye, y como resultado la conducta sería atípica. Pero, si realmente lo que sucedió con la realización del tratamiento curativo, es que se trasladó el riesgo

existente hacia uno diferente, aunque sea de menor entidad, no se podrá alegar la atipicidad objetiva de la conducta, sino solo la antijuridicidad si concurre una causal de justificación.

En este punto, manifiesta Hernández (2014), si cuando con los tratamientos médicos curativos se realicen afectaciones corporales, estas no se consideren lesiones, el consentimiento informado como requisito que legitima la intervención médica perdería su relevancia, en el análisis de la tipicidad y antijuridicidad del delito de lesiones corporales, indicando lo siguiente:

Si la intervención médica no consentida se verifica sin violencia, como será lo normal (como cuando el paciente está inconsciente o cuando simplemente ignora los alcances de la intervención), ha de considerarse atípica, en tanto sea correcta desde un punto de vista técnico.

Debe reconocerse, entonces, que la asunción del carácter no lesivo del tratamiento curativo correcto conduce, a despecho de cualquier declaración altisonante de principios, a la irrelevancia prácticamente absoluta del consentimiento informado del paciente en materia penal. Si éste es el escenario correcto, lo que se impone es erradicar el consentimiento informado del discurso y del análisis jurídico-penal de la responsabilidad médica por lesiones, porque la afirmación de factores que en realidad no están llamados a cumplir ninguna función dogmática sólo puede servir para enturbiarlos (p.177).

Ahora bien, si se considera que el tratamiento médico curativo sí lesiona, siendo el tratamiento correcto, la relevancia penal dependerá de si concurren o no los presupuestos legitimantes, con independencia de que se trate de que se configuren las lesiones dentro del riesgo permitido o bajo una causal de justificación. Dentro de esos presupuestos estaría el consentimiento informado, cuya presencia no erradica el efecto corporal lesivo, pero sí legitima la lesión que con el tratamiento se ocasiono, de modo que su ausencia implicaría unas lesiones típicas que irían más allá del riesgo permitido y antijurídicas.

Aclara Hernández (2014) indicando que

Se podrá decir que la ausencia de consentimiento afecta la libertad y no la salud del paciente, pero ése no es el punto. Lo que afecta la salud o integridad del paciente es la intervención médica en cuanto tal y lo que está en discusión es si se dan razones

suficientes para que dicha afectación pueda ser admisible. Y si esas razones pasan también por la obtención del consentimiento del paciente, en caso de que este falte no es que se le atribuya a dicha ausencia un efecto corporal lesivo, sino que se le niega legitimidad a la lesión provocada por el tratamiento en que ella ha estado ausente. Lo que habrá serán unas lesiones típicas por encontrarse más allá del riesgo permitido y también antijurídicas, por no estar cubiertas por el ejercicio legítimo de la profesión médica (p.180).

En este segundo escenario, reconocer su relevancia en la configuración de la responsabilidad penal del médico, obliga a que haya un régimen de protección de la libertad y autodeterminación del paciente desde la idea en que se protegería de igual manera su salud e integridad corporal.

2.8.2 Homicidio.

Un caso paradigmático en el cual se imputa responsabilidad penal médica a título de homicidio culposo, que permitirá indicarnos las precisiones relacionadas con el consentimiento informado, se encuentra en la jurisprudencia, pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la sentencia SP 27357/2008 con Magistrado Ponente Socha, J., anteriormente citada. En esta se estudia un supuesto en el que una paciente que presentaba dolor abdominal desde hacía doce horas y sangrado vaginal, fue hospitalizada, al ser diagnosticada con un probable embarazo de 7 semanas de evolución con amenaza de aborto, sujeta a dieta líquida y líquidos endovenosos. Así como bajo el suministro de ampicilina, medicamento que el médico estimó apropiado ya que en la entrevista la paciente no refirió antecedente alérgico alguno, empero, en su historia clínica reposaba la anotación de su alergia a la ampicilina, la cual éste no observó. En definitiva, el galeno no informó a la paciente acerca del tratamiento dispuesto, ni ordenó practicar la prueba de sensibilidad al antibiótico. Así que, en el momento en que la enfermera le suministra la primera dosis, la paciente manifestó que era alérgica a la ampicilina, lo que causó un colapso cardiovascular determinante de su fallecimiento.

En este caso, la Corte Suprema, en la Sala Penal, encontró acreditada la violación al deber objetivo de cuidado por parte del galeno, sometiendo a la paciente a un riesgo injustificado por desatención de la *lex artis*, en razón a que este le formuló la ampicilina a la paciente, sin que clínicamente existiera certeza de la necesidad para la salud de ella. Asimismo,

el galeno falló al no comunicarse con la paciente para conocer sus antecedentes e informarle del medicamento a suministrar, el cual la víctima sabía que era alérgica. Por último, éste nunca realizó una prueba de sensibilidad que permitiera evidenciar la manifestación de alguna contraindicación para el antibiótico formulado.

En efecto, cualquier médico, sí cuenta con fundamentos válidos y razonables científicamente, frente a un cuadro clínico concreto, puede ordenar cualquier tratamiento que considere pertinente. No obstante, ningún profesional de la medicina está habilitado a disponer la aplicación de algún tratamiento, sin la previa información al paciente o a sus familiares para que lo autoricen.

Así lo disciplina el Estatuto de Ética de la Medicina, al prever en su artículo 15 que:

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 lo puedan afectar 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

De manera que, la imputación jurídica u objetiva existe en el presente caso, por cuanto el médico que atendió en primera instancia a la paciente, aceptó encargarse de ella, asumiendo una relación indivisible que, dentro de la órbita del deber de garante, lo obligaba a realizar todo lo necesario, conforme los protocolos que gobiernan la “Lex Artis”; sin embargo, con su actuar desplegó una actividad riesgosa que se extendió más allá del riesgo jurídicamente permitido convirtiéndolo en un riesgo desaprobado que produjo un resultado lesivo. El cual estaba en posibilidad de evitar, toda vez que se trataba de un riesgo conocido por el procesado, que como médico no podía desconocer que, si suministraba cierto medicamento, este podía ocasionar reacciones alérgicas fatales al paciente. Por tanto, le es atribuible el resultado a título de homicidio culposo.

2.8.3 Homicidio por piedad.

Esta figura se encuentra prevista en el artículo 106 del Código Penal colombiano: “El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de 16 a 54 meses”.

Cuando el sujeto activo, es un médico, quien realiza los hechos descritos en la norma penal y posee la información fiable acerca de la enfermedad y las opciones terapéuticas que tiene el sujeto pasivo, conduce a hablar de la eutanasia.

En el caso de la eutanasia, según la Sentencia C- 239/1997, se reconoce que el derecho a vivir en forma digna implica el derecho a morir dignamente, por lo que, prolongar la vida por un tiempo escaso, cuando se trata de un enfermo terminal que no desea seguir viviendo, sería someterlo a un trato inhumano, “la persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto”. Es por esto por lo que la Corte en esta providencia, declaró la no punibilidad de la conducta del médico que, a petición del paciente con enfermedad terminal, le provoca la muerte. Sin embargo, en la Sentencia C 233/2021 con Magistrada ponente Diana Fajardo Rivera, la Corte eliminó la exigencia de una enfermedad en fase terminal, como se explicó al inicio de esta tesis. Toda vez que, la actuación del sujeto activo no es antijurídica al tratarse de un acto solidario. No sobra aclarar que el paciente debe comprender la situación en la que está y manifestar su consentimiento de forma libre, informado, inequívoco y constante en el tiempo, previo o posterior al diagnóstico.

Por otro lado, se ha puesto de manifiesto que el tema de la información y el consentimiento es indispensable en el procedimiento eutanásico en cualquiera de sus modalidades o clasificaciones. De manera que, en los casos que, terceros deciden sobre la vida o muerte del afectado en razón a que éste no se encuentra en capacidad de manifestarlo, ni lo manifestó anteriormente, no se presenta como válida la figura de la eutanasia, imponiéndose en dichas circunstancias un comportamiento que se circunscribe en el tipo penal de homicidio simple u homicidio por piedad etc. Lo anterior, se sigue en los casos en los que, la eutanasia es practicada en contra de lo que se sabe que sería la voluntad del enfermo.

No obstante, siempre y cuando el titular del derecho haya establecido, a través de un testamento o un documento de voluntad anticipada, que, si acaecía una situación que le imposibilitara manifestar o consentir, por la presencia de una enfermedad terminal e incurable o de muerte cerebral, encargaba a su representante o familiar para que, en su nombre, autorice el procedimiento de la eutanasia, se está en presencia de un comportamiento lícito y atípico.

2.8.4 Inducción o asistencia al suicidio pietístico.

Este tipo penal se encuentra en el inc. 2 del artículo 107 del Código Penal colombiano: “Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de

lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses”.

Ahora bien, es necesario poner de presente la Sentencia C 164/2022, en la cual, la Corte estableció que no se incurre en el delito de ayuda al suicidio cuando: se realice la ayuda o asistencia por un profesional de la medicina, con el consentimiento libre, consciente e informado, previo o posterior al diagnóstico del sujeto pasivo; y siempre que el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, que resultan incompatibles con su idea de vida digna.

Lo anterior, se origina en razón a que, el médico, quien tiene los conocimientos farmacológicos y fisiopatológicos, permite brindar el mejor acompañamiento, siendo capaz de transmitirle al paciente toda la información necesaria para que autónomamente, decida el procedimiento al que se someterá; en la medida que, no basta con que alguien ayude a otro a morir, sino que lo haga en las condiciones más humanas posibles.

Dicho esto, establece la Corte, en la sentencia antes citada, que la voluntad del paciente, en el suicidio medicamente asistido (SMA), debe mantenerse intacta hasta el último momento, de forma que siempre pueda verificarse su voluntad, permitiendo descartar casos de duda o arrepentimiento que motiven al paciente a no llevar a cabo el procedimiento. En consecuencia, en el SMA, el sujeto activo, esto es, el profesional médico, en palabras de la Corte “no está incurriendo en una injerencia lesiva y por tanto reprochable de un bien jurídico” sino que busca garantizar el derecho a morir dignamente.

2.9 Recopilación de los vacíos identificados en el consentimiento informado por representación y su repercusión en la responsabilidad médica penal

A partir del estudio de la regulación legal en Colombia sobre el consentimiento informado, se pudo identificar que en el país no existe una ley que de manera consolidada lo regule. La Ley 23 de 1981, una norma referente en materia de ética médica, sobre el consentimiento informado, menciona que el médico en el ejercicio de su profesión debe informar los riesgos previstos y los efectos adversos del tratamiento médico al que se someta la persona. Además, que siempre se debe obtener el consentimiento informado del paciente, salvo que no sea posible, en cuyos eventos debió informar anticipadamente las consecuencias del tratamiento a este y a sus responsables; y que no podrá intervenir quirúrgicamente a menores de edad, personas inconscientes o incapaces mentales, sin la autorización de los

padres, tutores o allegados, salvo urgencias que requieran intervención inmediata. En todo caso, cuando el paciente tenga un diagnóstico grave, su estado debe informarse tanto al paciente como a sus familiares.

Por su parte, el Decreto 3380 de 1981 que reglamenta la Ley 23 de 1981, lo único nuevo que agrega en lo que refiere al consentimiento informado, es que, si el médico no pudo advertir al paciente los riesgos previstos y adversos, por el estado en el que este se encontraba, deberá registrar dicha imposibilidad en su historia clínica. La Resolución 1995 de 1999 solo indica que los consentimientos informados harán parte de la historia clínica; la Resolución 4343 de 2012 derogada por la Resolución 229 de 2020, establece claramente el derecho a la información que tiene el paciente al momento de recibir atenciones en salud y aclara que, en los casos de los menores de edad, personas con discapacidad mental, sus padres o representantes legales tendrán la potestad de otorgar el consentimiento informado. Y la Resolución 971 de 2021, que regula la aplicación de la eutanasia, contiene una definición del consentimiento informado para la realización de este procedimiento, al igual que lo hacen el Decreto 780 de 2016 y la Ley 1412 de 2010 que puntualmente definen el consentimiento informado durante la aplicación de tratamientos curativos contra el VIH y la realización del procedimiento de ligadura de conductos deferentes o vasectomía y de ligadura de trompa de Falopio. Por último, la Resolución 3100 de 2019 que propone una definición del consentimiento informado aplicable al estándar de historia clínica en materia de habilitación.

La anterior y breve mención de la normativa colombiana que regula el consentimiento se hizo con la siguiente intención: concluir que no se encuentra una disposición normativa que defina que es el consentimiento informado, en general, esto es que aplique para cualquier procedimiento o tratamiento a realizar. Además, por regulación jurisprudencial se conoce que el consentimiento informado tiene como requisitos el que este sea libre e informado y que la persona goce de capacidad para emitirlo, pero no se evidencia alguna norma que indique y desarrolle estos requisitos. En lo que trata del derecho y el deber a informar, se menciona la comunicación de los riesgos previstos y adversos derivados de los actos médicos a los que se someta el paciente, más no menciona cómo debe ser esa comunicación o si la amplitud de la información variará según el diagnóstico de este. Tampoco si existen diversos grados de exigencia para obtener el consentimiento informado según el diagnóstico o el tratamiento a realizar, ni la forma en la que se debe otorgar o si existen diversos tipos del consentimiento.

De cara a lo anterior, no existe tampoco un protocolo que defina de manera general cómo se otorgará el consentimiento a través de terceros y cómo se garantiza que cuando un familiar o un allegado toma decisiones sobre la salud de otra persona, se esté respetando la autonomía e intereses del paciente, como supuestamente debe ser.

Algunos de los anteriores vacíos normativos, afortunadamente se han regulado por la jurisprudencia constitucional y, aunque se puede afirmar que los anteriores aspectos, en su mayoría, su aplicación o regulación han sido ampliamente detalladas, aún subsisten vacíos en aspectos como los tipos del consentimiento informado. Y es en este punto, en el cual se enfoca esta investigación, se sabe que el consentimiento informado por representación es un tipo del consentimiento, más no existe en Colombia ni siquiera una clara definición de lo que comprende este concepto. Se conoce con las normas mencionadas previamente, que el consentimiento informado puede ser otorgado a través de terceros, en los casos de los menores de edad, personas con discapacidad o cuando la persona se encuentre inconsciente. Pero la jurisprudencia constitucional, cuando habla del consentimiento otorgado por terceros, solo se enfoca en los dos primeros supuestos, dando lugar a lo que se conoce como consentimiento sustituto, no incluyendo el último supuesto en el cual la legislación ha dicho que los familiares o allegados también tienen la potestad de decidir, sobre la salud del paciente, en los eventos en los que esté inconsciente.

Ahora bien, trasladar la carga de la regulación sobre el tema en la jurisprudencia implica una gran inseguridad jurídica, al no existir un marco legal estable y predecible que garantice certeza en la protección de los derechos. Si bien, la falta de regulación no debe tener incidencia en el valor normativo del tema, se debe reconocer que esta situación genera barreras sobre la forma de proceder en cada caso particular, en razón a que puede suceder que las entidades de salud generen respuestas ambiguas ante ciertas solicitudes (eutanasia, suicidio asistido etc); y los profesionales médicos no tengan un marco jurídico para actuar, trasladando la carga de argumentación a los pacientes o al solicitante, conllevando a una posible desprotección de los derechos de estos. Toda vez que, el consentimiento es el presupuesto para dar ejecución a cualquier procedimiento médico que se requiera, como el de eutanasia, en el que se busca garantizar el derecho a morir dignamente y así, no someter a la persona a un trato inhumano derivado de la negación de ese derecho.

En consecuencia, es necesario que se expida la regulación pertinente que pueda aplicarse en situaciones particulares, considerando las leyes y resoluciones existentes en sus

aciertos y desaciertos, para que se pueda brindar las herramientas que permitan la correcta aplicación del consentimiento informado garantizando los derechos de los pacientes.

Con todo lo expuesto, no se debe dejar de lado que la ausencia de legislación sobre el consentimiento tiene a su vez, repercusión en ciertos ámbitos del derecho, como en materia penal.

El primer problema, en el ámbito penal, es que, si bien en las leyes se establece el deber de información de los médicos a los pacientes, no se profundiza en cómo se debe dar y su contenido, lo cual es muy importante ya que los profesionales de la salud transmiten la información y si no lo hacen de la debida forma, no se estaría en presencia de un consentimiento válido. De modo que, al ser este un requisito de todo procedimiento médico podría implicar responsabilidad penal por parte del médico.

Segundo, el consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad (Artículo 32 del Código Penal), al no tener este un contenido sólido sobre las formas legales en el que se debe otorgar podría ocasionar una obstrucción en la aplicación efectiva de esta causal, al ser difuso si ha sido otorgado de manera válida o no. Pues bien, al ser el consentimiento informado, en especial, el de representación, poco regulado legalmente, las entidades de salud y correlativamente los profesionales médicos podrían incurrir en un error de tipo o de prohibición, según la posición que se acoja, donde se debe identificar si para este era vencible o invencible. Es vencible, si el sujeto podía actuar con debida diligencia y evitar el error. Invencible, si no lo hubiese podido evitar de ningún modo. El médico se excusaría de la responsabilidad penal, precisamente porque la debida diligencia es recurrir al área jurídica de la entidad de salud para que se establezca el modo de actuar. En cambio, ¿La entidad de salud si actúa con debida diligencia podía evitar el error? En teoría, se podría decir que si, ya que estos son los encargados de conocer las leyes y los pronunciamientos de las altas cortes. Sin embargo, en términos prácticos, la carga que este tendría para actuar diligentemente cuando se está ante un caso donde se debe determinar el modo de proceder, ante el consentimiento informado por representación, tema de construcción jurisprudencial y no legislativa, sería máxima, debiéndose hacer un exhaustivo estudio de estos pronunciamientos y verificar si es aplicable al caso en particular. Si no existen pronunciamientos que se puedan extraer para un caso y la legislación es insuficiente, generaría un gran vacío donde las entidades de salud tendrían que actuar según las posibilidades de la interpretación jurídica. En caso de hacerlo y

dar la orden de la forma como consideran que debe ser el consentimiento y resulta, haberse actuado bajo un error ¿Sería este invencible?

Ahora bien, se debe aclarar que la anterior conclusión no se deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Penal, puesto que, como se pudo evidenciar no se encontraron pronunciamientos que tuvieran como objeto de estudio el consentimiento informado por representación y su repercusión en la responsabilidad médica penal, y los pocos encontrados están relacionados con el consentimiento informado general. Lo que conlleva a cuestionarse sobre si esta situación se debe a que estos casos son excepcionales o que, si son frecuentes, pocas veces escalan a las altas cortes. En todo caso, hay que considerar que el derecho a la autonomía se reconoce en mayor medida en todos los ámbitos, en especial, el de la salud. Por lo que, el consentimiento es un tema que cobra gran relevancia, como se evidenció en los pronunciamientos de la Sala Civil y la Sala Constitucional.

Finalmente, se puede decir que al existir un panorama incierto jurídicamente en el que se inscribe el consentimiento informado, este repercute sobre sus tipos, o al menos en el consentimiento por representación. Esto es más preocupante debido a que a través de este se le atribuye a un tercero la facultad de decidir sobre la salud de otra persona, lo que evidencia que si es otra quien decide en lugar del paciente, es porque este último se encuentra en un estado de vulnerabilidad que le impide manifestar su voluntad respecto a las decisiones que podrían afectar su salud. Por lo que, la regulación existente debería ser más garantista de los derechos que podrían quedar desprotegidos por ausencia normativa, y no solo desde la perspectiva del paciente, sino pensando en que son los médicos quienes tienen el deber de informar a su cargo con un marco jurídico incierto, podría resultar en que la labor de estos, que ya es dispendiosa, resulte minada de incertidumbres que les puede acarrear responsabilidad penal.

3. Conclusiones

El consentimiento informado se ha convertido en uno de los presupuestos esenciales para la realización de actividades médicas. Ello deriva del modelo actual de la relación médico paciente que adoptamos, en el proceso de toma de decisiones sobre la salud, en el cual el paciente, según la información a su alcance, y de forma libre y voluntaria, manifiesta sí consciente o no someterse a determinado tratamiento o procedimiento médico.

Como se expuso al principio de esta investigación, el modelo de la relación médico paciente mencionado es una adaptación a los resultados del desarrollo de las investigaciones y avances en la ciencia médica. Así pues, predominaba un modelo paternalista en el que al ser el profesional médico quienes tenían la formación técnica, su opinión y decisión era la que prevalecía sobre las atenciones en salud que un paciente requiriera, aunque ello significara ir en contra de las opiniones y deseos de este último. De manera que, actualmente ha implicado la construcción de un proceso para la toma de decisiones en las atenciones médicas, que sea garantista y protector del derecho a la autonomía y de la dignidad humana del paciente.

En este sentido, al ser la figura del consentimiento informado una herramienta que busca la protección de los derechos del paciente, en especial los señalados previamente, su constitución y validez está supeditado al cumplimiento de la regulación existente, sobre la cual se podría decir que en el campo normativo y/o legal, ha sido insuficiente.

No es necesario reiterar los motivos que conllevan a decir que en las normas colombianas existen vacíos jurídicos sobre el consentimiento informado y sus tipos, como el de representación y que con este tipo de consentimiento no existe certeza en la norma sobre cómo se garantiza la protección de la autonomía de estos pacientes sobre quienes decide un tercero. La exposición de todo el avance jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional sobre los requisitos del consentimiento, el derecho a la información sobre el diagnóstico, los riesgos previsibles y adversos de los tratamientos médicos, la forma en la que se transmite y la cantidad de información que se debe dar a conocer, ha sido muy detallado. Algo parecido sucede con el consentimiento por representación, en el que, si bien esta alta Corte solo ha enfocado el estudio de la aplicación de esta figura, en casos puntuales como los menores hermafroditas o la realización de procesos de esterilización en personas con algún grado de discapacidad mental, el desarrollo que se encuentra en esos temas ha sido muy completo y proteccionista.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, la función de legislar por parte de la Corte Constitucional no hace parte de sus deberes, pues es una acción que propiamente le corresponde al Congreso colombiano y que, a pesar del transcurrir del tiempo, se ha limitado a regular el tema de forma muy sucinta, tal como se manifestó en el apartado anterior.

Otro detalle interesante es que el desarrollo jurisprudencial sobre el consentimiento informado en general y por representación ha sido constitucional en sede de tutela, y no tanto en la Sala penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es más, en la Sala Penal no se encontró

una sentencia en la que la Corte Suprema de Justicia estudiara el consentimiento informado por representación, y cuando, tanto la Sala Civil y Penal han analizado la figura en general, siempre han recurrido tanto a la Ley 23 de 1981 que esboza de manera general el deber de transmisión del conocimiento que tiene el médico con el paciente y la demás regulación que ha propuesto la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

En cambio, se ha evidenciado que, en ciertos países como España, Uruguay, en los cuales también se apartan del modelo paternalista y le dan prioridad al derecho de la autonomía e información, si existe una amplia regulación del consentimiento informado, igualmente, en el caso del de representación. Estos países en su regulación suelen ser muy completos en cuanto a los conceptos y la forma cómo se debe brindar la información en cada caso particular. De ahí que, este es un tema que ha sido objeto de estudio doctrinariamente en estos países lo que conlleva a grandes pronunciamientos haciendo alusión a las leyes que regulan el tema. Es por esto que, se puede intuir que los pronunciamientos de los autores en Colombia son menores, en razón a la deficiencia del marco normativo. Lo que deja de manifiesto que Colombia está a un paso atrás doctrinaria y normativamente en relación con este tema a diferencia de estos países.

Al no existir leyes completas que regulen el consentimiento informado, en especial, el de representación en Colombia, daría paso a entender que es un tema poco relevante, de menor interés en la sociedad. Sin embargo, en la exposición de la problemática presentada junto con los pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, se pudo dar cuenta de la importancia de este, al verse comprometidos los derechos de las personas y tener incidencia el tema en la responsabilidad medica penal, específicamente, en la constitución del consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad.

Es menester resaltar que durante la investigación se hace mayor alusión al consentimiento informado, en general, y no predominantemente en el de representación, no como resultado de una acción desprevenida, sino bajo el entendimiento de que al ser este tipo del consentimiento una especie del género, sobre el cual existe mayor regulación legal, esta se aplicaría por vía interpretativa a su especie, salvo en aquello que se haya establecido como diferente.

Por tanto, se concluye que, el consentimiento informado por representación es una figura de gran importancia ya que requiere un equilibrio entre proteger los derechos de la persona que no puede manifestar su consentimiento y asegurar el bienestar de este. Asimismo,

al ser este en la responsabilidad penal una causal de ausencia de responsabilidad para los procedimientos médicos, su no regulación, puede convertirse en una problemática que genere incertidumbre en la imputación de ciertos tipos penales. De manera que, es necesario que en Colombia se exhorte al órgano legislativo, el congreso, para que regule de la mejor manera este tema, que permita garantizar ese equilibrio. No cabe caer en el error de que la jurisprudencia cubra el vacío en el sistema normativo, ya que implica que la inseguridad jurídica se expanda y se convierta en un obstáculo para proteger los derechos de las personas en un Estado que se proclama como social de derecho.

4. Referencias

- **Jurisprudencia**

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (12 de septiembre de 1994). T-401 de 1994 [M.P: Cifuentes. E]

Corte Constitucional de Colombia. (23 de octubre de 1995). T-477 de 1995 [M.P: Martínez. A]

Corte Constitucional de Colombia. (29 de noviembre de 1995). T-559 de 1995 [M.P: Martínez. A]

Corte Constitucional de Colombia. (20 de mayo de 1997). C-239 de 1997 [M.P: Gaviria. C]

Corte Constitucional de Colombia. (12 de mayo de 1999). SU-337 de 1999 [M.P: Martínez. A]

Corte Constitucional de Colombia. (2 de agosto de 1999). T-551 de 1999 [M.P: Martínez. A]

Corte Constitucional de Colombia. (12 de octubre de 2000). T-1390 de 2000 [M.P: Martínez. A]

Corte Constitucional de Colombia. (10 de octubre de 2002). T-850 de 2002 [M.P: Escobar. R]

Corte Constitucional de Colombia. (1 de diciembre de 2006). T-1019 de 2006 [M.P: Córdoba. J]

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso administrativo. (4 de octubre de 2007). 15567 de 2007 [C.P: Gil. E]

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. (8 de noviembre de 2007). S-27388 de 2007 [M.P: Socha. J]

Corte Suprema de Colombia. Sala de casación Penal. (22 de mayo de 2008). SP27357 DE 2008 [M.P: Socha, J]

- Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Civil. (12 de marzo de 2010). Nro. 0500131030092002-00111-01 [M.P: DÍaz. R]
- Corte Suprema de Colombia. Sala de casación Penal. (5 de junio de 2014). SP-7135 de junio [M.P: Fernández. E]
- Corte Constitucional de Colombia. (28 de agosto de 2014). T-622 de 2014 [M.P: Pretelt. J]
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de abril de 2016). C-182 de 2016 [M.P: Ortiz. E]
- Corte Constitucional de Colombia. (15 de junio de 2016). T-303 de 2016 [M.P: Pretelt. J]
- Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016). SP-8759 de 2016 [M.P: Barceló. J]
- Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Penal. (12 de octubre de 2016). SP-8759 de 2016 [M.P: Malo. G]
- Corte Suprema de Colombia. Sala Civil. (24 de mayo de 2017). SC-7110 de 2017 [M.P: Armando. L]
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de agosto de 2017). T-544 de 2017 [M.P: Ortiz. G]
- Corte Suprema de Colombia. Sala Civil. (26 de julio de 2019). SC-2804 de 2019 [M.P: Cabello. M]
- Corte Suprema de Colombia. Sala civil-Familia. (7 de diciembre de 2020). SC-4786 de 2020 [M.P: Quiroz. A]
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de febrero de 2021). C-025 de 2021 [M.P: Pardo. C]
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de julio de 2021). C-233 de 2021 [M.P: Fajardo. D]
- Corte Suprema de Colombia. Sala Civil. (25 de agosto de 2021). SC-3604 de 2021 [M.P: Rico. A]
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de septiembre de 2023). T-357 de 2023 [M.S: Cortes. J]

España

- Tribunal Supremo de España. Sala segunda. (9 de mayo de 2014). [M.P: Berdugo. J]
- Tribunal Constitucional de España. Sala segunda. (28 de marzo de 2011). Sentencia 37 de 2011 [M.P: Gay, E., Pérez, E., Rodríguez, R., Hernando, F., Ortega, L & Pérez, F.
- Tribunal Supremo de España. Sala de Lo Civil. (13 de mayo de 2011).

Uruguay

- Suprema Corte de Justicia de Uruguay. (20 de octubre de 2004). Sent-321 de 2004.
- Suprema Corte de Justicia de Uruguay. (14 de febrero de 2008). Sent-11 de 2008.

Suprema Corte de Justicia de Uruguay. (19 de marzo de 2010). Sent-52 de 2010.

Suprema Corte de Justicia de Uruguay. (13 de marzo de 2013). Sent-188 de 2013.

Suprema Corte de Justicia de Uruguay. (25 de noviembre de 2013). Sent-572 de 2013.

- **Leyes**

Código Penal Colombiano [C.P.]. (31.a ed.). Legis.

Código Civil Colombiano [C.C.]. (15.a ed.). Legis.

Congreso de la República de Colombia (18 de febrero de 1981) “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”. [Ley 23 de 1981].

Congreso de la República de Colombia (5 de junio de 2009) Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. [Ley 1306 de 2009]. DO: 47.371

Congreso de la República de Colombia (21 de diciembre de 2010) Por medio de la cual se prorroga la Ley [418](#) de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes [548](#) de 1999, [782](#) de 2002 y [1106](#) de 2006. [Ley 1421 de 2010]. DO:47.930

Congreso de la República de Colombia (8 de septiembre de 2014) Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida. [Ley de 1733 de 2014]. DO:49.268

Congreso de la República de Colombia (26 de agosto de 2019) Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. [Ley 1996 de 2019]. DO: 51.057

Leyes extranjeras

Jefatura de Estado (27 de octubre de 1979) Sobre extracción y trasplante de órganos [Ley 30 de 1979].

Jefatura de Estado (25 de abril de 1986) General de Sanidad [Ley 14 de 1986].

Jefatura de Estado (14 de noviembre de 2002) Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aplicable a todo el territorio español. [Ley 41 de 2002]

Parlamento Uruguayo (15 de agosto de 2008) Derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de la salud [Ley 18335 de 2007]

Ministerio de Salud Pública (8 de septiembre de 2010) Reglamentación de la Ley 18335 sobre derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de salud [decreto 274 de 2010].

Parlamento Uruguayo (25 de septiembre de 2014) Código de Ética Médica [Ley 19.286 de 2014]

Normas internacionales

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [Unicef] Artículo 2, 3, 12 [Convención sobre los derechos de los niños]

- **Decretos**

Presidencia de Colombia. (30 de noviembre de 1981). “Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981”.

Presidencia de Colombia. (6 de mayo de 2016). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. [Decreto 780 de 2016].

- **Resoluciones**

Ministerio de Salud y Protección Social (8 de julio de 1999). Resolución 1995/1999. Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.

Ministerio de Salud y Protección Social (19 de diciembre de 2012). Resolución 4343/2012. Por medio de la cual se unifica la regulación respecto de los lineamientos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Salud y Protección Social (25 de noviembre de 2019). Resolución 3100/2019. Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de los servicios de salud y se adopta el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud.

Ministerio de Salud y Protección Social (20 de febrero de 2020). Resolución 229/2020. Por la cual se definen los lineamientos de la carta de derechos y deberes de la persona afiliada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la carta de desempeño de las Entidades Promotoras de Salud- EPS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

Ministerio de Salud y Protección Social (1 de julio de 2021). Resolución 971/2021. Por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes

de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia.

Ministerio de Salud y Protección Social (17 de julio de 2023). Proyecto de Resolución. Por medio de la cual se adoptarán “las medidas para garantizar el acceso, autonomía y consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes en la atención en salud.

- **Doctrina**

Arrubarrena, V. (2011). “La relación médico-paciente”. *Revista Cirujano General*, 33(2).

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General* (2.a. ed.). Editorial Hammurabi SRL.

Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica* (1. a ed.). Editorial Universidad del Rosario.

Cancio, M. (2013). “Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía”. *Revista el sentido y el contenido del bien jurídico de la vida humana*. 257-276.

Casado, M. (abril, 2017). *El consentimiento informado. Un punto de partida en la autonomía de la voluntad del paciente*. Ponencia presentada en el centro de estudios jurídicos. Juan Calixto Galán, Madrid.

Castellano, M. (2009-2010). “La obtención del consentimiento informado en España: La asistencia urgente como excepción doctrina del tribunal constitucional”. *Ciencia Forense*, 9(10), 117-134.

Castellanos, M., López, J., Caballé, M., García, H. (2009). “Consentimiento informado una acción imprescindible en la investigación médica”. *Revista Cubana de estomatología*, 46(1).

Correa, M. (2009). *La naturaleza jurídica de las llamadas causales de justificación*. Bogotá.

Correa, C., Malaver, M., Palomares, J., Quiroz, M., Parra, L. & Tirado, M. (2022). “El **Principio de Autonomía** en la Atención Médica en Colombia y Perú”. *Verba Iuris*, 18(48).

Chang, R. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca.

Devesa, D. (2017-2018). *Relevancia Jurídico-Penal del consentimiento*. España.

Dopico, J. (2007). *Problemas del consentimiento informado por representación*. Editorial escuela libre.

- Domínguez, M. (2011). Revista de la facultad de derecho, *El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad*, 30, 109-122.
- Emanuel, E., Emanuel, L. (1992). *Four Models of the Physician-Patient Relationship [Cuatro modelos de relación médico-paciente]*, 267(169), 2221.
- Fundación Víctor Grifols I Lucas. (2002). *Problemas prácticos del consentimiento informado* (5.a ed.). Editorial fundación Víctor Grifols.
- Fundación Víctor Grifols I Lucas. (2010). *Consentimiento por Representación*. Editorial fundación Víctor Grifols.
- Giménez, T. (2006). Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM. *Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada*.
- Guerez, P. (2011). *Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo el papel del consentimiento del paciente* (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.
- Jescheck, H & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen I* (5.a ed.). Editorial Instituto Pacifico.
- Hernández, H. (2014). Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática. En I. Gazmuri, *Cuaderno de análisis jurídico responsabilidad médica*. Editorial Universidad Diego Portales.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2. a ed.). Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A.
- Lorda, S., Judez, J. (2001). Medicina clínica. *Consentimiento informado*, 117(3).
- Luzón, D. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. (3.a ed.). Editorial Tirant Lo Blanch.
- Machado, I. (2007). *El consentimiento informado en la actividad médica. Perspectiva Penal*.
- Machado, C. (2012). “El consentimiento en materia penal”. *Revista derecho penal y criminología*, 33(95), 29-49
- Marchesano, A. (2020). “El consentimiento informado una visión comparada entre Uruguay y España”. *Derecho y salud*, 30(2), 84-110.
- Mendoza, J., Herrera, L. (2017). “El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética”. *Revista CES derecho*, 8(1).
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal Libro de estudio Parte General*. Editorial bibliográfica argentina S.R.L.

- Montealegre, Eduardo. (1987). "La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado". *Revista Chilena de Derecho*, 14 (2-3)
- Araque, D. (2014). "El consentimiento informado y su trascendencia en el derecho penal". *Nuevo Foro Penal*, 10(82), 132-147.
- Muñoz, F. (2007). Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico. En O. Islas de González & S. García (Coords), *Panorama Internacional sobre justicia penal. Política Criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos comparados*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ortiz, M., Burdiles, P. (2010). "Consentimiento informado". *Revista médica clínica condes*, 21(4), 644-652.
- Quintano, A. (1950). "Relevancia del consentimiento en materia penal". *Anuario de derecho y ciencias penales*, 321-344.
- Ríos, J. (2006). "El consentimiento en materia penal". *Política criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, (1), 37.
- Rodrigo, R. (2020). Principios de la bioética: autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia.
- Rodríguez, H. (2017). "Consentimiento informado en la práctica clínica". *AnFaMed*, 4(2), 22-30.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2.a ed.). Editorial Civitas.
- Sambruno, G. (2018). *La responsabilidad medica por mala praxis médica* (Tesis de maestría). Universidad Internacional de La Rioja.
- Sandoval, F. (2003). "Causales de responsabilidad social ". *Revista de derecho; División de ciencias Jurídicas de la universidad del Norte*, (19), 1-18.
- Vásquez, E. (2019). *La responsabilidad penal y el consentimiento informado*. Ponencia presentada en el congreso extraordinario de 2019, España.
- Vallongo, M. (2012). "Consentimiento informado. ¿un derecho?...¿un deber?" *Revista Cubana anestesiología y reanimación*, 11(2).
- Vital, R. (2006). *El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito* (Tesis doctoral). Universidad de Granada.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo Sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de acción finalista* (2. a ed.). Editorial BdeF.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal Parte General* (2.a. ed.). Editorial sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.

Zeron, A. (2019).” Beneficiencia y no maleficiencia”. *Revista ADM Editorial*. 306-307.

- **Guías**

Ministerio de la protección social. (s.f). Paquete de instrucciones *Guía Técnica “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”* Versión 1.0

Ministerio de Protección Social. (s.f). Paquete de instrucciones *Guía Técnica “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”*. Versión 2.0