

# DEBER DE INFORMACIÓN, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Francisco Bernate Ochoa

## INTRODUCCIÓN

En numerosas ocasiones la jurisprudencia y la doctrina se han referido a los diferentes problemas que plantea la relación entre el ejercicio de la actividad médica y el derecho penal. Encontramos sin embargo consenso, en que el ejercicio de la actividad destinada a proteger la salud de los individuos, necesita de la protección que le brinda el derecho penal.

Sin embargo, es necesario encontrar un justo equilibrio en el cual el derecho penal no se convierta en un instrumento que impida el desarrollo científico, pero que aún así proteja a los usuarios de la salud frente a las actuaciones de los profesionales de la actividad médica.

El presente escrito busca clarificar una serie de nociones que se presentan en la relación médico paciente para ir desentrañando situaciones conflictivas que se presentan en la práctica, y posteriormente fijar una posición personal sobre el consentimiento como causal de exoneración de responsabilidad en aquellos eventos en que se causan resultados reprimidos por la Ley penal en ejercicio de la actividad médica.

## 2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO PRESUPUESTO DEL ACTO MÉDICO

### 2.1. Introducción

La jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional en la actualidad entienden que el ejercicio de la actividad médica supone un acuerdo entre galeno<sup>1</sup> y paciente para que el primero pueda intervenir sobre la humanidad del segundo.

---

\* El presente trabajo va dedicado a la memoria del Dr. Luis Alberto BERNATE CUERVO. Ojalá algún día en Colombia a las víctimas de la barbarie que vivimos se les hagan efectivos sus derechos a la *verdad* y a la *justicia*.

\* Abreviaturas empleadas. Sent. Sentencia. MP Magistrado Ponente. CC. Código Civil Colombiano. Secc. Sección. CSJ. Corte Suprema de Justicia. S. Sala. Cas. Casación. Rad. Número de Radicación. C. Const. Corte Constitucional Colombiana. C. E. Consejo de Estado de Colombia.

<sup>1</sup> La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina de la siguiente manera: “ART. 1º—Para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía, la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales, o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.”

Ello a su vez supone, que para que el paciente pueda libremente consentir y que la aquiescencia que manifiesta surta la totalidad de los efectos deseados por las partes, que se encuentre en una situación que le permita entender, primero, su situación real, segundo, el procedimiento a aplicar, tercero, las consecuencias que se derivarán de la intervención y por último, lo que le pueda suceder en el evento en que decida no someterse al tratamiento.

Solo si el paciente conoce todas estas circunstancias, podemos hablar de la existencia de un verdadero consentimiento entre las partes que intervienen en el acto médico.<sup>2</sup>

Teniendo en cuenta que el Nuevo Código Penal Colombiano contempló como causal de exclusión de responsabilidad criminal aquellos eventos en que se obre con el consentimiento del paciente, es necesario presentar un panorama sobre lo que esta noción representa en materia de Derecho Médico.

## **2.2. El concepto de consentimiento**

El Código Civil Colombiano contempla el consentimiento como fuente de las obligaciones<sup>3</sup>. Como se mencionó anteriormente, el Código Penal también lo tiene en cuenta pero para el efecto contrario, esto es, para exonerar de responsabilidad al procesado.

Múltiples definiciones sobre la noción del consentimiento encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>4</sup>. El punto de partida para poder establecer la noción del consentimiento surge del

---

<sup>2</sup> Así, la Ley 23 de 1981, dispone en su artículo 5º: *“La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:*

1. *Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.*
2. *Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.*
3. *Por solicitud de terceras personas.*
4. *Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.”*

<sup>3</sup> Artículo 1494 del CC. *“Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”*

<sup>4</sup> A pesar de su uso extendido, la doctrina ha encontrado problemas en la misma definición del concepto como lo pone de presente el siguiente pasaje doctrinal. *“El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (del latín cum sentire), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (indem placitum).*

*En el lenguaje vulgar, consentir también significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en este sentido el artículo 1502 del Código Civil dice que “para que una persona se obligue a otra por una acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. De manera que, según esta acepción vulgar las voces consentimiento y voluntad son sinónimas, y es tal el imperio de su uso inveterado que, a sabiendas de incurrir en impropiedad técnica, los juristas cometen frecuentemente esta equivocación”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Edit. Temis 4ª Ed. actualizada. 1994, Págs. 144 y 145.*

concepto de autonomía personal del ser humano<sup>5</sup> como derecho fundamental. En efecto, dentro de un Estado Democrático se entiende que el individuo cuenta con la libertad para poder tomar sus decisiones de vida sin que le sea legítimo al Estado restringirla, salvo que con ello se alteren los derechos de los demás o se contrarie el orden jurídico.

Así entonces, si el individuo es libre, ello supone la facultad para poder tomar las decisiones necesarias para desarrollarse como ser autónomo dentro de la comunidad y proyectar así su personalidad, como ser diferenciado de los demás. Cuando el sujeto toma decisiones que requieren la intervención de otro en su integridad, ya sea física o psíquica, debe tener conciencia de lo que está haciendo, y manifestarlo de una manera inequívoca.<sup>6</sup> Este es el consentimiento informado, concepto que se aplica en materia de responsabilidad médica y cuyo esclarecimiento es indispensable para los efectos del presente escrito.

## **2.3 El consentimiento informado**

### **2.3.1 Concepto**

El consentimiento adquiere una especial relevancia en materia de responsabilidad médica, en tanto que el mismo permite exonerar al profesional de la medicina en aquellos eventos en que interviene sobre la humanidad del paciente ocasionándole un menoscabo en su salud obrando con su aquiescencia.

Así, en materia de responsabilidad médica, se ha acuñado el concepto de consentimiento informado, para resaltar que no se trata del consentimiento simple que se requiere para todos los actos jurídicos, sino de aquel que es presupuesto del acto médico, y que a su vez, requiere que el paciente consienta estando plenamente informado sobre el procedimiento que se realizará sobre su cuerpo, así como las consecuencias que se desprenden del hecho de no realizarlo.

El fundamento de la institución del consentimiento informado, es en primer lugar la autonomía individual del ser humano, en tanto que libre, solo podrá disponer de su cuerpo cuando tenga pleno conocimiento sobre el procedimiento a seguir y sus consecuencias<sup>7</sup>. Pero adicionalmente, es claro

---

<sup>5</sup> "El derecho a la autonomía o autodeterminación es de hecho el fundamento de todos los demás derechos humanos ya que no tendría ningún sentido hablar de "derechos" a no ser que seamos capaces de decidir por nosotros mismos y ser responsables de nuestra vida". CHARLESWORTH, Max. *La bioética en una sociedad liberal*. Edit. Cambridge University Press. Trad. Mercedes González. 1996. Gran Bretaña, pág. 43.

<sup>6</sup> "Aquiescencia que una persona capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones da a un hecho externo.

*En materia civil para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración sin que su consentimiento se haya afectado por error, fuerza, dolo o lesión enorme". MADRID MALO, Mario. Diccionario Básico de Términos Jurídicos. Edit. Legis. Bogotá, DC, 1994, pág. 118.*

<sup>7</sup> "Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, 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 sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

"Antonio V. Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en

que dentro de la relación médico-paciente las partes se encuentran en una situación clara de desigualdad, pues el primero cuenta con los conocimientos sobre el estado de salud del segundo, así como sobre los procedimientos aplicables al caso y los resultados de los mismos en su humanidad<sup>8</sup>, por lo que el consentimiento informado encuentra una justificación adicional en las condiciones mismas en que se produce la relación entre el médico y el paciente.<sup>9 10</sup>

---

*relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin, exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de informed consent en USA y de consentement éclairé en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares, aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”.*

*Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial”.*

*De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado. En consecuencia, el literal a) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, será declarado exequible bajo el entendido de que en la relación médico-paciente la información a este último es la regla y no la excepción”. (C. Const., Sent. C- 264, jun. 13/96. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).*

<sup>8</sup> El Tribunal Nacional de Ética Médica habla por de consentimiento idóneo y lo define de la siguiente manera: *“El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta y rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.”* Tribunal Nacional Ética Médica, S. Plena, Sent. sep. 7/89. Sesión 193. M.P. Alejandro Posada Fonseca.

<sup>9</sup> *“Allí donde opere una relación de dependencia no ecuaníme en los poderes respectivos de las partes y de la superioridad del más fuerte sobre el más débil, el consentimiento es genuino. Esta situación de poder se presume en la relación médico-paciente, y esto es lo que hace difícil distinguir la coerción y la manipulación, de la simple persuasión, o el consejo de la influencia”.* GHERSI, Carlos. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 1ª Ed., pág. 21

<sup>10</sup> *“El paciente debe manifestar su consentimiento, bien sea de manera personal o a través de la persona que tenga su representación legal o que le sea más allegada, en los casos en que no pueda hacerlo directamente (minoridad, inconsciencia, alteración mental). Este consentimiento, otorgado para el acto médico, será válido en la medida en que se obtenga de una persona bien informada.*

*El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico o mental peor de aquel en que se encuentra. Pero si necesita la autorización del enfermo o de sus familiares para proceder clínicamente, está en la obligación insoslayable de advertir el riesgo previsto, so pena de responder por él (L. 23/81, art. 16).*

*Esta obligación deriva, claramente, del principio de libertad que hace de los actos del ser humano una manifestación de su soberana determinación personal. La autonomía que consagra y ampara la Constitución Política de Colombia com o desprendimiento de esa libertad (arts. 13, 16 y 28), está implícita en las decisiones de quien se somete a un tratamiento médico.”* GUZMÁN MORA, Fernando. *La práctica de la medicina y la ley.* Biblioteca Jurídica DIKÉ. 1ª Ed., pág. 32.

Para el caso concreto del Derecho Colombiano, la Resolución 13437 de 1991, emanada del Ministerio de Salud, dispone que todo paciente tiene derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiada a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y al pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.<sup>11</sup>

### 2.3.2. El deber de información por parte del médico como presupuesto del consentimiento informado

Para que pueda hablarse de acto médico, el mismo presupone la existencia de un consentimiento informado por parte del paciente<sup>12</sup>. Lo anterior a su vez supone la obligación que recae sobre el galeno de brindarle toda la información necesaria, veraz y suficiente al paciente sobre<sup>13</sup>:

Su estado de salud actual

El -o los- procedimientos que conforme a la ciencia deban aplicarse para tratar la situación del paciente.

Las consecuencias que el tratamiento traerá para el paciente.

Las consecuencias que se producirían en caso de no someterse el paciente al tratamiento.

Lo primero que debemos anotar, es que en el acto médico, a diferencia de lo que sucede dentro de otras relaciones de índole contractual, el deber de información por parte del galeno se extiende más allá del momento de la perfección del negocio jurídico, proyectándose aún en la ejecución del mismo y en los momentos posteriores.

El deber de información comporta unas particularidades especiales que pasamos a analizar a continuación.

#### 2.3.2.1. Contenido del deber de información

Uno de los asuntos más polémicos dentro del campo del Derecho médico lo constituye el contenido del deber de información. Sabemos que es obligación del médico proporcionar al paciente una información que sea lo suficientemente completa y veraz para que este pueda comprender su situación y pueda tomar la decisión que corresponda. Sin embargo, ¿qué tanto debe informar el médico al paciente? ¿Debe el médico informar al paciente aún en aquellos eventos en los que como consecuencia de esa información pueda deteriorarse el estado del paciente?

Para desentrañar tan compleja situación es necesario abordarla de una manera sumamente cautelosa, que nos permita obtener situaciones satisfactorias. Lo primero que debemos establecer,

---

<sup>11</sup> Artículo 4º .

<sup>12</sup> Cfr. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Ed. Librería del Profesional, Bogotá, DC, 2000. P. 101.

<sup>13</sup> MUÑOZ CONDE apunta al respecto que la información que el médico debe suministrarle al paciente abarca las consecuencias y los riesgos del procedimiento, así como los medios, el tratamiento y las diversas alternativas. Sostiene que a mayor riesgo, más precisa debe ser la información. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2002. p. 134

es que mediante el suministro de información precedido de un diagnóstico, lo que se busca es en primer lugar, que el galeno, como conocedor de los aspectos técnicos y científicos dentro de la relación médico-paciente, suministre toda la información oportuna y veraz para que éste pueda identificar los aspectos decisivos para él, que le permitan tomar una decisión sobre su integridad.

En segundo lugar, mediante el suministro de información de parte del galeno hacia el paciente, se busca menguar la situación de desigualdad original en la que ambos se encuentran en el momento de iniciarse la relación entre los dos. En efecto, dentro de la relación médico-paciente, es claro que de entrada se produce una situación de desigualdad, en tanto que el segundo desconoce todos los aspectos científicos relacionados con su estado de salud, y las posibles soluciones al mismo, información ésta que se encuentra en poder del facultativo de la salud.<sup>14</sup>

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que en aquellos eventos en los cuales se infringe el deber de información en tanto que no se suministran los datos adecuados, o se falta a la verdad, es procedente la responsabilidad del profesional de la salud.<sup>15</sup>

La información que el galeno está obligado a proporcionar al profesional, debe ser razonable, equilibrada, clara, precisa y suficiente.<sup>16</sup> Igualmente, la manera como se la transmita también es importante, en tanto que el paciente debe comprender la información que se le está suministrando, por lo cual el médico debe acudir a un lenguaje claro, preciso y que esté al alcance de su interlocutor.<sup>17</sup>

El paciente tiene derecho –con la correlativa obligación para el médico de suministrarle la información al respecto- igualmente a conocer sobre los riesgos del tratamiento. La doctrina se pregunta si es obligación del galeno informar sobre todos los riesgos o solamente sobre aquellos que se presentan de manera frecuente.<sup>18</sup>

Así, para algunos autores el deber de informar en lo relacionado con los riesgos, abarca solamente aquellos a los que denominan “típicos”, para hacer referencia a aquellos que tienen una ocurrencia frecuente.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Cfr. PENNEAU, Jean. *La responsabilidad médica*. Citado por JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Universidad Javeriana, Bogotá DC, 2002. P. 224.

<sup>15</sup> Así, en Sentencia del 25 de abril de 1994, el Tribunal Supremo Español señaló que “...*la correcta actuación profesional del cirujano no se reduce a llevar a cabo la intervención con estricta observancia de la lex artis, sino que debe extenderse también a la fase previa o preoperatoria, y se analiza la responsabilidad en cuanto a la no observancia del derecho de información que asistía a la paciente con carácter previo*”. Citado por JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Universidad Javeriana, Bogotá DC, 2002. P. 227.

<sup>16</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 24 de enero de 2002, exp. 12.706. En igual sentido, Corte de Casación Francesa. Sentencia del 21 de febrero de 1961 en el que manifestó que la información médica es útil y pertinente cuando es “...*simple, aproximativa, inteligible y leal*.”

<sup>17</sup> Así lo ha entendido la legislación colombiana tal y como se dispone en el artículo 11 del Código de Ética Médica: “*La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas*.”. Es claro que en virtud de esta obligación, el médico debe emplear un lenguaje que este al alcance de su interlocutor, evitando el lenguaje excesivamente técnico, salvo, claro está que el paciente también sea un profesional de la salud.

<sup>18</sup> En igual sentido, Cfr. SERRANO ESCOBAR, ob. Cit. P. 102.

<sup>19</sup> Los riesgos a los que nos referimos deben ser, en todo caso, inherentes a la intervención pues en ningún caso el médico puede someter al paciente a riesgos innecesarios. Así lo establece expresamente la Ley 23 de 1981 que señala: “*ART. 15.—El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su*

Tal es el caso del tratadista nacional Ignacio JARAMILLO, para quien el médico solo debe informar los riesgos típicos, entendiendo por tales aquellos que con arreglo a la experiencia ordinaria y a la estadística científica suelen materializarse en un plano ontológico.

Es claro que no puede reprochársele al médico por no haber previsto un riesgo que era, de acuerdo a la ciencia, imprevisible, y por ende tampoco es procedente atribuirle algún tipo de responsabilidad por no informar a los representantes sobre aquello que no pudo conocer.<sup>20</sup>

Adicionalmente, en cuanto a la transmisión de la información por parte del profesional de la salud al paciente, debe aquel emplear términos que puedan ser comprendidos por el paciente, teniendo en cuenta las condiciones de éste en cuanto a su ilustración y situación actual. Así, no sólo es importante el contenido de la información, sino que también es importante que la misma se transmita de una manera adecuada al paciente, por lo que no puede entenderse el acto de informar a éste último, como un simple formalismo, sino que, por el contrario, se trata de un evento de suma importancia, de lo que se desprende que el paciente debe quedar plenamente informado para poder proceder a otorgar su consentimiento.<sup>21</sup>

Por último, debemos resolver el interrogante que planteábamos al principio del presente acápite relacionado con aquellos eventos en los que darle la información al paciente pueda empeorar su situación física o espiritual.

La doctrina encuentra en esta situación una excepción al deber de informar, en tanto que, si el fin de la medicina es la curación del individuo, ciertamente habrán eventos en los que transmitirle determinada información a un enfermo puede desencadenar en él reacciones adversas que atentarían contra tal fin, por lo que en estos eventos, y mediando el criterio precedido de una debida información, el galeno puede excusarse de incumplir este deber.<sup>22 23</sup>

#### 2.3.2.2. Deber de información en las diferentes etapas del acto médico

---

*consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”* El Decreto 3380 de 1981 a su vez establece: “ART. 9º. *Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo.”*

<sup>20</sup> Esta es la posición acogida por la legislación colombiana en el artículo 16 de la Ley 23 de 1981 que dispone: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”. Subrayado fuera del texto original. En igual sentido, SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Ob. Cit. P. 14. CASTAÑO, Patricia. *Consentimiento informado del paciente*. Medellín, 1993.

<sup>21</sup> Paradigmático, JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Universidad Javeriana, Bogotá DC, 2002. P. 230. “Informar mal, o en forma insuficiente, es tanto como no hacerlo”.

<sup>22</sup> En igual sentido. JARAMILLO, Ob. Cit. para quien en estos eventos prima el *derecho a no saber* sobre el *derecho a saber*.

<sup>23</sup> Ha sostenido la Corte Constitucional: “Bajo qué criterio general debe juzgarse la información, con el objeto de determinar, por ejemplo, hasta qué punto el médico está obligado a divulgar ciertos detalles que pueden causar perjuicio en el estado anímico y físico del paciente. Resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos posibles. La información que el médico debe transmitir al paciente es un elemento para ser considerado dentro de un conjunto de ingredientes que hacen parte de la relación médico-paciente”. (C. Const., Sent. C-264, jun. 13/96. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Como veíamos anteriormente, el deber de información se encuentra presente a lo largo de la relación entre médico y paciente, lo cual denota una de las características distintivas de este contrato frente a otros negocios jurídicos.<sup>24</sup>

Para que el médico pueda proporcionar una información que sea la necesaria y a su vez suficiente y veraz, es necesario que el mismo haya realizado previamente los exámenes adecuados dentro de la fase del diagnóstico. En esta fase, es deber del profesional de la salud, realizar un diagnóstico serio del estado de salud del paciente, en el cual se precise el cuadro clínico correspondiente para que aquel, empleando sus conocimientos, lo informe suficientemente sobre la situación.<sup>25</sup>

Durante la denominada etapa precontractual, el deber de información adquiere una especial trascendencia en tanto que constituye el presupuesto para que el paciente pueda dar su consentimiento a la realización del acto médico.

Una vez perfeccionado el acto jurídico que da origen a la relación médico-paciente, el deber de información de parte del primero hacia el segundo se extiende en lo relacionado con la aceptación del tratamiento o plan médico que sobre él sea necesario aplicar.<sup>26</sup>

Así, realizado el diagnóstico en el cual el galeno consigna sus apreciaciones sobre el estado de salud del paciente, aquél se encuentra en la obligación de dárselo a conocer éste. Posteriormente, el profesional de la salud debe informarle sobre el tratamiento o intervención que, de conformidad con el criterio que se ha formado dentro de la etapa del diagnóstico y aplicando las máximas de la ciencia, considere adecuado para el estado de salud del paciente, quien a su vez puede aceptar, o por el contrario, negarse a someterse al mismo. En ningún caso, el médico puede obligar al paciente a someterse a determinado tratamiento o intervención.<sup>27</sup>

Consideramos que, adicionalmente, el médico debe informar al paciente sobre las consecuencias que comportarían para su salud en el evento en que decida no someterse al tratamiento sin que con ello se esté realizando ningún tipo de constreñimiento en su contra.

El acto médico comprende las siguientes etapas:

El diagnóstico

---

<sup>24</sup> Vid. Supra. 2.3.2.

<sup>25</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Universidad Javeriana, Bogotá DC, 2002. P. 222.

<sup>26</sup> Cfr. CASTAÑO de RESTREPO, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Temis, Bogotá, DC, 1997. Pp. 50 y 223. Distingue la autora dos fases de la voluntad jurídica del paciente. Una primera en la que se hace referencia al consentimiento necesario para la formación del contrato, es decir cuando el médico acepta tratar al paciente y este asiente en ser tratado y, una segunda, en la que el consentimiento se refleja en el asentimiento en el tratamiento o procedimiento en el campo de la salud. En este segundo momento ya hay un contrato, por lo que el consentimiento en el caso del acto médico se extiende más allá del simple perfeccionamiento del acto jurídico. En igual sentido, puede consultarse a MELENNEC, KORNPORST, GITRAMA, ARNIS.

<sup>27</sup> "Cuando el médico va a practicar una cirugía de alto riesgo debe contar con el consentimiento expreso del paciente y sus familiares y, de no observar esta precaución, incurrirá en la creación de un riesgo no autorizado por el paciente, susceptible de ser indemnizado". (CSJ, S. Cas. Penal, Sent. oct. 24/95. M.P. Fernando Arboleda Ripoll).

La información

El consentimiento

El tratamiento

El postratamiento

A su vez, dentro de estas etapas pueden incurrirse en faltas al deber de información de la siguiente manera:

a. En el diagnóstico, la información y el consentimiento

Realizado el diagnóstico por parte del médico, éste tiene el deber de informar al paciente sobre su estado de salud, la terapia a aplicar, los efectos que la misma conlleva, las consecuencias de no someterse al tratamiento y los riesgos de lo anterior. En esta etapa, existirá falta médica cuando el profesional de la salud, conociendo la información, no se la brinda al paciente o a sus representantes, o prescinde de obtener el consentimiento del mismo o de las personas autorizadas por la ley para otorgarlo.

Como consecuencia de esta omisión, el médico responderá por los daños que sean consecuencia del acto médico no consentido.

b. En el tratamiento y en el postratamiento

Obtenido el consentimiento del paciente o sus representantes, por parte del médico, este procede a realizar la intervención sobre el cuerpo de aquél. Si estando en curso intervención, el médico se percata de la necesidad de realizar otro procedimiento, debe obtener el consentimiento de los representantes legales del paciente salvo que se trate de una urgencia, caso en el cual podrá prescindir del mismo en aras de preservar su salud.

Si en la etapa posterior a la intervención fuere necesaria la realización de alguna terapia adicional, el médico debe nuevamente informar al paciente sobre la misma con todos los requisitos para el consentimiento informado, y obtener su aquiescencia al respecto.

### 2.3.3. El consentimiento otorgado por terceros

Si bien el destinatario natural del deber de información –como se fundamentó anteriormente– es el paciente, en determinados eventos obtener el consentimiento del mismo puede ser imposible, por lo que la ley faculta al médico a intervenir sin la aquiescencia del afectado o sus representantes legales, o por el contrario, siendo posible, la ley no le da validez al asentimiento de determinadas personas.<sup>28</sup>

Es necesario en estos eventos distinguir dos hipótesis. En primer lugar, aquellos eventos en que si bien el paciente no puede, o pudiendo dar su asentimiento, la ley le desconoce toda validez al mismo, pero en los que es necesario obrar con el consentimiento de terceros que obrarán como representantes legales<sup>29</sup> del paciente, y en segundo lugar, aquellos eventos en los que es

---

<sup>28</sup> Dispone el Decreto 3380 de 1981. “ART. 11.—El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan, y. b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.”

<sup>29</sup> Sobre el fundamento de esta posibilidad ha señalado la Corte Constitucional: “En casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de los menores, incluso contra la

imposible contar con el consentimiento ya sea del paciente o de terceros que puedan obrar como sus representantes, por lo que la Ley exime al médico del deber relacionado con proceder solo cuando se cuente con el consentimiento del afectado o sus representantes.

Dentro del primer caso encontramos aquellos eventos en los que el paciente se encuentra en situación de inconsciencia, pero no se trata de una urgencia, y el caso de los incapaces por vía de ley, como sucede con los menores, los dementes y los enajenados mentales, entre otros. Es necesario reiterar, que en estos eventos, la ley prescinde del consentimiento del paciente, dado que el mismo lo deben otorgar sus representantes legales, y se erige en requisito indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico.

En el segundo caso, encontramos las situaciones de urgencia. En ésta, y a diferencia de lo que acontece en la hipótesis anterior, la ley prescinde del requisito del consentimiento y así mismo del deber de información que recae en el médico, en aras de salvar la vida del paciente.

Esquemáticamente podríamos representarlo de la siguiente manera:

Eventos en que el paciente no otorga su consentimiento

a. Por incapacidad (necesita consentimiento).

i. Menores de edad.

ii. Incapaces de ley.

b. Por tratarse de una situación de urgencia (no necesita consentimiento).

2.3.3.1. Los incapaces

2.3.3.1.1. Generalidades

Jurídicamente, la regla general es la capacidad. Así, la generalidad de las personas que conforman una comunidad que se rige por unas normas de conducta cuentan con la posibilidad de obligarse y que ello surta efectos jurídicos.<sup>30</sup>

La excepción a la citada regla general, la constituye la incapacidad, en la que la ley considera que determinadas personas no tienen la capacidad para obligarse, ya sea por que los considera inmaduros –como en el caso de los menores, en el cual le otorga validez solo a algunos actos jurídicos que estos realizan, como el matrimonio- o por cuanto se encuentran en alguna situación que les impide manifestar válidamente su consentimiento.

En estos eventos, los representantes legales del incapaz obran por el mismo teniendo la facultad para tomar decisiones que afecten a sus representados, como sucede en el campo del derecho médico, en el que pueden asentir actos sobre la integridad corporal de su representado.<sup>31</sup>

---

*voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener propia conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifican instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.” (C. Const., Sent. T-477/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero).*

<sup>30</sup> Así aparece expresamente en el artículo 1503 del CC Colombiano que establece la que denomina *presunción de capacidad*.

En el caso de los incapaces, el derecho a recibir la información –con el correlativo deber de información por parte del médico- recae en cabeza de sus representantes legales, quienes serán los llamados a tomar la decisión que corresponda sobre el cuerpo de su representado.

#### 2.3.3.1.2. Información a los representantes y secreto profesional

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, el que los representantes van a disponer de la integridad de su representado, consideramos que los mismos tienen el derecho a conocer la información que sea necesaria para poder tomar la decisión que en su criterio sea la adecuada.

Aquí surge un inconveniente que debemos aclarar. ¿Debe el médico revelar a los terceros la misma información que le brindaría en el caso concreto al paciente? La situación se torna problemática por el deber que recae sobre el médico de preservar el secreto profesional. En efecto, es obligación del galeno no revelar aquellas informaciones a las que haya accedido con ocasión de la relación con su paciente y que deban permanecer en secreto. Dicho deber –en nuestro criterio- incluye a los familiares del paciente.<sup>32</sup>

Encontramos en este supuesto un claro ejemplo de contradicción de derechos. De una parte, el deber del médico de informar a los representantes del paciente para que estos puedan tomar la decisión que corresponda partiendo de la existencia de un consentimiento informado, y de la otra, el derecho que le asiste al paciente a que no se revelen aquellos detalles que por la relación de confianza que tiene con el galeno le ha confiado a éste.

Ejemplificando la situación, tenemos que un menor de edad ha adquirido una enfermedad de transmisión sexual, por lo que es necesario realizarle un tratamiento determinado. El médico, quien conoce al menor por ser amigo personal de la familia, ha tenido conocimiento de la vida sexual del paciente. ¿Debe el profesional de la salud informar a los representantes sobre ello?

Consideramos que la información que el médico debe suministrar a los representantes legales es aquella que sea estrictamente necesaria para que estos puedan tener una noción clara del cuadro clínico que presenta su representado, así como las opciones de tratamiento disponibles para curarlo y los efectos de la intervención sobre el paciente. Cualquier información que exceda lo anterior, constituye, a nuestro juicio, una infracción al deber que tiene todo médico de preservar el secreto profesional y será responsable frente al paciente por los perjuicios que, con la revelación del mismo, le pudiere ocasionar.

#### 2.3.3.1.3 Alcances de la representación

En este acápite del presente escrito, analizamos si los representantes legales del incapaz pueden consentir cualquier tipo de procedimiento sobre su representado o si por el contrario, necesitan de la aquiescencia del mismo en determinados eventos.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> “En principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico a los hijos, incluso a veces contra la voluntad de éstos. Sin embargo ello no quiere decir que los padres puedan tomar a nombre de su hijo cualquier decisión médica por cuanto el niño no es propiedad de los padres sino él ya es una libertad y la autonomía en desarrollo que tiene entonces protección constitucional”. (C. Const. S. Plena, Sent. T-1004, sep. 25/96).

<sup>32</sup> La doctrina nacional entiende que no hay vulneración al deber de mantener el secreto profesional cuando el médico informa a los familiares del paciente para que puedan colaborarle en su tratamiento, partiendo del hecho que en muchos eventos, serán ellos mismos los encargados de suministrarle determinados medicamentos en aras de su mejoría. Cfr. JARAMILLO, Ignacio. Ob. Cit. P. 261.

<sup>33</sup> Algún sector de la doctrina entiende que cuando el menor cuente con condiciones suficientes de madurez y que por ende, pueda entender la naturaleza del procedimiento que se le realizará así como as consecuencias

Para el caso colombiano, la Corte Constitucional ha sostenido que en determinados eventos, teniendo en cuenta la naturaleza de la intervención y las connotaciones físicas y psíquicas que la misma puede tener es necesario informarle al menor y solicitarle su consentimiento.

Así, si bien es cierto es requisito para la validez del consentimiento y por ende del acto jurídico el contar con la aquiescencia de los representantes legales, en todo caso debe respetarse la autonomía ética del paciente y por lo tanto contar con su consentimiento, en aquellos eventos en los que<sup>34</sup>:

El paciente cuente con una madurez suficiente que le permita entender su situación particular, el tratamiento al que se le va a someter, así como las consecuencias del mismo y,

En aquellas situaciones en las que se trate de intervenciones que afecten su autonomía ética o que tengan serias consecuencias sobre su identidad debe contarse con el asentimiento del paciente aún si el mismo es incapaz.

En todo caso, la doctrina entiende que en los siguientes supuestos es necesario contar con la voluntad del afectado aún cuando el mismo no sea legalmente capaz.

Casos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.<sup>35</sup>

Tratamientos que el médico considere indispensables, caso en el cual se niega toda eficacia a la decisión de no prestar consentimiento.

Sin embargo, ello no excluye el que debe asistir la voluntad de sus representantes, pues de lo contrario el acto jurídico estaría afectado de nulidad.

#### 2.3.4. Las urgencias

La legislación colombiana ha definido la urgencia en el artículo 3º del Decreto 3380 de 1981 como “todo tipo de afección que pongan en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.

Como se mencionó anteriormente,<sup>36</sup> las urgencias constituyen un evento en el cual el profesional de la salud puede intervenir sobre la humanidad del paciente sin que sea necesario contar con el asentimiento del mismo o de sus representantes legales. Ello se justifica en tanto que se entiende que frente a este tipo de situaciones excepcionales, primero, se está obrando en beneficio del paciente que por su estado delicado de salud no pudo ser informado y no pudo asentir en el

---

del mismo, debe obtenerse su consentimiento. Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Civitas, Madrid, 2001. P. 78. Citado por JARAMILLO, Ignacio. Ob. Cit. P. 233.

<sup>34</sup> En varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha señalado que la decisión de terceros que obran en nombre de un menor no es absoluta. Así, sostuvo que : “Sin embargo ello no quiere decir que los padres puedan tomar a nombre de su hijo cualquier decisión médica por cuanto el niño no es propiedad de los padres sino él ya es una libertad y la autonomía en desarrollo que tiene entonces protección constitucional”. (C. Const. S. Plena, Sent. T-1004, sep. 25/96). Igualmente, afirmó: “Ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres si no que él ya es una libertad y autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.” (C. Const., Sent. T-477/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>35</sup> Sobre este punto, ver el artículo 155 del Código Penal Español de 1995.

<sup>36</sup> Vid. Supra. 2.3.3.

procedimiento, y en segundo lugar, se trata de una situación que requiere de manera perentoria la intervención del médico.<sup>37</sup>

Realizada la intervención, si fuere necesario realizar algún tipo de terapia postratamiento, el médico debe obtener la aquiescencia del paciente para poderla llevar a cabo.

### 2.3.5. Efectos

Si el profesional de la salud informa correctamente al paciente sobre los puntos necesarios y éste a su vez manifiesta su consentimiento a la intervención que se realizará sobre su integridad, no habrá responsabilidad del médico por el procedimiento que se realice.

Existen algunas dificultades prácticas a la hora de probar el cumplimiento del deber de información por parte del médico, así como la existencia del consentimiento y su alcance, por lo que es aconsejable que de todo esto se lleve registro en la historia clínica del paciente.

## 3. ACTIVIDAD MÉDICA Y DERECHO PENAL

El ejercicio de la actividad médica constituye un pilar fundamental para el disfrute de la vida en comunidad. Si el derecho es el mecanismo llamado a proteger las expectativas de la sociedad mediante la protección de su identidad normativa, es claro que se encuentra legitimada la intervención del derecho represor en esta área del conocimiento.<sup>38</sup>

Sin embargo, en determinados eventos la situación presenta complejidades que deben ser analizadas por separado, lo cual procedemos a realizar a continuación.

### 3.1. La problemática del ejercicio de la actividad médica en el Derecho Penal

En primer lugar, si decimos que la vida y la integridad personal constituyen un bien jurídicamente tutelado por la ley penal, y que el fin de la medicina es la preservación de las mismas, tenemos que necesariamente, en este punto, habrán eventos en los que determinados comportamientos que se desarrollen dentro de esta ciencia, se encuentren en la órbita de lo prohibido por la ley criminal.

Para el caso de la Ley penal colombiana, encontramos que se protege la vida en las siguientes fases<sup>39</sup>:

- a. En su etapa de formación mediante la punición del aborto (art. 124), aborto sin consentimiento (art. 125), lesiones al feto tanto en su modalidad dolosa (art. 125) como en

---

<sup>37</sup> “Si bien el estado de debilidad de los músculos de la matriz era evidente al momento de la cesárea, al punto que hacían peligrar la vida de la paciente en un embarazo futuro, ello no hacía inminente que se debiera practicar una tubectomía bilateral, pues se requería el consentimiento previo de la paciente. El médico sólo está autorizado a operar sin consentimiento sólo cuando en casos de extrema urgencia estos tratamientos se requieren para salvar la vida del paciente”. (C.E., Sec. Tercera. Sent. jun. 8/93. M.P. Julio César Uribe Acosta).

<sup>38</sup> Remitimos al lector en torno al problema de la necesidad del Derecho Penal a nuestro escrito *La legitimidad del derecho penal*. Universidad del Rosario. Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, en imprenta.

<sup>39</sup> ROXIN. *La protección de la vida humana mediante el derecho penal*. En *Revista Iter Criminis* número 5, segunda época. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003. P. 21 y ss.

su modalidad imprudente (art. 126), la manipulación genética (art. 132), la repetibilidad de seres humanos (art. 133), la fecundación y tráfico de embriones humanos (art. 134).

- b. Formada la vida, se protege contra conductas que atentan contra la misma directamente como el homicidio en sus diversas modalidades de imputación subjetiva, esto es, doloso, imprudente y preterintencional (arts. 103, 109 y 105 respectivamente), por piedad (art. 106), según el sujeto pasivo del mismo la ley nacional establece eventos de punición atenuada, como sucede con la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 108) o punición agravada como el homicidio en persona protegida (art. 135).
- c. Por último, la vida se protege contra conductas que la ponen en peligro, v.gr. lesiones personales (arts. 111 y ss.), inducción al suicidio (art. 107), abandono de menores (arts. 127 y 128), y el injusto de omisión de socorro (art. 131).

En segundo lugar, en determinados eventos la ley penal reprime comportamientos relacionados con la actividad médica en cuanto tal.

Lo primero que debemos mencionar, es que dentro de la legislación colombiana no se reprime el evento en que un sujeto se hace pasar por médico y ejerce la medicina sin estar cualificado para ello.

Se trata de una conducta que en primer término, cuenta con un inmenso potencial nocivo, pues las personas del común confían en el falso galeno el cuidado de su integridad personal, por lo que si estos impostores realizan algún tipo de procedimiento sobre los desprevenidos pacientes, la posibilidad de que se cometa un daño son inmensas.

Pero en segunda instancia, gracias a tradiciones ancestrales, nuestro país cuenta con toda una gama de sobanderos, parteras, brujos, hechiceros, curanderos y demás, a los que acude la comunidad, depositando en ellos su salud sin que estos cuenten con los conocimientos ni las instalaciones hospitalarias adecuados, poniendo con ello en peligro la integridad de su ingenua clientela.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que se reprima de manera severa el ejercicio ilegal de la profesión médica para poner fin a tan nociva, y a pesar de ello, reiterada, conducta.

La ley penal, como lo mencionamos anteriormente, reprime determinadas conductas relacionadas con la actividad médica como sucede con la protección especial de que gozan las misiones médicas en desarrollo de conflictos armados mediante la punición del delito de obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, (art. 153), el suministro o formulación ilegal (art. 379) y el suministro o formulación ilegal a deportistas (art. 380).

Así entonces, surgen problemas en aquellos eventos en que el facultativo interviene sobre el paciente y como consecuencia de ello se producen resultados que, a la luz de la ley penal, son considerados delictivos.

Ejemplo de ello, es el evento en que el médico realiza una intervención quirúrgica, como consecuencia de la cual queda una cicatriz permanente en el rostro del paciente, caso en el cual, estamos frente a unas lesiones personales. Igual sucede cuando como consecuencia de un procedimiento es necesario realizar una amputación al paciente, caso en el cual estamos frente a pérdida anatómica de miembro, sancionada por el artículo 116 del Código Penal Colombiano con prisión de 6 a 10 años aumentada en una tercera parte (inc. 2º).

La doctrina se divide a la hora de encontrar la respuesta a por qué eventos como los mencionados anteriormente, no se debe sancionar al profesional de la salud. Encontramos entonces, tres posibles soluciones al problema.

- a. Para algunos, la solución la proporciona la institución del riesgo permitido como excluyente del tipo objetivo.
- b. Otros consideran que la solución está en la antijuridicidad pero discrepan en cuanto a la institución que posibilita la inexistencia de sanción.
  1. Así, un sector considera que la solución la brinda la institución del legítimo ejercicio de un derecho subjetivo.
  2. Por último, otros excluyen la responsabilidad por la vía del consentimiento del sujeto pasivo como causal de exclusión del injusto.

Otra situación distinta se da en los supuestos en que el médico realiza intervenciones sobre el paciente sin contar con el consentimiento de éste siendo procedente obtenerlo, evento en el cual estamos frente a un delito contra la autonomía personal, que, eventualmente, puede ser exonerado por la vía del estado de necesidad.

### **3.2. Punición de resultados típicos atentatorios contra la salud personal obtenidos en el ejercicio de la actividad médica**

#### *3.2.1. El riesgo permitido*

Las sociedades modernas se caracterizan por cuanto permiten que los individuos coloquen en peligro determinados bienes jurídicos, mediante la creación de situaciones riesgosas para los mismos. Lo anterior en cuanto es necesario la permisión de los mismos para permitir el avance de la sociedad, pues no podría concebirse –en términos actuales- la idea de progreso sin actividades como el tráfico aéreo y automotor, el empleo de máquinas, entre otras actividades en las cuales se tolera la creación de un riesgo para un bien jurídico, en aras de facilitar la vida social.

Es por ello que el legislador no reprime el que se lleven a cabo dichos comportamientos, sino que los regula intentando con ello evitar la producción de resultados lesivos para intereses jurídicamente tutelados. Cuando el sujeto obra dentro del marco fijado por el legislador y crea un resultado lesivo para un bien jurídico, no es procedente imputarle la conducta, dado que se trata de un acto tolerado por el ordenamiento jurídico. Esta institución, recibe el nombre de riesgo permitido y excluye la imputación objetiva de la conducta a nivel del tipo de injusto.<sup>40</sup>

Una de las fuentes del riesgo permitido es la *lex artis* entendida como las pautas de conducta que va generando el ejercicio de las profesiones,<sup>41</sup> por lo que en el caso de la medicina, cuando el facultativo obra cumpliendo con las pautas de la misma, no es procedente imputarle un resultado lesivo que se cause para un bien jurídico.

Así, a título de ejemplo, y compaginando con el acápite segundo del presente escrito, en aquellos eventos en que se trate de una urgencia,<sup>42</sup> en la que le es lícito al médico prescindir de obtener el consentimiento del paciente, y sea necesario –avalado además por los conocimientos científicos y

---

<sup>40</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, DC, 1996. P. 102 y ss. JAKOBS, Günther. *Imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, DC, 1996. P. 37 y ss.

<sup>41</sup> LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Ob. Cit. P. 114.

<sup>42</sup> Vid. *Infra*. 2.3.4.

la *lex artis*- practicar una amputación, no podrá reprochársele el delito contemplado en el artículo 116.2 del Código Penal Colombiano.

### 3.2.2. Consentimiento del sujeto pasivo

El Nuevo Código Penal Colombiano recogió de la jurisprudencia nacional el considerar el consentimiento de la víctima como excluyente de responsabilidad. En vigencia del Código Penal anterior, doctrina y jurisprudencia entendían que esta causal anulaba el carácter antijurídico del comportamiento y la consideraron como una causal supralegal de justificación.

El consentimiento del sujeto pasivo en determinados eventos se erige como causal de atipicidad de la conducta, en tanto que lo que se sanciona es precisamente el obrar en contra de la voluntad del sujeto pasivo, como sucede en los delitos de constreñimiento ilegal (art. 182), inseminación artificial o transferencia de óvulo no fecundado (art. 187), entre otros.

En otras situaciones, la falta de consentimiento, si bien no es presupuesto para la punibilidad de la conducta, si excluye la sanción penal de la misma. En estos eventos, interesantes discusiones doctrinales se suscitan en primer lugar, sobre la naturaleza de esta causal de exclusión del injusto, y, en segundo lugar, sobre su ubicación dentro de la estructura del delito.

En cuanto a lo primero, la doctrina mayoritaria justifica el consentimiento como causal excluyente de sanción penal en la tesis de la renuncia a la protección penal.<sup>43</sup> En lo tocante con la ubicación del consentimiento dentro de la estructura del delito, se discute si excluye la tipicidad o la antijuridicidad, siendo ésta última la posición mayoritariamente aceptada.<sup>44</sup>

Para algunos autores, el hecho de que el paciente exprese su consentimiento a la intervención explica por qué estas lesiones escapan a las redes de lo penal. En aquellos eventos en los que el paciente no pueda dar su consentimiento, teniendo en cuenta que por regla general la intervención le beneficiará, hablan de un consentimiento presunto para sortear este escollo.<sup>45 46</sup>

Referirse al consentimiento del sujeto pasivo para explicar la impunidad de las lesiones que se ocasionan como consecuencia de la intervención del galeno cuenta -a nuestro juicio- con dos dificultades. En primer lugar, arroja al intérprete a la discusión sobre la disponibilidad del bien jurídico y en segundo lugar, conduce a afirmar la tipicidad de la conducta.

Sobre lo primero, no hay unanimidad en la doctrina. Algunos autores sostienen que estamos frente a un bien jurídico disponible, por lo que esta causal sería procedente.<sup>47</sup> Por el contrario, otros autores niegan que estemos frente a un interés jurídico del cual pueda su titular disponer.<sup>48</sup> Por

---

<sup>43</sup> JESCHECK, Hans -Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. P. 516

<sup>44</sup> *Ibíd.* P. 512.

<sup>45</sup> ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Derecho Penal*. P. 244. JESCHECK por su parte, habla de consentimiento presunto como causal de justificación en estos eventos. *Ob. Cit.* P. 525.

<sup>46</sup> Según GÓMEZ MÉNDEZ esta es la solución que al respecto proporciona el Código Penal Alemán. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, DC, 1996. P. 332.

<sup>47</sup> Categórico, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Estudios sobre el delito de lesiones*. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá, 1994. P. 80.

<sup>48</sup> GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Ob. Cit.* P. 332. Sin que estemos de acuerdo con la postura en virtud de la cual la exclusión de responsabilidad se hace en tanto que la conducta no es antijurídica por la vía del

último, otros autores otorgan una validez limitada al consentimiento cuando se trate de lesiones sobre el propio cuerpo.<sup>49</sup>

La exclusión de punibilidad por ausencia de antijuridicidad derivada del consentimiento de la víctima es el argumento empleado por la Jurisprudencia internacional en estos eventos.<sup>50</sup>

### 3.2.3. *Legítimo ejercicio de un derecho subjetivo*

Esta es la posición de Alfonso REYES ECHANDÍA,<sup>51</sup> quien busca descartar la hipótesis anteriormente referenciada, para lo que acude a aquellos eventos en los que el médico interviene sin el consentimiento del paciente, como sucede en las urgencias, en el cual la conducta sigue siendo impune, por lo que encuentra la solución en la institución del legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, pues hay una conducta lícita del galeno quien se encuentra legítimamente ejerciendo una profesión lícita, reconocida por el ordenamiento.

El problema que presenta esta postura radica en que acepta que la conducta es típica, en tanto que la exclusión de responsabilidad la encuentra en la categoría de la antijuridicidad<sup>52</sup>. Consideramos que la conducta de entrada debe considerarse atípica,<sup>53</sup> por vía de exclusión de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

### 3.2.4. *Toma de postura*

Hemos visto como el consentimiento del paciente constituye el presupuesto para que el médico pueda intervenir, pues de lo contrario estará contrariando la *lex artis* y podrá incurrir en responsabilidad por los daños que cause. Así entonces, cuando el facultativo de la salud interviene con el asentimiento del paciente, está obrando dentro del riesgo permitido, por lo que consideramos que la solución adecuada es la primera, es decir, sostener que se trata de un evento en que no es posible imputar el resultado lesivo para el bien jurídico y que, por ende, la solución debe darse a nivel de tipo objetivo.<sup>54 55</sup>

En este caso, el consentimiento opera como excluyente del tipo objetivo al ser presupuesto para la intervención médica, por lo que, a nuestro juicio, si bien el consentimiento usualmente desvirtúa la antijuridicidad de la conducta, en este evento obrará como excluyente del tipo objetivo al ser

---

consentimiento del sujeto pasivo, si consideramos que estamos frente a un bien jurídico del cual puede disponer la persona, como lo pone de presente el carácter de querellable del delito de lesiones personales de conformidad con el Código de Procedimiento Penal.

<sup>49</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. P. 517. Se limita en tanto que no será procedente cuando se trate de una lesión contraria a las buenas costumbres de importante entidad.

<sup>50</sup> JESCHECK, Ob. Cit. p. 519. RIGHI, Esteban. *La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente*.

<sup>51</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La antijuridicidad*. Ed. Temis. P. 292.

<sup>52</sup> En igual sentido, GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Ob. Cit. P. 332.

<sup>53</sup> En igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. p. 134.

<sup>54</sup> JESCHECK. Ob. Cit. p. 519.

<sup>55</sup> "...la doctrina dominante niega desde hace tiempo que la intervención curativa practicada con arreglo a la *lex artis* constituya una lesión típica, aunque el estado de salud del paciente haya empeorado como consecuencia de la misma." JESCHECK. Ob. Cit. p. 519.

presupuesto para que se pueda intervenir el cuerpo del paciente por parte del profesional de la salud.

El consentimiento lo otorga el paciente en relación con una intervención determinada, por lo que si el médico abusa del mismo y entiende que se le está concediendo una patente de corzo y se excede, estará incurriendo en un riesgo jurídicamente desaprobado<sup>56</sup>. La aquiescencia del paciente se realiza antes de la intervención, y en todo caso, puede ser revocada, decisión que debe ser respetada por el profesional de la salud.<sup>57</sup>

Una solución como la que planteamos, permite entender que las lesiones ocasionadas por el médico que obra dentro del riesgo permitido, escapan por completo las redes del derecho penal, lo cual no es posible si asumimos que estamos frente a una causal de justificación, pues en tal caso, tendríamos que afirmar que la conducta es típica.

El médico obrará dentro del riesgo permitido en aquellos eventos en que proporcione al paciente toda la información necesaria para que este pueda entender su situación y las posibilidades de solución que sean más recomendables según la experiencia histórica de la ciencia, y a su vez obtenga de éste su consentimiento, expresado de una manera tal que no deje duda sobre la intención de someterse al tratamiento.<sup>58 59</sup>

### **3.3. Supuestos de error sobre la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo**

¿Qué sucede si el médico considera que se encuentra frente a una situación de urgencia, por lo que en su entender puede prescindir del consentimiento del paciente, cuando en realidad no lo está?

¿Qué sucede si el médico considera que ha obtenido el consentimiento del paciente cuando en realidad este último no se encontraba lo suficientemente informado, o cuando el facultativo presume que cuenta con la aquiescencia del paciente cuando ello no sucede en la realidad?

Nótese como en los supuestos anteriormente relatados, el galeno yerra sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación lo cual tiene una consecuencia dentro de la teoría del delito. En efecto, si asumimos la teoría de los elementos negativos del tipo, tendremos que absolver en el evento en que el error sea invencible y condenar por el delito remanente culposo cuando se trate de un error vencible, postura asumida por el Código Penal Colombiano en su artículo 32.

Por el contrario, si asumimos una postura de corte finalista tendremos que, si el error es invencible, habrá que absolver, mientras que si es vencible, será procedente la condena por dolo atenuado.

---

<sup>56</sup> Cfr. Nota 27.

<sup>57</sup> RIGHI. *La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente*.

<sup>58</sup> Acogemos así la denominada *Teoría limitada de la declaración de voluntad* según la cual el consentimiento debe manifestarse al exterior sin que se requiera que la manifestación resulte acorde con las reglas que rigen los negocios jurídicos. RIGHI, Esteban. *La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente*.

<sup>59</sup> La doctrina señala como requisitos del consentimiento la exigencia de libertad en su emisión, sin coacciones de ninguna clase y con perfecta conciencia del alcance de la decisión. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ ARROYO ZAPATERO/ SERRANO PIEDECASAS/ GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Praxis., 1999. P. 239