T-559-95

11

Sentencia No. T-559/95

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

Debe existir previo consentimiento del paciente para al tratamiento que se le señale. El Juez de tutela no puede suplir ese consentimiento, ni tomar partido a favor o en contra de una tesis médica, es el propio galeno quien, conjuntamente con el paciente, determinarán el camino a tomar. No le corresponde al juez de tutela indicar que haya cambio de médico, salvo que el no cambio signifique vulneración de un derecho fundamental.

IMPUGNACION FALLO DE TUTELA-Efecto

Lo que no puede es otorgar el recurso en el efecto suspensivo, porque la orden debe cumplirse sin demora, fija un término de 48 horas, luego el Juez no puede suspender la ejecución de la orden.

Ref.: Expediente Nº 82613

Peticionario: Jairo Vega Vega

Procedencia: Juzgado 65 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

Tema: Consentimiento informado del paciente.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá , D.C., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela radicada bajo el Nº 82613, interpuesta por Jairo Vega Vega.

ANTECEDENTES

1. Solicitud.

El cabo primero Jairo Vega Vega, mediante escrito de 8 de agosto de 1995 acude a los Juzgados Penales del Circuito de Santafé de Bogotá y relata los contratiempos sufridos por un tiro que recibió en una rodilla a consecuencia del servicio y los inconvenientes que ha tenido en el Hospital Militar Central. Dice: entre otras cosas:

"El 28 de Febrero que asistí a la cita del presente año, donde el doctor EDGAR AFANADOR me informó que tenía dos opciones:

-Amputarme la pierna, o sea quitarme parte de la rodilla hacia abajo.

-Dejarme la pierna recta sin ningún movimiento, sino únicamente la cadera y me dió plazo de dos meses para que yo lo pensara con mi familia.

Yo realmente no estoy de acuerdo con ninguna de estas dos opciones.

Lo que yo quiero es que me hagan la operación y me dejen mi pierna funcionando, yo como he tenido citas cada mes y en cada cita que me dan me miran la pierna sin darme ninguna solución, me mandan a tomar radiografías y me dicen que regrese el mes siguiente, luego regreso al siguiente a la próxima cita y me dicen lo mismo que lo anterior; debido a la negligencia del Hospital Militar, la pierna se me está secando por no hacerme la operación a su debido tiempo."

No precisa que instaura tutela, no reseña violación a derechos fundamentales, pero insiste en

“que me ayude a solucionar mi problema ante el Estado”.

Repartida la solicitud al Juzgado 65 Penal del Circuito, este despacho, el 10 de agosto de 1995 profirió un auto citando a Jairo Vega el 15 de agosto de este año “con la finalidad de concretar si con su escrito pretende instaurar queja ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares o acción de tutela.”

No acudió a la cita, pero hay una constancia de que por teléfono aclaró que “instauraba acción de tutela”.

Posteriormente remitió un FAX (el 23 de agosto) y un escrito personal, diciendo que se trata de una acción de tutela y que pide un segundo dictamen médico y que se liquide el valor de la incapacidad y de los viáticos.

2. Pruebas.

Se efectúo una diligencia de inspección judicial en el Hospital Central Militar que sólo aportó esta información: que la historia clínica se abrió el 18 de noviembre de 1992 y se le practicó una intervención quirúrgica. Se adicionó con fotocopias de la historia clínica (no completa).

3. Decisión de Primera Instancia

La Juez 65 Penal del Circuito, el 24 de agosto de 1995, tuteló el derecho a la vida de Jairo Vega Vega y ordenó que en 48 horas, el Hospital Militar Central, disponga de los mecanismos necesarios para que se brinde la atención médica requerida al accionante, realizando las valoraciones de rigor, resolviéndole su situación en el Departamento de ortopedia, de manera definitiva y actualizándose la historia clínica.

4. Impugnación.

El 28 de agosto de 1995 fue notificado el Director del hospital y el 29, el apoderado del Instituto de Salud de las fuerzas militares interpuso reposición y en subsidio apelación con base en estas apreciaciones:

“1. Que el paciente desde su arribo al Hospital Militar Central, recibió permanentemente atención médico-asistencial y quirúrgica del caso clínico realizado por el Señor Doctor EDGAR

AFANADOR ACUÑA, especialista en Ortopedia y Médico tratante del paciente.

2. Es oportuno aclarar que al paciente se le indicó que debería traer examenes de laboratorio y no los presentó para el 31 de marzo de 1995, colocándose él mismo en situación de retardo para la valoración médica y tratamiento y tan solamente los vino a presentar el 07 de abril de 1993, lo que motivó la formulación de medicamentos que se hubiese podido hacer 8 días antes si hubiese cumplido con las indicaciones médicas.

3. Es de anotar que durante 1994, no se encuentra ningún registro médico, al parecer el paciente no asistió a consulta y controles, lo que permite que por su Despacho se requiera al Demandante para que presente el carnet de citas para verificar si las pidió y las cumplió o nó.

4. El paciente y Demandante hizo caer en error al Hospital Militar Central, al no haber informado sobre la existencia de su historia clínica, al recibir nuevo carnet y quedarse callado al respecto, lo que motivó la elaboración de 2 historias clínicas y aparente desorden en sus registros.

5. En relación a la amputación, es preciso aclarar que el Señor Doctor AFANADOR en ningún momento como él lo ratifica en su informe clínico le refirió o manifestó al paciente y demandante la posibilidad de amputación.

6. En relación al inciso 3º, folio 4 de la Sentencia, se aclara conforme lo cita el Especialista, que al paciente se le hizo el tratamiento médico sin omitir conducta clínica al respecto, anotando que su evolución era de tiempo y no esperar un resultado inmediato.

7. Acompaño el informe clínico expedido por el Señor Doctor EDGAR AFANADOR ACUÑA, Especialista en Ortopedia, donde describe el caso en forma detallada, permanente y sistemática de la atención médica asistencial y quirúrgica de donde se concluye:

1. Un acertado manejo clínico.

2. Experiencia y pericia del especialista para manejar el caso clínico.

3. Atención oportuna y eficaz.

4. RESULTADOS ALTAMENTE SATISFACTORIOS.

Consecuentemente con lo anotado y aportado, le solicito comedidamente Reponer la Sentencia, aclarándole que siempre el Hospital Militar Central ha estado, está y estará listo desde ya para atender al paciente JAIRO VEGA VEGA y cualquier otro paciente y en el caso concreto éste puede hacerse para continuar con su tratamiento y rehabilitación; la parte Resolutiva de la Providencia recurrida se recibe como una Sanción Moral a sabiendas que a este paciente hay que atenderlo por prescripción médica como a cualquier otro paciente. De no resolverse favorablemente el Recurso sería un desestímulo para el Especialista y para la Institución."

5. Posición del médico que trató a Jairo Vega.

Después del fallo de primera instancia, el médico Edgar Afanador Acuña, hace en resumen de la historia clínica de Jairo Vega Vega y en lo que tiene que ver con los hechos de esta tutela anota:

"El 28 de febrero de 1995, el paciente solicitó un nuevo carnet de citas, por lo cual le asignaron una nueva historia clínica, no habiendo advertido que ya tenía número antiguo. Así fue que le abrieron otra historia clínica con el número 485230, la cual logramos encontrar revisando el sistema de archivo de Bioestadística.

En esta historia clínica se registra una consulta el 15 de marzo de 1995, consultando por aumento del dolor en la rodilla. No fístula activa. Se solicitan RX. de control y cuadro hemático + velocidad de sedimentación y cultivo, se cita en 2 semanas con los resultados y con los RX antiguos para definir conducta terapéutica.

Regresó el 29 de marzo de 1995, se le propone cirugía de Artrodesis de Rodilla izquierda, debido a que presenta Artrosis de rodilla por secuelas de fractura intra-articular con minuta de fémur y platillo tibial externo por herida en arma de fuego. Se le explica en qué consiste la cirugía.

Durante el tiempo de tratamiento el paciente ha recibido atención integral, múltiples cirugías, antibióticos y fisioterapia durante tiempo prolongado, buscando obtener consolidación de las fracturas, las cuales fueron de pronóstico delicado desde el comienzo de

la lesión, mejorar la osteoporosis ósea por el desuso, mantener las fuerzas muscular y de acuerdo a la evolución resolver el tratamiento definitivo.

Por tratarse de un paciente joven, artrosis de rodilla por secuelas de fractura intra-articular severa, episodios de infección recurrente, gran daño de tejidos blandos por la lesión inicial, lo más aconsejable es realizarle artrodesis de la rodilla (fusión de la articulación). en ninguna parte está consignado se le haya propuesto amputación. En la última cita del 29 de marzo de 1995, se le recomendó regresar en dos meses para programar cirugía de acuerdo a su autorización y se le indicó viniera con algún familiar."

6. Sentencia de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 13 de septiembre de 1995, profirió sentencia revocando la del a-quo porque:

"Es indudable que la tecnología moderna y los profesionales de las diversas especialidades médicas son hoy más conscientes de que la promoción, recuperación y conservación de la salud son las razones éticas de la medicina y cualquier acción que la contraríe, riñe abiertamente con ella. Por lo mismo el paciente debe respetar la autonomía del médico y no pedirle cosas que contradigan los parámetros normales de su conciencia o de sus convicciones. pero igualmente el médico debe estar dispuesto a escuchar al paciente, sus familiares y las opiniones de sus colegas, porque solo así podrá contar con todo el aspecto fáctico del caso y establecer el adecuado equilibrio entre los derechos del paciente y los principios éticos, en aras de no dejarle duda respecto a la intervención quirúrgica ha que lo va a someter.

En el caso sub-lite, como ya se anotó, el concepto científico y única solución posible del médico tratante de Jairo Vega es la de que debe someterse a la cirugía de artrodosis de rodilla, a quien ya se le explicó en que consiste; dentro de este concepto, una de las mayores responsabilidades profesionales es proteger el bienestar del paciente y minimizar los riesgos globales a sus terapias y como en este evento, Jairo Vega, solicita una evaluación científica, pero "por galeno" que desvirtúe o confirme el diagnóstico sobre la lesión que lo aqueja, estima la Sala, que el Hospital Militar Central, si lo considera pertinente y sus reglamentos internos lo permiten, someta a una nueva evaluación, por otro galeno o junta de médicos, a JAIRO VEGA que le resuelva o despeje las inquietudes y dudas que este tiene. De lo contrario,

explicarle con claridad, las supuestas consecuencias que le puede acarrear la no oportuna intervención quirúrgica que requiere.

Es claro entonces que el Hospital Militar Central, no le ha negado al petente el derecho a la salud, ni tampoco ha habido desconocimiento de sus derechos dentro de las actuales posibilidades concretas del Estado Colombiano, ya que Jairo Vega, fue atendido y lo está siendo, de manera adecuada y oportuna por los médicos del citado centro Hospitalario, y por lo mismo no se le ha vulnerado ningún derecho, imponiéndose la revocatoria del fallo impugnado. Empero para los efectos de lo dicho en forma precedente envíese copia del fallo a las partes para que proceden de conformidad".

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

7. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

8. El consentimiento informado del paciente.

Como la sentencia de segunda instancia parte del concepto equivocado de que tratándose de enfermedades y su curación el autónomo para decidir es el médico y no el paciente, se declara que ya esta Sala de Revisión precisó sobre este tema que debe existir previo consentimiento del paciente para al tratamiento que se le señale:

"Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION 1 es una prestación de servicios2 que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional "paternalista" del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como cualidades primarias las inseparables del cuerpo (entre ellos la "figura") diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el "consentimient eclaire" o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMUN (bon sens) propio de Locke.

El proceso volitivo

En esta situación especial entran en juego todos los elementos del proceso volitivo, el móvil determinante del servicio requerido y hay que tener en cuenta también las situaciones que enturbian o excluyen el consentimiento.

Aunque el tema del consentimiento en la relación médico-paciente había sido especialmente estudiada por los tratadistas de Derecho penal, ahora habrá que darle una dimensión constitucional, porque están de por medio derechos fundamentales.

En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa POLICITACION. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el policitante recibe la aceptación del policitado puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo TEORIA DE LA INFORMACION).

Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer que el consentimiento era irrelevante y el médico debería intervenir aún con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber del socorro. Este criterio fue revisado a fondo y hoy se acepta que en todo caso debe haber aceptación del paciente.

En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no esta viciado. Jean Penneau dice que solo el consentimiento del enfermo permite la actuación del médico3.

El consentimiento informado

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 el 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 solo 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 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 U.S.A. y de ´consentement eclairé´ 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"4

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.

La urgencia en el tratamiento

En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

En nuestra normatividad, el artículo 3 del Decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la Ley 23 del mismo año) establece:

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

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo “integridad de la persona”, esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean.”

En el presente asunto la cita jurisprudencia viene al caso, o sea, debe haber consentimiento informado del paciente. El Juez de tutela no puede suplir ese consentimiento, ni tomar partido a favor o en contra de una tesis médica, es el propio galeno quien, conjuntamente con el paciente, determinarán el camino a tomar.

Está demostrado que el hospital militar central sí ha atendido a Vega, luego no hay violación de derecho fundamental alguno. Si el paciente no está conforme con un diagnóstico no se puede, ni tiene sentido, que por sentencia de tutela se ordene que otros médicos den informe diferente.

Ahora algo sobre las peticiones: inicialmente no se sabía si Vega había instaurado tutela o se trataba de una queja. Aclarado como fue lo primero, el solicitante pide por una parte el pago de una indemnización y unos viáticos, lo cual no es susceptible de ordenarse porque no se ve que el NO pago conlleve un perjuicio irremediable mientras el juez competente tramitaría el

proceso contencioso correspondiente, y, por otra parte, pide que otro médico lo examine, pero, esta orden tendría que razonablemente estar justificada y, según la prueba que obra en el expediente, el Hospital Militar Central SI le ha dado a Vega el tratamiento médico requerido, NO es cierto que se le haya anunciado la amputación de una pierna, por el contrario se le informa de otra solución, es el mismo paciente quien la aceptará o no y esto no le corresponde definirlo al juez de tutela, como tampoco indicar que haya cambio de médico, salvo que el no cambio signifique vulneración de un derecho fundamental y ello no acontece en este caso.

9. Aspectos procedimentales.

No escapa a esta Sala que en el presente expediente se han cometido irregularidades, pero no dan lugar a nulidad. Por ejemplo:

a- La solicitud inicial no indica que se trata de tutela. La aclaración se hace por FAX y por memorial extemporáneo.

b- No se impugna sino que se habla de “reposición y en subsidio apelación”.

c- Se concede el recurso de “apelación” en el efecto “suspensivo”.

Esto merece algunos explicaciones:

Es indudable que la solicitud de tutela no debe confundirse con una simple queja. Si surge confusión, el Juez debe ordenar que se aclare y fijar término para ello. Como no se fijó término para esa aclaración y no se puede proferir sentencia inhibitoria, tendrá que, dada la informalidad de la tutela la aclaración puede hacerse por fax, lo importante es que el Juez razonablemente no dude de la verosimilitud de tal mensaje. En el presente caso, al no fijarse término para la aclaración, se entiende que la respuesta llegada por FAX es válida, así hubieren pasado los 3 días de que habla el decreto 2591/91.

En cuanto a la impugnación, no hay palabras sacramentales, luego la expresión: “reposición y en subsidio apelación” debe entenderse como discrepancia con lo fallado y por lo tanto interposición de la impugnación.

Lo que no puede hacerse por el Juez de primera instancia es otorgar el recurso en el efecto

suspensivo, porque el artículo 27 del decreto 2591/91 determina que la orden debe cumplirse sin demora, fija un término de 48 horas, luego el Juez no puede suspender la ejecución de la orden.

Con el fin de prevenir esta equivocación por parte de otros funcionarios, es importante orientar e instruir a los Jueces en tal sentido, para lo cual se solicitará la colaboración del Defensor del Pueblo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandamiento de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la decisión de Segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá por las razones expuestas en el presente fallo y, por lo tanto, no conceder la tutela impetrada.

SEGUNDO: El Juez de primera instancia hará las notificaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese copia de este fallo al Defensor del Pueblo a fin de que, dentro de sus funciones, desarrolle la labor de información para que los jueces no cometan la equivocación de conceder la impugnación en el efecto suspensivo, cuando se trata de fallos en la acción de tutela.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La Corte Constitucional, ha entendido por CURACION no solo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de la misma.

2Para el profesor José Alejandro Bonivento, “Los Principales Contratos Civiles”, pág 448, esta forma de prestación de servicios profesionales está colocado dentro de lo estatuido en el artículo 2144 C.C. y es mandato.

3 JEAN PENNEAU, la responsabilidad medicale, p. 68.

4 Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario. ANTONIO PEDREIRA ANDRADE. Conferencia.