

**IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO QUE SE OTORGA PARA LA
AUTORIZACIÓN DE LOS TRATAMIENTOS ODONTOLÓGICOS**

ANGÉLICA MARÍA GÓMEZ GÓMEZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTNADER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
MAESTRIA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
II COHORTE
BUCARAMANGA
2012**

**IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO QUE SE OTORGA PARA LA
AUTORIZACIÓN DE LOS TRATAMIENTOS ODONTOLÓGICOS**

ANGÉLICA MARÍA GÓMEZ GÓMEZ

**Proyecto de grado presentado como requisito para optar al título de
Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

DIRECTOR

HECTOR ELIAS HERNÁNDEZ VELASCO

COORDIRECTORA

MIREYA INES VELANDIA ULLOA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTNADER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
MAESTRIA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
II COHORTE
BUCARAMANGA
2012**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. IMPORTANCIA, DESARROLLO Y APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL EJERCICIO DE LA ODONTOLOGÍA	13
2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN COLOMBIA.	26
2.1. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DESARROLLADO POR AUTORES QUE SE RECONOCEN COMO LOS MÁXIMOS APORTES AL DERECHO DE LA MEDICINA	29
3. ALGORITMO PARA ANALIZAR EL EVENTO ADVERSO	37
4. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	45
4.1. LA VOLUNTAD	45
4.2. CONSENTIMIENTO LIBRE DE VICIOS, SEGÚN LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1502 DEL CÓDIGO CIVIL	46
4.3. INFORMACIÓN	61
4.4. DOCUMENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.	63
5. CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	68
6. AUTONOMIA PRIVADA	74
7. ACTO O NEGOCIO JURÍDICO COMO PARTE DE LA ATENCIÓN ODONTOLÓGICA	82

7.1. TEORÍA DEL OBJETO JURÍDICO CONCRETO.	91
7.2. TEORÍA DEL OBJETO JURÍDICO GENÉRICO.	92
7.3. TEORÍA DEL OBJETO FIN PRÁCTICO.	92
8. COMPONENTE HERMENÉUTICO DE LA INVESTIGACIÓN	114
9. COMPONENTE JURISPRUDENCIAL	117
10. CONCLUSIONES	123
11. BIBLIOGRAFIA	126
WEBGRAFIA	129
ANEXOS	131

RESUMEN

TITULO: IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO QUE SE OTORGA PARA LA AUTORIZACIÓN DE LOS TRATAMIENTOS ODONTOLÓGICOS*

AUTORA: ANGÉLICA MARÍA GÓMEZ GÓMEZ**

PALABRAS CLAVES: Consentimiento, informado, autonomía, voluntad, Acuerdo y Contrato

La presente investigación tiene como fin, recalcar en el profesional de la odontología, la importancia del consentimiento informado como parte de su consulta, más allá de un documento pre-impreso, o unas líneas que manifiesten que se recibió la información por parte del profesional, toda vez que, la realidad objetiva es la realización de ciertos tratamientos, sin la obtención de la autorización para su ejecución y más cuando se producen daños. A partir de la jurisprudencia se puede fundamentar como regla general, que sin el consentimiento, no se puede intervenir al paciente. Lo anterior con las presunciones legales tenemos en el desarrollo jurisprudencial en virtud del principio de dignidad y autonomía que establece que toda persona tiene derecho a tomar decisiones que le afecten. Respeto a la dignidad humana, igualmente, se busca resaltarla importancia del principio de la autonomía de la voluntad, visto como un valor intrínseco del hombre. Que es el que prima. Así mismo, la profesión de la odontología se considera como una profesión liberal, por lo que se recomienda que se haga un contrato de prestación de servicios para pactar las obligaciones pecuniarias por escrito, en el documento legal creado para estos fines y así lograr el pago. Así mismo, la profesión de la odontología se considera como una profesión liberal, por lo que se recomienda que se haga un contrato de prestación de servicios para pactar las obligaciones pecuniarias por escrito, en el documento legal creado para estos fines y así lograr el pago.

* Proyecto de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Políticas, Maestría en Hermenéutica jurídica y derecho. Director: Hector Elías Hernandez Velasco Codirector: Mireya Velandia Ulloa

ABSTRACT

TITLE: IMPORTANCE OF THE CONSENT THAT IS GIVEN FOR THE AUTHORIZATION OF DENTAL TREATMENTS*

AUTHOR: ANGÉLICA MARÍA GÓMEZ GÓMEZ**

KEYWORDS: Consent, informed, autonomy, will, agreement and contract

The present research aims, stress in professional dentistry, the importance of informed consent as part of your query, beyond a pre-printed document, or a few lines that express that it was received by the professional information, that objective reality is the realization of certain treatments, without obtaining the authorization for execution and more when damage occurs. From the case-law you can substantiate as a general rule, that without consent, can not intervene the patient. The above with the legal presumptions have developing jurisprudence under the principle of dignity and autonomy which establishes that everyone has the right to make decisions concerning him. Respect for human dignity, also seeks to highlight its importance of the principle of the autonomy of the will, seen as an intrinsic value of the man. That is the raw material. Likewise, the profession of dentistry is regarded as a liberal profession, so it is recommended to make a contract for the provision of services to agree the pecuniary obligations in writing, in the legal document created for these purposes and thus achieve the payment. Likewise, the profession of dentistry is regarded as a liberal profession, so it is recommended to make a contract for the provision of services to agree the pecuniary obligations in writing, in the legal document created for these purposes and thus achieve the payment.

* Proyecto de grado

** Faculty of human sciences, school of law and political science, master's degree in law and legal hermeneutics. Director: Hector Elias Hernandez Velasco Codirector: Mireya Velandia Ulloa

INTRODUCCIÓN

Esta propuesta se puede ubicar dentro de la responsabilidad médica, que hoy día ha tenido un desarrollo amplio por los nuevos procedimientos que se están presentando tanto en el ámbito médico como odontológico y que es de gran importancia sobre todo para el gremio de la odontología por su poco desarrollo a nivel doctrinal.

Actualmente encontramos una vasta literatura sobre la responsabilidad médica, mas no sobre la responsabilidad que enfrenta el odontólogo, y que aunque las dos actividades pertenecen a la salud del hombre, la odontología es específica porque se encarga del diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades del aparato estomatognático, es decir, se especializa en un área determinada del cuerpo, además, que los tratamientos, riesgos y consecuencias son exclusivos para la cavidad oral con efectos inherentes a él, aunque en el área de la medicina la especialidad de la otorrinolaringología se encarga también de este aparato, no laboran sobre las enfermedades odontológicas como tal, que es lo que se pretende con este trabajo.

La Constitución Política de Colombia, enmarca los derechos y garantías que tiene el ciudadano frente a las acciones del estado, de los particulares y de las entidades tanto públicas como privadas. Es así como enmarca el derecho a recibir una información veraz e imparcial, por lo que se puede trasladar al tema que estamos tratando como aquel derecho que tiene el paciente de recibir toda información relevante sobre el tratamiento a recibir, que lo induzcan a tomar una decisión libre del tema, además que la Constitución protege el derecho y libertad de conciencia, por lo que el paciente tiene derecho a escoger el profesional del que sienta confianza para que le realice el tratamiento y a su vez, escoger el

tratamiento de su conveniencia teniendo en cuenta tanto el tema económico, gustos en cuanto a estética y el que mayores beneficios en cuanto a dolencias y riesgos que se le puedan presentar.

Siendo evidente su importancia tanto en el desarrollo de la profesión como en la protección de los derechos y garantías que concede la Constitución a todo ciudadano, por lo que si estamos frente a una persona incapaz, se le traslada la responsabilidad de escoger a su representante legal o tutor. Debido a esto es importante observar si los formatos pre-impresos que hoy día son de gran uso por parte de los profesionales de la odontología cumplen con los requisitos que la ley y la constitución exigen para la observancia de los derechos, deberes, obligaciones y garantías que este documento representa al momento de iniciarse un tratamiento odontológico.

Debido a lo anterior, es evidente que el consentimiento informado es un tema que si bien es importante para los odontólogos porque allí se encuentra la actividad que se comprometió a realizar al paciente, los profesionales no le han dado la importancia requerida y esto se ve cuando se inician las investigaciones ético-profesionales ante el Tribunal de Ética Odontológica de Santander, debido a que cuando se les solicita presentan un formato pre-impreso, que no contiene los datos necesarios para ubicarnos sobre lo que sabe el paciente en ese momento de su tratamiento y lo que le realizó el odontólogo.

Este proyecto contribuye a ahondar en un tema específico como es el consentimiento informado en la odontología, cruzándose así diferentes argumentos como es el ejercicio de una profesión y las repercusiones legales que esta trae; para crear conciencia en la importancia que este documento implica en la atención de un tratamiento odontológico por más simple que este sea, debido a que es la aceptación expresa del paciente de permitir que le realicen un trabajo

determinado, junto con las responsabilidades que esta conlleva y las obligaciones que adquiere el odontólogo por la comunicación que hace.

Es decir, en un tratamiento odontológico no solo está la obligación de realizar una buena historia clínica, sino también de hacer un buen consentimiento informado como respaldo de lo acordado con el paciente y así mismo un contrato de prestación de servicios profesionales donde se plasman unas condiciones económicas para la ejecución de una actividad.

El alcance a determinar es si cuando se hace el ejercicio del consentimiento informado observando todos los requisitos que este trae consigo, y se presenta un evento adverso en la ejecución del tratamiento, se puede hablar de mala *praxis* si con anterioridad se le ha explicado al paciente las complicaciones que se puede tener y pese a ello hay aceptación del tratamiento. Los aportes de carácter jurídico y hermenéutico que se pretenden son de vital importancia, puesto que así se esté ejerciendo una profesión diferente a la abogacía, existen implicaciones de carácter legal que no pueden ser desconocidas por los profesionales de la odontología.

Dada la importancia del consentimiento del paciente en virtud del principio de autonomía privada, respetándosele su decisión al momento de realizarse o no un tratamiento odontológico. Observando el consentimiento informado como un documento y requisito necesario de la consulta y tratamiento; el abordaje del tema es el analizar de igual forma las implicaciones jurídicas para garantizar al paciente el tratamiento pactado, los plazos de terminación y garantías, debiendo acudir a la historia clínica para ver cómo surgió, y cuáles fueron las bases que lo llevaron a pensar como documento necesario e integral dentro de la historia clínica.

Así mismo, se quiere destacar la importancia del consentimiento que recae en virtud de dos actos propios del paciente dentro del tratamiento odontológico, los

cuales son: el consentimiento informado como documento médico jurídico que conlleva el acto odontológico y dentro del negocio o acto jurídico, donde se señalan las obligaciones pecuniarias que debe tener en cuenta el paciente para la autorización del tratamiento, esto debido a que en odontología hay tratamientos considerados como estéticos que no los cubre nuestra seguridad social y por esta razón obligan al paciente a acudir a tratamientos privados; debido a que las obligaciones pecuniarias del tratamiento es una obligación de carácter eminentemente civil, estos documentos son considerados como anexos a la historia clínica los cuales deben ser elaborados independientemente de ésta, para dar una atención de calidad.

1. IMPORTANCIA, DESARROLLO Y APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL EJERCICIO DE LA ODONTOLOGÍA

Durante la evolución de la humanidad nos encontramos que la salud hace parte integral del hombre, es por esto, que la implementación de tratamientos para el mejoramiento de la calidad de vida es un asunto que ha trascendido en el tiempo y en su entorno se ha desarrollado el tema del consentimiento informado para las intervenciones médicas; aunque en el área de la odontología su avance ha sido reciente; por pertenecer un área importante de la salud, su estudio se hace para comprender el motivo por el que hoy se exige como requisito esencial de la intervención en la salud oral, debido al compromiso que existe entre el profesional de la odontología con el paciente.

Su importancia radica en que todo acto del ser humano en el que se afecte su disposición de bienes e intereses que aflijan su estado de salud, emocional y económico requiere del consentimiento, por todo esto opera esta figura en toda intervención, procedimientos y tratamientos odontológicos¹.

En la historia encontramos un soporte acerca de la evolución jurisprudencial que sobre el consentimiento informado se ha adelantado hasta hoy, para tomar conciencia sobre su importancia y que su exigencia, no es mero capricho del operador jurídico, sino que lo que se busca es resguardar los derechos y obligaciones que se generan de la relación odontólogo - paciente.

¹Dado que se compromete la salud oral del paciente, es necesario que el consentimiento informado, más allá de ser un requisito o un documento más para diligenciar en consulta, se tome como un acto de respeto a los derechos, libertades y garantías del paciente, como persona que se autodetermina y más aún por tratarse de actividades sobre el propio cuerpo.

Platón, reconoció la capacidad de autodeterminarse a algunos, situación que conllevaba que debía informárseles sobre la terapia que se les iba a realizar.

En la Grecia de Platón aún no se avizoraba el reconocimiento del derecho a la libertad inherente a todos los seres humanos. Sin embargo, sí se establecía una clara distinción entre los derechos de los hombres libres y los de los que se encontraban en estado de esclavitud. Los griegos estaban pues convencidos que uno de los derechos de los hombres libres era la autodeterminación, lo que les permitiría escoger y autorizar voluntariamente la ejecución de la terapia planteada por su médico tratante.²

La primera jurisprudencia que se conoce del tema data de 1767 “Slater vs Baker and Stapleton (Inglaterra) en que un paciente que había sufrido la fractura de una de sus piernas y había ido a cambiar su curación es sometido a una nueva fractura por considerar que no había soldado el hueso de manera apropiada. El fallo favoreció al demandante”³.

En su momento se sancionó la inobservancia del deber de cuidado, hoy día hablamos sobre la prestación de servicios de calidad, en el que se incluye desde la atención que se da acerca de la calidad humana, hasta la puesta en disposición del paciente de los conocimientos necesarios para atender sus dolencias y requerimientos⁴.

²CHUAIRE, Lilian y SÁNCHEZ, Magda Carolina. Platón y el consentimiento informado contemporáneo. Sitio Web <http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol38No3/html/v38n3a9.html> Consultado el 1 de Mayo de 2011.

³Aporte de la Dra. Edita Falco en su artículo “La desconocida historia de Mary Gamble”. Sitio web http://www.diariosalud.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=13793. Consultado el 2 de febrero de 2012.

⁴Se hace necesario observar que por la vanidad que hoy atraviesa el hombre, en la mayoría de ocasiones las visitas al odontólogo no se da por dolencias sino para el mejoramiento del aspecto físico y así aumentar su autoestima.

El tema trascendió y tomó fuerza e importancia en la segunda mitad del siglo XX, por tres decisiones judiciales de casos médicos que se presentaron en los Estados Unidos, los cuales le dieron relevancia a la autodeterminación que tiene el paciente frente a los tratamientos y procedimientos a realizarse. Ellos son:

Mohr vs. Williams (1905), el tribunal falló en favor de Anna Mohr, quien luego de autorizar la intervención quirúrgica en su oreja derecha, fue operada en la izquierda, sin importar que, en el curso de la operación el médico tratante hubiera determinado que la oreja izquierda se debía intervenir primero. La señora Mohr tuvo pérdida de su capacidad auditiva, lo que hizo que el tribunal no sólo condenara al doctor Williams por agresión, sino que además sentenciara que ningún médico podía violar la integridad corporal del paciente sin mediar su consentimiento, en virtud de que el principal y máximo derecho de todo individuo era el derecho sobre sí mismo⁵.

Con este fallo se comienza a dar relevancia al derecho que tiene el individuo de decidir lo que quiere para sí, es decir, que la disposición sobre los intereses personales del bienestar individual y sobre el cuerpo de cada ser es indiscutible, primando los conceptos de disposición personal y autorización que se otorga.

En el segundo caso, Pratt vs Davis (1906), el juez rechazó la pretensión del médico en el sentido que su paciente la señora Pratt, una vez bajo su cuidado, estaba tácitamente obligada a aceptar el procedimiento que él determinó aplicar, vale decir la extirpación del

⁵Aporte de la Dra. Edita Falco en su artículo “La desconocida historia de Mary Gamble”. Sitio web http://www.diariosalud.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=13793. Consultado el 2 de febrero de 2012.

útero, aunque no existía autorización expresa ni conocimiento por parte de la paciente. El doctor Davis fue condenado por agresión⁶.

Es inevitable observar que las decisiones del paciente se antepone a las consideraciones del profesional en salud, de allí radica la necesidad de dar a conocer al paciente su diagnóstico, pronóstico y plan de tratamiento, para que medie consenso sobre los diferentes procedimientos que según las condiciones personales y económicas se puedan plantear y así exista una autorización para su realización, evitándose así agredir al paciente por desconocerle los derechos personales sobre la disposición de sus propios intereses.

En el caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals* (1914), el juez falló en favor de una paciente que, aunque había autorizado una laparotomía exploratoria bajo anestesia y explícitamente rechazado la extirpación del tumor fibroso que tenía en el abdomen, fue operada sin su consentimiento por el médico tratante. En esta sentencia también quedaron plasmadas con claridad las ideas de Platón sobre el principio de autonomía, como justificación del consentimiento informado: «Todo ser humano en edad adulta y en su sano juicio tiene derecho a determinar lo que se debe hacer con su cuerpo. El cirujano que realice una operación sin el consentimiento del enfermo, comete una agresión por cuyos daños es responsable». Es este uno de los principios rectores del consentimiento informado que se cita con mayor frecuencia en la actualidad⁷.

Se estableció como elemento principal del consentimiento informado el principio de autonomía el cual se trató desde Platón, aunque ya en la época de la jurisprudencia aplicaba a todas las personas sin discriminación como se observó

⁶Ibidem.

⁷Ibid.

al inicio. Señalándose puntualmente que el ser humano tiene derecho a determinar lo que se va a hacer en su cuerpo, incluyéndose en esta disposición dos requisitos del consentimiento informado, el primero que solo se da sobre la edad adulta y el segundo que goce de sano juicio, es decir, que exista capacidad para tomar la decisión.

El problema jurídico de estos tres casos fue la falta del consentimiento del paciente al momento de realizársele la intervención, dejando como precedente que no sólo es primordial en la atención médica la buena práctica de los cánones científicos, sino que también es imperioso el consentimiento que otorga el paciente, debido a que no se le puede vulnerar su derecho a autodeterminarse.

Otro momento histórico por el que el consentimiento informado en el área de la salud tomó relevancia, fue al comienzo de la segunda guerra mundial, cuando los Alemanes tomaron a los prisioneros de guerra, civiles, judíos y personas consideradas como asóciales, para hacer sus experimentos médicos criminales, ordenados, aprobados, permitidos o sancionados por aquellos que ocupaban cargos de autoridad; a raíz de las masacres que se vivieron y el sometimiento de dichas personas, el 20 de agosto de 1947, se promulga el Código de Núremberg, que establece que toda prueba en humanos debe estar basada en principios básicos que satisfagan la moral, la ética y el derecho, encontrándose como primer principio:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos

aspectos para que pueda tomar una decisión consciente. Esto último requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto que va a ser sometido al experimento hay que explicarle la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se llevará a cabo, todos los inconvenientes y riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre su salud o persona que puedan derivarse de su participación en el experimento.

El deber y la responsabilidad de determinar la calidad del consentimiento recaen en la persona que inicia, dirige, o implica a otro en el experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada con impunidad a otra persona⁸.

Estos elementos hacen parte actualmente del consentimiento, donde prima la voluntad y se requiere que la persona que lo otorgue posea capacidad legal, además debe recaer sobre un objeto lícito para que no se vulneren derechos propios, causa lícita por lo que es necesario que sea practicado por un profesional de la odontología, y lo más importante, que el paciente comprenda sobre el tratamiento que se va a realizar mediante la información explícita, detallada y completa del procedimiento, los resultados, las consecuencias que puede acarrear por la falta de cuidado o discontinuidad en el tratamiento, las observaciones a tener en cuenta que hace el odontólogo.

El término como tal de *consentimiento informado*, aparece en 1957, donde se establece la información previa al consentimiento como requisito *sine qua non*,

⁸ ALEMANIA. Tribunal Internacional de Nuremberg. Código de Nuremberg. Primer principio. Sitio web: <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>, consultado el 1 de febrero de 2012.

para que el paciente ejerza su autonomía de la voluntad y tome la decisión de someterse a las intervenciones quirúrgicas.⁹

Caso Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees(1957); para encontrar reconocido expresamente con ese nombre el derecho al «informed consent». El paciente Martín Salgo, de 55 años, tenía arteriosclerosis y se sometió a una a ortografía diagnóstica. La intervención fue realizada con anestesia y con uso de contrastes. Al día siguiente, el paciente descubrió que sufría una parálisis reversible en sus miembros inferiores. Martin Salgo denunció al doctor por no haberle informado de los riesgoso posibles complicaciones de la intervención. El médico en su defensa alegó que si los pacientes fueran informados de todas las posibles complicaciones nunca consentirían a los tratamientos. El Tribunal no aceptó este razonamiento y estableció que el médico tiene la obligación de revelar suficientemente los posibles riesgos y complicaciones de la intervención y, en general, cualquier dato que permita al paciente formar un consentimiento racional. El derecho al «informed consent», concluyó el Tribunal, es necesario para que el paciente pueda tomar una decisión autónoma¹⁰.

Con este fallo se logró definir el consentimiento informado como un derecho del paciente, vinculándolos al principio de autonomía personal y al derecho de la libre determinación de las personas cuando se deben tomar decisiones médicas que afecten la salud¹¹, por lo cual es obligación del profesional de la salud dar a conocer en términos entendibles al paciente de los posibles efectos colaterales de

⁹SORIA TARODO, Salvador. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. Becario post-doctoral. Università degli Studi di Bologna. DS Vol. 14, Núm. 1, Enero - Junio 2006. P. 234.

¹⁰Ibíd. Pág. 234.

¹¹Ibíd. Pág. 234.

las intervenciones a realizar, junto con las opciones de otros tratamientos cuando existe esta circunstancia y es derecho del paciente consentir o no hacerlo.

La formación del concepto de consentimiento informado se desarrolló en tres etapas según el momento histórico, dentro de las cuales encontramos:

La primera, de 1780 a 1890, en la que los casos ponen de relieve la vigencia del paternalismo médico apoyado de la primacía del principio de beneficencia. Los médicos actuaban sin consentimiento del paciente o con consentimiento obtenido con engaños y, en ocasiones, incluso en contra de su voluntad; siendo responsables del daño producido por <<malpractice>> o negligencia profesional¹².

El juramento de Hipócrates atribuye a los médicos como deber principal el cuidado de la salud y el bien del paciente, de allí se deriva el principio de beneficencia, en el cual “afirman que el médico siempre y en cualquier circunstancia debe actuar en beneficio del paciente, sin poner atención en promover decisiones autónomas por parte de éste¹³”, situación que conlleva a que el profesional de la salud no tome en cuenta las opiniones del paciente, imponiendo sus conocimientos frente a las necesidades del paciente hasta el punto de engañarlo, sin concernirle la voluntad para el ejercicio de la actividad médica, por lo cual se desarrolló el concepto de negligencia responsabilizándolos de los daños que producían por la mala práctica, lo que se debe hacer es evitar agravar la situación al paciente y más cuando éste no ha sido el que autorizó hacer algo en su humanidad.

¹²Ibíd. Pág.230

¹³ AVALE, Aldana. El principio de beneficencia en la bioética. Tomado del sitio web: <http://aldana-avale.suite101.net/el-principio-de-beneficencia-en-la-bioetica-a18480>. Visitado el 16 de abril de 2012.

La segunda etapa de 1890 a 1920, está caracterizada por la progresiva importancia que adquieren tanto el consentimiento del paciente, como la información suficiente y de calidad que debe suministrar el médico. Las intervenciones del médico sin estas condiciones, dan lugar al delito de agresión <<battery>>, fundamentado en <<el derecho a la inviolabilidad de la persona>>¹⁴.

Se hace necesario suministrar información al paciente, para que decida si se realiza el tratamiento o no y además otorgue la autorización, tomando importancia el consentimiento por el respeto al derecho a la inviolabilidad de la persona, hasta el punto de considerarse delito la intervención sin la permisión del paciente; por lo que se considera que se opone a la naturaleza misma del consentimiento informado, donde las decisiones del paciente son las únicas que pueden poner en marcha el tratamiento.

La tercera etapa, de 1950 a 1972, se caracteriza por la existencia del derecho al consentimiento informado como derecho autónomo¹⁵;recogiendo lo mejor de las dos posiciones anteriores se enlaza con el reconocimiento de la autonomía como derecho del paciente, vertientes que desarrollaron el concepto de negligencia y la responsabilidad que surge como consecuencia de la mala práctica, el deber de suministrar una información clara, suficiente y de calidad, respetando la autonomía del paciente para dársele la calidad de derecho al consentimiento informado, entonces, se puede concluir que esta disposición es una obligación para el profesional y un derecho para el paciente.

¹⁴SORIA TARODO, Salvador. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. Becario post-doctoral. Università degli Studi di Bologna. DS Vol. 14, Núm. 1, Enero - Junio 2006. P.230

¹⁵Ibidem Pág. 230.

A partir de la jurisprudencia y la necesidad que se estaba evidenciando por la ausencia de normatividad puntual sobre el tema, en Estados Unidos se desarrolló doctrina significativa sobre la protección de los derechos de los pacientes:

- a. La carta de los derechos de los paciente de 1973, elaborada por el Consejo de Administración de la Asociación Americana de Hospitales (AHA), con base en la Primera Carta de Derechos de los Enfermos frente al sistema público o privado de la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales Norteamericano, en respuesta a las demandas formulados por la Organización de Consumidores NWRO.

Reconociéndose en ese momento:

1. El derecho a la información completa sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, alternativas y riesgos en términos que puedan ser razonablemente comprendidos a excepción del privilegio terapéutico.
2. El derecho a la libre elección de tratamiento, excepto en caso de emergencia¹⁶.

A pesar de ser un documento no legal, su importancia radica en que es fundamento para el desarrollo del tema en otros países.

- b. El Informe Belmont de 1974, fue el fruto de la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de la Biomedicina y la Investigación de la Conducta, dentro de sus principios básicos encontramos:

¹⁶SORIA TARODO, Salvador. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. Becario post-doctoral. Università degli Studi di Bologna. DS Vol. 14, Núm. 1, Enero - Junio 2006. P.246.

1. Principio del respeto a las personas: se desarrolló con las siguientes convicciones:
 - a. Los individuos deben ser tratados como agentes autónomos, entendiéndose como aquella persona capaz de deliberar sobre sus fines personales y adecuar su comportamiento a la dirección de su deliberación. El respeto a la autonomía es el valor que se le da a sus opiniones y elecciones, sin perjudicar a un tercero.
 - b. Las personas que tienen la autonomía disminuida deben ser objeto de protección.
2. Principio de beneficencia, son las obligaciones de no hacer daño y de maximizar los beneficios minimizando el daño.
3. Principio de justicia, equidad en la distribución de los beneficios¹⁷.

El informe frente al consentimiento informado señala que en la medida en que las personas tengan la oportunidad de elegir el tratamiento que quieren recibir se les debe respetar; agregándole tres elementos importantes: información, comprensión y voluntariedad. Naciendo per se obligaciones para el profesional y derechos al paciente.

- c. La <<*PatientSelf - DeterminationAct*>> Ley Federal acerca de la autodeterminación del paciente de 1990.

El 5 de noviembre de 1990, tras un intenso debate, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *PatientSelf - DeterminationAct*, que entró en vigor el 1 de

¹⁷Ibid. Pág.247.

diciembre de 1991. A diferencia de los textos anteriores, éste posee eficacia jurídica plena y extiende su ámbito de aplicación a todo el territorio de los Estados Unidos.

La *Patient Self-Determination Act* impone a todos los hospitales, casas de salud, hospicios, hogares de ancianos y centros e instituciones análogos que reciban ayuda estatal (medicare o medicaid), la exigencia de proporcionar, a todo paciente adulto que se encuentre en condiciones psíquicas adecuadas para expresar sus deseos, información escrita acerca de cuáles son sus derechos, en particular sobre su:

1. Derecho a adoptar decisiones propias sobre las cuestiones que conciernen a su salud.
2. Derecho a aceptar o rechazar cualquier tratamiento.
3. Derecho a elaborar directivas anticipadas el derecho a recibir información sobre la normativa federal y estatal que regula el ejercicio de estos derechos.

Por lo que se refiere a la obligación de suministrar información sobre las instrucciones anticipadas para cuidados médicos, la *Patient Self-Determination Act* exige:

1. Que se pregunte a cada paciente, en el momento de la admisión, si tiene directivas anticipadas.
2. Que se ofrezca, a aquellos paciente que no tengan instrucciones previas, información escrita sobre la posibilidad de establecer directivas anticipadas.

3. Que se proporcione al paciente el documento tipo de directrices anticipadas del que disponga el lugar¹⁸.

Con este documento tomó fuerza de ley lo considerado en la Carta de Derechos de los Pacientes y el Informe Belmont de 1974, otorgándole derechos a los pacientes y obligaciones a las personas que van a cuidar de la salud del adulto.

Vemos como históricamente se ha dado importancia al consentimiento, como derecho del paciente de informarse sobre el tratamiento que se le va a realizar, sus posibles consecuencias y contraindicaciones y así de esta forma tomar una decisión para autorizar o no su realización; y la obligación que se le impone al operador de salud en suministrar la información clara para que sea comprendida por el paciente; sin exagerar para evitar asustarlo sobre los riesgos que se puedan tener, ya que de ser así se impediría la realización de cualquier tratamiento, lo que se busca es que exista consciencia entre los riesgos que se van a asumir y los cuidados que posteriormente debe tener para conseguir el éxito en el tratamiento y por último que exista la voluntad para consentir el acto, así mismo al profesional se le impone la obligación de hacer un buen diagnóstico, pronóstico y ofrecer al paciente un plan de tratamiento, indicándole en forma clara en un lenguaje que sea entendible y acorde a las condiciones intelectuales del paciente para que comprenda los riesgos que puede asumir con el tratamiento.

Para ubicarnos en nuestro territorio nacional, es necesario hacer alusión a la historia de la odontología hasta llegar a Colombia.

¹⁸Ibid. Pág.247

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN COLOMBIA.

En el año 3000 a. C., los médicos egipcios realizaron los primeros procedimientos odontológicos al incrustar piedras preciosas en los dientes. Tres siglos después, en China, se utilizó la acupuntura para tratar el dolor asociado a la caries dental. En el 700 a. C., los etruscos y los fenicios utilizaban bandas y alambres de oro para la construcción de prótesis dentales. Los mayas empleaban incrustaciones de oro, piedras preciosas o minerales para la restauración de piezas dentales. Así la odontología trascendió en la historia. En Colombia, este oficio tomó interés en 1760, gracias a que José Celestino Mutis llegó a la Nueva Granada y proyectó un plan educativo que buscó potencializar el impulso de ciencias menores con la creación de colegios o academias de formación y la enseñanza pública en el Nuevo Reino; sin embargo, su plan se truncó desde los primeros años de la República hasta finales del siglo XIX¹⁹.

Las principales razones que atrasaron los avances científicos y tecnológicos en la Colonia fueron el aislamiento de la Península Ibérica del resto de Europa, que desligó la práctica dental en Colombia de la influencia de las corrientes europeas, y la política de privilegio intelectual y de formación científica, netamente militarista de restricción, bajo el mandato del General Pablo Morillo, Comandante de los Ejércitos Realistas. El médico del Rey, conocido como protomédico, era quien practicaba las extracciones dentales, aunque

¹⁹RODRIGUEZ SALGADO, Mayor Liliana Isabel. Salud oral su trascendencia para la historia de Colombia. Tomado de la página web: <http://www.revistaaeronautica.mil.co/?idcategoria=60189>, consultada el 1 de marzo de 2012.

legalmente este procedimiento sólo lo realizaban personas autorizadas. Los barberos, los herreros y los flebotomianos o sangradores¹, carentes de entrenamiento, se encargaban de la extracción dental, punción de abscesos, aplicación de cataplasmas, este último se trataba de un tratamiento tópico externo de consistencia blanda y húmeda que se aplicaba con varios efectos medicinales especialmente calmantes y antiinflamatorios en las encías con el objeto de tratar el dolor agudo, que desde esa época se llamaba odontalgia. Muchas veces se les calificaba con el apodo de “sacamuelas”, a quienes desarrollaban una práctica ambulante y viajaban por los pueblos con sus puestos de atención e incluso marchando con los ejércitos y asistiendo a los soldados. Fue un periodo de relativa estabilidad social, pero de estancamiento técnico para aquellos que ejercieron incipientemente la dentistería en los centros urbanos²⁰.

Para la extracción de piezas dentales empleaban diferentes herramientas y métodos, tales como, sujetar firmemente la muela con una correa o cuerda y ejercer tracción sobre ella o amarrar el diente a un objeto estático, estable y firme, de tal forma que cuando el paciente se alejaba bruscamente se lograba el procedimiento. Además, usaban cuchillos, trozos de madera, puntas de espada e incluso bastones a manera de cincel o elevador, y llaves inglesas o pinzas de garengeota a manera de fórceps. No se usaba anestesia, se consideraba un acto de valor permitir esto a sangre fría²¹.

Sus inicios como actividad profesional se dieron el 2 de enero de 1888 cuando el santandereano Guillermo Vargas Paredes, odontólogo de la Universidad de

²⁰Ibíd.

²¹Ibíd.

Filadelfia - Estados Unidos, quien fundó junto con sus colegas Alejandro Salcedo y Nicolás Rocha, el Colegio Dental de Bogotá, primera escuela de formación de profesionales dentistas. Desde la época y solo hasta principios del siglo XX, se vinculó a las mujeres en las escuelas dentales, iniciando la primera en Estados Unidos en 1854, ya en Colombia la primera mujer odontóloga se graduó de la facultad el 11 de noviembre de 1940²².

Para el tema que nos ocupa se hace necesario establecer, que la odontología en Colombia llegó a nuestro país bajo los parámetros norteamericanos, de ahí que las relaciones odontólogo paciente se desarrollen conforme a los modelos que en su momento observaron, dado que la sociedad de nuestro país es pluriétnica y multicultural, es que existe una brecha entre el profesional con su lenguaje técnico y el paciente que en muchos casos apenas sabe leer y escribir, es que se dificulta la comunicación, y lo que se trata es definitivamente que para la realización de un tratamiento odontológico en un principio se establezca una relación de confianza²³.

Es evidente que para que exista dicha relación de confianza, debe darse por parte del profesional un trato de cordialidad y respeto hacia el paciente, siendo necesario que desde un principio se establezcan canales de comunicación basados en la retroalimentación, para que el paciente sienta respaldo en las decisiones que debe tomar frente a los tratamientos a autorizar y además haya claridad sobre los resultados que se van a alcanzar, debido a que en la actualidad los pacientes acuden al odontólogo para mejorar no solo sus condiciones de salud, sino también su estética siguiendo parámetros de los modelos que se observan en revistas, televisión y diferentes medios gráficos; de allí que el odontólogo como orientador del tratamiento y profesional de la materia debe ser

²²MONTES CAMPUZANO, Victor Hugo. 120 años de la odontología en Colombia 1888 – 2008. Bogotá: Editorial soluciones integrales en publicidad E.U. P. 15.

²³ESCOBAR LOPEZ, María Teresa. Consentimiento informado en odontología y sus especialidades. Cali: Impreso en los talleres gráficos de Impresora Feriva S.A. 2009. P. 26.

franco con su paciente, para que las expectativas sean reales y se ajusten a las condiciones orales que se presenten como resultado del estudio estomatológico y de las ayudas diagnósticas, para indicarle los posibles tratamientos a realizar, recordando que en la mayoría de veces existe uno ideal, pero que por sus altos costos no siempre es la opción más escogida por los pacientes y uno alternativo que le preste garantías de mejoramiento a la salud oral.

2.1. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DESARROLLADO POR AUTORES QUE SE RECONOCEN COMO LOS MÁXIMOS APORTES AL DERECHO DE LA MEDICINA

El consentimiento informado como concepto se ha desarrollado, por médicos, odontólogos y estudiosos de la rama de la medicina, quienes tienen una experiencia en el manejo de dicho documento, además nuestras altas cortes han realizado el estudio jurídico sobre el tema. Así las cosas se tienen como definiciones:

El consentimiento informado es el instrumento médico – jurídico, por excelencia, mediante el cual al paciente se le informa detalladamente del estado de su salud, el pronóstico de su enfermedad, la calidad de vida que le va a quedar como consecuencia del tratamiento propuesto, el procedimiento o procedimientos a que va a ser sometido, la analgesia o anestesia que va a recibir o la imposibilidad de recibirlas.²⁴

Se observa como al acto médico y odontológico se le suma la responsabilidad de obtener el consentimiento informado como instrumento médico - jurídico, es decir, no solo basta con la puesta a disposición de los conocimientos científicos que

²⁴RODRÍGUEZ CORNEJO, Arnulfo. Fundamentos de Bioética. Bucaramanga: Publicaciones UNAB. 2009. Pág. 108.

posea el profesional, la información que se le suministre al paciente sobre los datos correspondientes a su calidad de vida que le permita tomar una decisión acerca si quiere o no acceder voluntariamente a un tratamiento determinado sino que a su vez, se requiere dejar una prueba de la obtención o no del permiso del acto odontológico como respaldo jurídico.

Es de recordar que los profesionales de la salud por su ejercicio están expuestos a investigaciones de tipo penal, civil y ético disciplinarias, existiendo la obligación para los operadores jurídicos y administrativos para el último caso, de observar lo ordenado en el artículo 29 de la Constitución Nacional "... Quien sea sindicado tiene derecho... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra²⁵", además de lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que dispone "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso²⁶", así las cosas, el consentimiento informado se vuelve un instrumento probatorio para el profesional, donde se demuestra que no solamente hubo explicación del tratamiento, sus cuidados y consecuencias sino que además existió aprobación para dar inicio, por lo que es su deber tenerlo presente como requisito para su consulta²⁷.

Se le suma que "el consentimiento informado, protege al médico sobre la responsabilidad que se le exija o se le impute por imprevisión, impericia o

²⁵COLOMBIA. Constitución Nacional. Artículo 29.

²⁶COLOMBIA. Código de Procedimiento Civil. Artículo 174.

²⁷En muchas ocasiones los pacientes son conscientes que hubo por medio una explicación del profesional, acerca del tratamiento, de los riesgos, de las consecuencias por la falta de cuidado, aunque la experiencia del Tribunal de Ética Odontológica de Santander, ha mostrado que este momento se le olvida al paciente cuando no quedo conforme con el tratamiento, porque sus expectativas iban más allá de los resultados o cuando se presenta diferencias al momento de cancelar las obligaciones monetarias, siendo este último caso ajeno a las investigaciones de carácter ético disciplinarias, debido a que allí se investiga es el cumplimiento de los cánones científicos del tratamiento y de los requisitos legales como que exista consentimiento informado e historia clínica.

desconocimiento de los posibles efectos colaterales²⁸”, nos encontramos frente a tres circunstancias que pueden afectar al paciente, pero dentro del ordenamiento jurídico que juzga el actuar del odontólogo colombiano, solo se extiende la protección a la imprevisión y al desconocimiento de posibles efectos colaterales, según lo dispuesto en la Ley 35 de 1989, artículo 20 “La responsabilidad del odontólogo por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto²⁹”, es decir, que no se le puede endilgar responsabilidad al profesional de la salud, porque son situaciones que son eventuales y no se consideran que se presenten como condiciones normales del tratamiento, así las cosas, durante la ejecución del procedimiento, al hacer la intervención se pueden encontrar variantes anatómicas o lesiones que no es posible observar al examen clínico o mediante las ayudas diagnósticas, encontrándonos frente a eventos adversos no previsibles³⁰ o a circunstancias que pueden llegar a cambiar las condiciones iniciales del tratamiento.

De lo anterior se colige que “el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables –ética y legalmente-, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen³¹”, estas situaciones por lo general le causan al paciente dolencias que no tenía contempladas, más allá de las propias del tratamiento, debiendo tener mayores cuidados, en algunos casos suspenderlo o tomar medicamentos que no estaban previstos inicialmente, pudiendo incrementar el costo, pero que son circunstancias ajenas al profesional siempre y cuando se muestre que hubo cuidado y calidad en la ejecución del tratamiento, observando los protocolos y

²⁸RODRÍGUEZ CORNEJO, Arnulfo. Fundamentos de Bioética. Bucaramanga: Publicaciones UNAB. 2009. Pág. 108.

²⁹ COLOMBIA. Ley 35 de 1989. Artículo 20.

³⁰Cuando se está irrigando con hipoclorito de sodio, el paciente puede presentar en sus encías pequeñas laceraciones que no son posibles detectar a simple vista y que produce complicaciones al paciente como dolor, ardor y enrojecimiento del área afectada teniendo como resultado una quemadura química.

³¹MALAYER PONCE, Moisés. Responsabilidad médica. Tomado de la página web: <http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>, visitada el 19 de abril de 2012.

cánones científicos, y que una vez presentado el evento le preste las condiciones de cuidado, le explique claramente la situación y los efectos que se podían causar, además de suministrarle los medicamentos necesarios, es decir, asumiendo una aptitud de apoyo para con su paciente, esto con el fin que no se sienta desprotegido o abandonado que son las causas por las que denuncian al profesional de la salud de mala práctica.

Es necesario precisar que no se puede exponer al paciente a riesgos injustificados que “son aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo³²”, es decir, que no se le puede agravar su situación de salud por desconocimiento o impericia del profesional al realizar el tratamiento, dado que la norma dispone que “el odontólogo no debe comprometerse a efectuar tratamientos para los cuales no esté plenamente capacitado³³”, si es cierto que el odontólogo general, es competente para realizar todo tipo de tratamiento por la preparación que recibió a lo largo de su carrera para obtener el título y que en Colombia, las únicas especialidades que se encuentran reglamentadas son la anestesiología³⁴ y la radiología³⁵; es su deber legal y moral para con el paciente no comprometerse a efectuar tratamientos que no contribuyan con el mejoramiento en la salud y la calidad de vida.

Para entender las razones de la exoneración del profesional frente a determinadas causas, se hace necesario estudiar el tema de evento adverso.

³² COLOMBIA. Decreto Reglamentario 491 de 1990 Artículo 7.

³³ COLOMBIA. Ley 35 de 1989. Artículo 15.

³⁴ La anestesiología según lo dispuesto en la Ley 6 de 1991, en su artículo 4 que reza: “Únicamente podrá ejercer como profesional de la anestesiología en el territorio nacional, aquel médico que haya realizado su entrenamiento en postrado en anestesiología en las facultades de medicina de los centros universitarios legalmente reconocidos por el Gobierno colombiano.”

³⁵ La radiología mediante la Ley 657 de 2001, en su artículo 4 que dispone: “*El médico especializado en radiología e imágenes diagnósticas es el autorizado para ejercer esta especialidad.*”

Eventos adversos son las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a esta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no-calidad.

Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales que potencialmente pueden incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas³⁶.

Lo que se observó nos conduce a afirmar que la obtención del consentimiento informado es necesaria para realizar un tratamiento en el área de la salud y más cuando se procede a hacer cambios a las situaciones estéticas y fisiológicas actuales del paciente, los que se entienden que no son de rutina, debido a que como se planteó anteriormente, al paciente se está sometiendo a condiciones nuevas que no tenía previstas como consecuencia de un tratamiento y mal se haría iniciar un tratamiento sin siquiera preguntarle si está de acuerdo o no en asumir las nuevas condiciones de cuidado, como es el cambio de hábitos de higiene hasta llegar a contemplar evitar ingerir algunos alimentos, aunque como lo señala la definición, son complicaciones o lesiones involuntarias y que además se presentan eventualmente, por lo que no siempre hacen parte de la información que se da al plantear el tratamiento, solo se le hace saber al paciente que pueden presentarse circunstancias ajenas al tratamiento o eventos adversos.

Así mismo, el evento adverso se puede clasificar en:

³⁶COLOMBIA. Resolución número 1446 del 8 de mayo de 2006. Anexo técnico. Pág. 78.

EVENTO ADVERSO NO EVITABLE: Lesión o daño no intencional causado por la intervención asistencial ejecutada sin error, no por la patología de base.

EVENTO ADVERSO EVITABLE: Lesión o daño no intencional causado por la intervención asistencial ejecutada con error, no por la patología de base³⁷.

Su diferencia esencial es la presencia del error, es decir, que no se observen los cánones científicos, no se sigan los lineamientos, protocolos y parámetros en la ejecución del procedimiento, entonces se puede afirmar que el evento adverso no evitable es cuando se presentan circunstancias ajenas a la voluntad del profesional y además que previo las situaciones posibles con su ejercicio de cuidado; mientras que el evitable, es aquel que se ejecuto sin tomar las medidas necesarias para prevenir el error, entendiéndose este como “Uso de plan equivocado para el logro de un resultado esperado o falla en completar una acción como estaba planeada. Las fallas se pueden cometer por error, acción, consciente o inconscientemente.³⁸” que se traduce en el daño o lesión que se le causa al paciente.

Cuando hablamos de error nos encontramos con la clasificación:

A. DE PLANEACIÓN:

El uso de un plan equivocado para el logro de un resultado esperado.

El error de planeación, por lo general se presenta cuando no se valoran adecuadamente las ayudas diagnósticas que se solicitan al paciente al iniciar,

³⁷LUENGAS AMAYA, Sergio. Seguridad del paciente: conceptos y análisis de eventos adversos. Página web: <http://www.cgh.org.co/imagenes/calidad1.pdf>. Consultada el 2 de febrero de 2012.

³⁸Ibidem.

para trazar su plan el tratamiento correspondiente o cuando no se contemplan anatomías propias del paciente.

B. DE EJECUCIÓN:

Falla en completar una acción como estaba planeada.

En ocasiones por no incrementar costos o generar dolores en el paciente, el odontólogo se abstiene de realizar procedimientos indicados en el plan inicial, logrando con esto que el tratamiento no cumpla con las expectativas del paciente y en algunos casos no lo beneficie.

C. POR ACCIÓN:

Es el resultante de “hacer lo que no había que hacer”.

La clase de error que se contempla por acción es común en tratamientos de ortodoncia, cuando se extraen dientes sin necesidad o se coloca implantes al paciente cuando éste no posee las condiciones anatómicas suficientes para realizar un tratamiento de estas características.

D. OMISIÓN:

Es el causado por “no hacer lo que había que hacer”³⁹.

Se habla cuando se omite o no se hace una acción necesaria para conseguir el éxito del tratamiento, como ejemplo podemos referirnos a las endodoncias cuando se irriga con hipoclorito y no se usa la aguja especial, sino una normal y al momento de realizar el procedimiento puede inyectarlo en la encía generando dolencias al paciente.

³⁹Ibíd.

De la literatura científica se puede inferir que el evento adverso, está integrado por los siguientes elementos:

1. DAÑO EN EL PACIENTE:

No hay evento sin daño.

Clases de daño:

A. GRAVE:

Sus secuelas son permanentes o se llega hasta la muerte.

B. LEVE:

Es temporal y no deja secuelas.

2. NO INTENCIONALIDAD:

Implica un daño no voluntario, ni intencional.

Los profesionales de la salud tienen la obligación primaria de dar servicios profesionales de calidad y en forma oportuna.

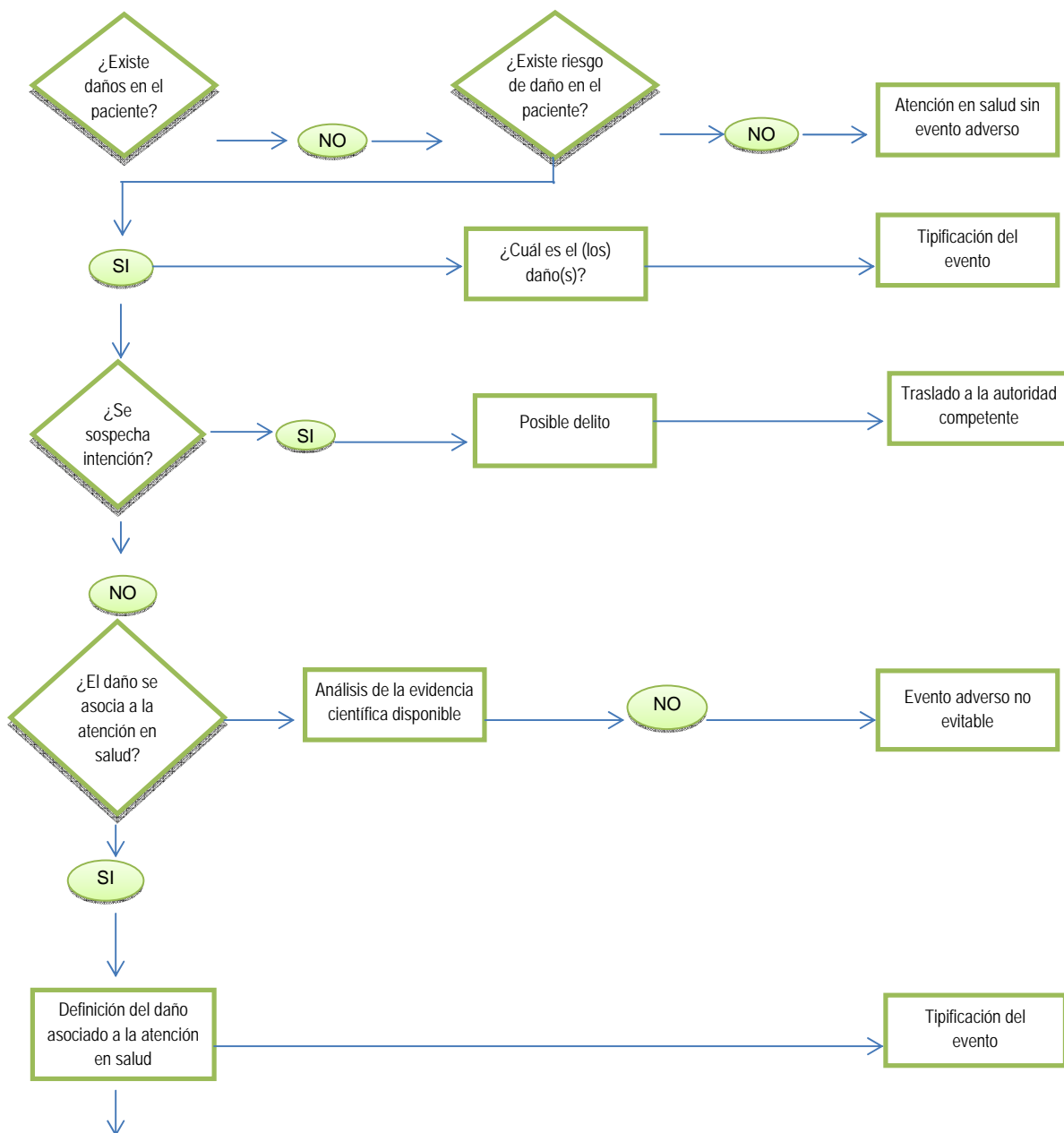
3. DAÑO CAUSADO POR LA ATENCIÓN EN SALUD:

Es el límite entre el daño y la patología de base.

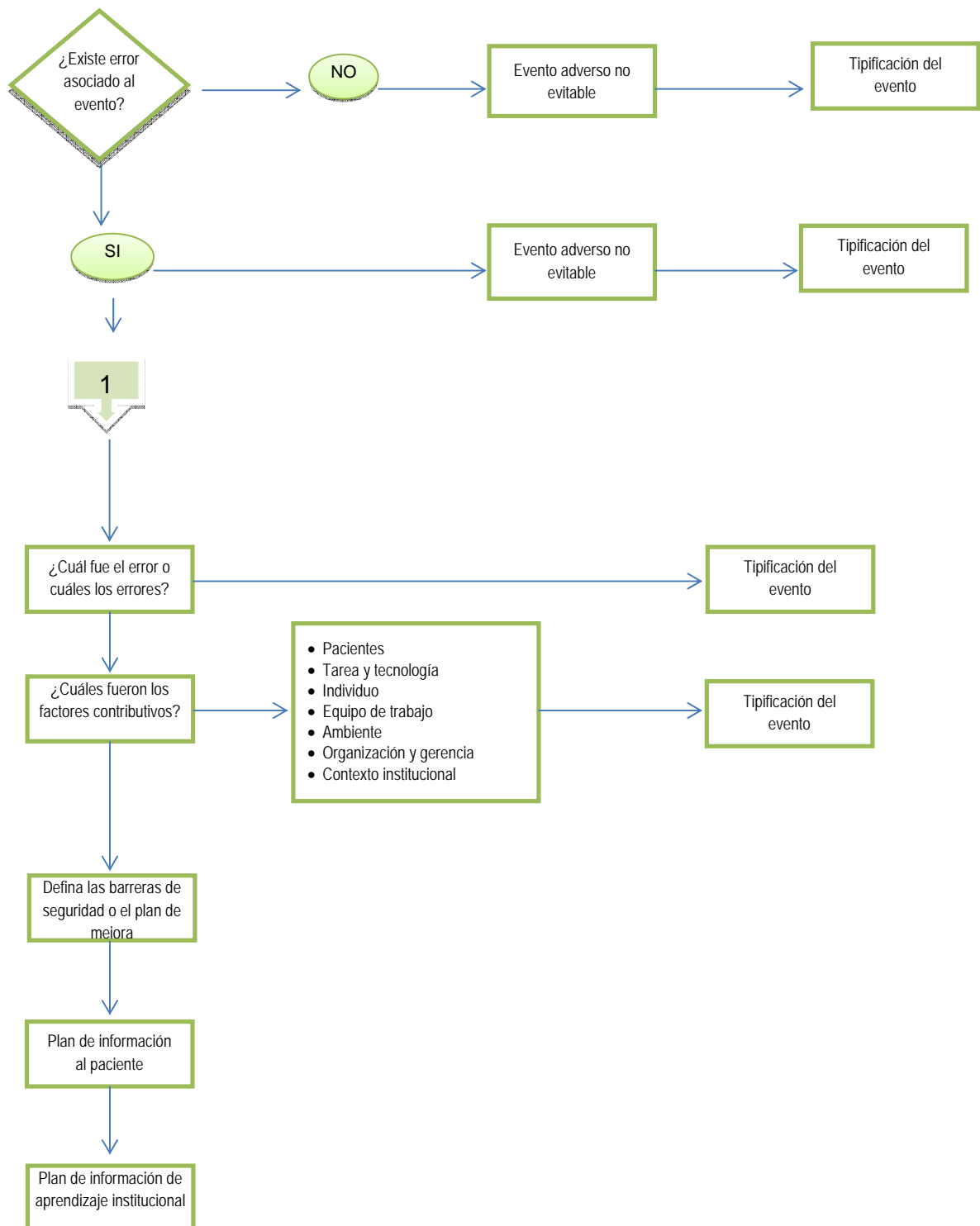
Falta de atención del evento adverso.

Dado que no hay evento adverso sin daño, para determinar si el profesional de la odontología se encuentra frente a un evento adverso, lo mejor es realizar el respectivo análisis mediante el algoritmo que se presenta.

3. ALGORITMO PARA ANALIZAR EL EVENTO ADVERSO⁴⁰



⁴⁰Ibíd.



Otra de las definiciones que nos encontramos sobre el consentimiento informado es:

Acto mediante el cual el paciente, o sus allegados responsables, aceptan voluntariamente el acto médico propuesto, teniendo como base una información veraz y oportuna, recibida del médico, acerca de la enfermedad, el diagnóstico, las opciones de tratamiento, los riesgos y los beneficios. La aceptación o rechazo del acto médico propuesto deberá constar en la historia clínica con la indicación del lugar, fecha, hora y firma de quienes intervengan⁴¹.

Su importancia recae en la disposición de intereses que recae en cabeza del paciente, y en el evento de no existir la capacidad legal para tomar la decisión se le concede el poder al responsable de ésta persona, los requisitos que exige esta definición es encontrarse frente a una información veraz y oportuna sobre la enfermedad, el diagnóstico, las opciones de tratamiento, riesgos y beneficios, es decir, que tiene el paciente, a que se enfrenta con el tratamiento y sin él, las opciones que sean acorde a sus condiciones tanto de salud oral como anatómicas, además de los cuidados que debe observar el paciente para la consecución de un tratamiento exitoso, señalando un punto muy importante y es que la información la debe suministrar el profesional que va a realizar el tratamiento y que se debe dejar constancia de la decisión, siendo oportuno resaltar que debe existir especificidad sobre el momento en que se otorgó el consentimiento para la realización o no del tratamiento.

Así mismo se observa los principios sobre los que se fundamenta la actividad médica:

⁴¹ESCOBAR LOPEZ, María Teresa. Consentimiento informado en odontología y sus especialidades. Cali: Impreso en los talleres gráficos de Impresora Feriva S.A. 2009. P. 28.

El ejercicio médico se basa en dos principios fundamentales: la capacidad del médico y el consentimiento idóneo del paciente. El consentimiento se define como la aceptación o rechazo de la acción médica por parte del paciente, luego de entender una información, considerar las alternativas más importantes y luego comunicar una decisión⁴².

Es de observar que los extremos de la relación que surge de un tratamiento odontológico, son por un lado el profesional el cual la ley lo considera como “El profesional odontólogo es un servidor de la sociedad y, por consiguiente, debe someterse a las exigencias que se derivan de la naturaleza y dignidad humana. De acuerdo con lo anterior, la atención al público exige como obligación primaria dar servicios profesionales de calidad y en forma oportuna⁴³”, es decir, que uno de sus deberes primarios es el respeto por los derechos del paciente, por lo que debe informar las alternativas de tratamiento y todo lo que éste conlleva, y por el otro el paciente que según definición es la “Persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica⁴⁴”, además es quien en últimas le asiste la obligación de autorizar o no la realización del tratamiento.

Para algunos el consentimiento informado es visto como, “el acuerdo de voluntades que se apoya, por un lado, en la información suministrada por el profesional de la salud y, por otro, en la decisión libre del paciente de aceptar o no lo que se propone como pauta de acción⁴⁵”, es de observar que para la situación jurídica que se define, el acuerdo de voluntades opera en la escogencia de un tratamiento acorde con las necesidades y condiciones del paciente, es decir, de

⁴²HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 3.

⁴³ COLOMBIA. Ley 35 de 1989. Artículo 1 literal b.

⁴⁴ Tomado de la página web: http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acto, visitada el 28 de abril de 2012.

⁴⁵HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 3.

una información previa que da el profesional, el paciente toma de la decisión que considere oportuna.

Debido a que la información que se suministra al paciente, es acorde a su nivel educativo y cultural, se debe considerar el ejercicio de la consecución del consentimiento como:

Un proceso gradual que se realiza en el seno de la relación médico paciente, en virtud del cual el sujeto competente recibe del personal de salud una información suficientemente comprensible que la capacita para participar voluntaria y activamente en las decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Agrega el consentimiento informado requiere de una decisión autónoma, entendida ésta como la capacidad de toda persona para expresar su proyecto de vida⁴⁶.

Lo que alienta esta definición es a forjar una relación estrecha entre el profesional y el paciente, basada en el principio de confianza, que debe existir a raíz de la información que se suministra y de la decisión que autónoma que se toma como parte de la expresión sobre su proyecto de vida, como se ha venido expresando, existen tratamientos que ayudan a mejorar la imagen del paciente hasta cambiar su aspecto físico, otros que imponen mayores cuidados y agregar rutinas que no se tenían previstas, por lo que es necesario ser consientes sobre el cambio que se va a afrontar.

Como se observa a lo largo de las definiciones el elemento principal del consentimiento informado es la explicación y la decisión que se toma, así lo observa:

⁴⁶Ibídem Pág. 3.

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos: consiste en la explicación a un paciente, atento y normalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser obtenida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente⁴⁷.

A dicha explicación se le agrega el elemento que sea comprensible y además que está encaminada a llevar al paciente a que tome una decisión de la cual en un futuro puede arrepentirse, debido a las situaciones que se puedan presentar en la ejecución del tratamiento.

Los máximos entes jurídicos a nivel jurisprudencial sobre el tema orientaron:

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-401/94, “el consentimiento en medicina es un contrato de prestación de servicios en el cual el paciente se obliga al médico por declaración de voluntad que lleva a las partes, en este caso médico y paciente, a aceptar determinados derechos y obligaciones. De modo que para que surja una relación de proyección jurídica entre el médico y el paciente, se requiere acuerdo de voluntades hacia la prestación de servicios⁴⁸”.

Para la corte constitucional, el consentimiento opera por el acuerdo de voluntades, además que lo hace ver como un contrato de prestación de servicios, donde el

⁴⁷Ibíd. Pág. 4.

⁴⁸Ibíd. Pág. 4.

objeto principal es la realización de un tratamiento, mediante la declaración de voluntad de las partes que en ella intervienen, de un lado la aceptación del profesional a realizar el tratamiento y de otro el paciente que lo autoriza, definición que para mi concepto no abarca la importancia plena del consentimiento informado, debido a que más allá de ser un contrato precedido por voluntades, es el respeto al principio de autonomía privada y la construcción de una relación de confianza.

Mientras para la Corte Suprema de Justicia de Colombia en Sentencia T-474/96, más allá de ser un contrato, el consentimiento informado lo considera como:

Dada la distancia científica que por lo general existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se puede exigir a aquel es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación, o tratamiento, o las secuelas que quedarán, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo que en tal forma 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 un dolor⁴⁹.

Pudiéndose afirmar, que es el acercamiento que existe entre el paciente y el profesional, para beneficio de la salud consistente en la construcción de una relación equilibrada entre la información, la forma como se da y la decisión que se toma, con el fin de superar la situación del paciente.

De estas definiciones podemos concluir que lo que se busca es que el profesional de la salud suministre una información oportuna sobre el acto a desarrollar,

⁴⁹RODRÍGUEZ CORNEJO, Arnulfo. Fundamentos de Bioética. Bucaramanga: Publicaciones UNAB. 2009. Pág. 110.

ofreciéndole al paciente opciones de tratamiento para que escoja la más acorde a sus condiciones y necesidades, además que se debe dejar constancia de esto y de la decisión que se tomó, así mismo debe registrar datos puntuales, como el lugar, la fecha, la hora y la firma de los que intervienen en el acto, condiciones de importancia para que conste como prueba a favor del profesional sobre el tratamiento que se le autorizó realizarle y por otro lado para que exista tranquilidad del paciente acerca del tratamiento y los resultados que persigue con éste.

4. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Dada la importancia del consentimiento informado, como se ha visto, es necesario hacer el estudio de los requisitos que lo rodean para que surja a la vida jurídica con el lleno de las formalidades legales que son *sine qua non* para su validez y que sin ellos se degeneraría en un acto impositivo del profesional de la salud, dentro de los cuales están:

1. La voluntad.
2. El consentimiento y que sea libre de vicios.
3. Información.
4. Documento del consentimiento informado.

4.1. LA VOLUNTAD

Entendiéndose como la capacidad que tiene el ser humano, para decidir lo que quiere en pro de su interés particular, acatando el sentido de “no hay poder que pueda obligar al ser que ejercita su voluntad a admitir o consentir lo contrario a su propio bien⁵⁰”, por esto para el ejercicio de la actividad odontológica, se requiere informar al paciente de un tratamiento ideal y de uno alternativo que se adapte a sus condiciones de salud oral, para que voluntariamente escoja el que considere acorde a sus necesidades, “la buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos

⁵⁰ ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. Pág. 23. Consultado en la página web: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>, el 1 de marzo de 2012.

propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma”⁵¹, en la actualidad la mayoría de tratamientos odontológicos se dan más por mejoramiento en la calidad de vida, que por dolencias imperando el querer del paciente, por este motivo el consentimiento que se debe otorgar para la práctica de la actividad médica es voluntario; para el caso de la odontología se debe asimilar, como que cada acto que el profesional vaya a realizar sobre un paciente, debe contar con su autorización, de lo contrario debe abstenerse a realizarlo.

4.2. CONSENTIMIENTO LIBRE DE VICIOS, SEGÚN LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1502 DEL CÓDIGO CIVIL

No solo basta con que se quiera realizar el tratamiento y se otorgue el consentimiento, además para dar la autorización y para que ésta sea válida se requiere que el paciente cumpla con los siguientes requisitos contemplados en el artículo 1502 de nuestro ordenamiento civil, que dispone:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- Que sea legalmente capaz.
- Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- Que recaiga sobre un objeto lícito.
- Que tenga una causa lícita⁵².

⁵¹KANT, Inmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, capítulo primero. Pág. 1, consultado en la página web: <http://www.bioetica.org/umsa/produccion/kant.pdf>, el 7 de enero de 2012

⁵²COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1502.

- Que sea legalmente capaz para tomar una decisión, definido como “la aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ejercerlos”⁵³, así las cosas es necesario que todo tratamiento odontológico lo autorice una persona que goce de capacidad legal, el artículo 1503 dispone sobre el tema “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”⁵⁴, siendo la excepción la incapacidad de una persona.

Frente al consentimiento como acto de autorizar una intervención odontológica la Ley del Odontólogo Colombiano contempla dos situaciones en las que el profesional de la salud oral debe solicitar el consentimiento, la primera se encuentra contemplada en el artículo 18 “El odontólogo no podrá atender ningún paciente que por su estado de salud, peligre su vida, salvo previa autorización escrita de sus familiares y/o el médico tratante”⁵⁵, lo que se busca es que cuando el paciente se encuentre en peligro por el estado de salud sean los familiares los que autoricen por escrito la intervención, extendiéndose la obligación si se quiere hasta el médico tratante, como se observa no es imperativo que éste autorice, pero no está de más solicitar su consentimiento.

La segunda se halla en el artículo 19 “El odontólogo no hará tratamiento, no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o intelectualmente no capaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”⁵⁶, presentándose claridad frente a las personas que la ley impone que exista la autorización del representante legal, además que se incluye a aquellas personas que requieren intervención pero se encuentran en estado de inconsciencia, por lo que no pueden tomar una decisión propia ni voluntaria y se

⁵³ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. P. 120.

⁵⁴ COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1503.

⁵⁵ COLOMBIA. Ley 35 de 1989. Artículo 18.

⁵⁶ *Ibidem*. Artículo 19

debe acudir a la voluntad de un tercero, igualmente la misma ley señala un caso en el que exceptúa el consentimiento que debe obtener el profesional para intervenir en un paciente y es en caso de urgencia.

Atendiendo a lo anterior, se puede clasificar el consentimiento en “directo o indirecto; si el consentimiento informado es dado por la misma persona que va a recibir el tratamiento se dice que es directo; por el contrario, si es dado por otra persona diferente al directamente afectado es indirecto”⁵⁷. Es decir, nos encontramos frente al consentimiento directo cuando éste lo da el paciente e indirecto cuando es el representante legal o uno de sus familiares lo autoriza, pero siempre se otorga ante el profesional que va a realizar el tratamiento, esto nos conlleva a afirmar, que cada tratamiento debe encontrarse amparado por un consentimiento informado, es decir, si se cambian las condiciones iniciales cuando se encuentra en marcha y cuando se hace interconsulta el profesional que reciba la remisión está en la obligación de explicar el tratamiento a realizar y de solicitar el consentimiento del paciente.

- Que se consienta el acto o declaración y que no adolezca de vicios, dicha disposición se divide en dos partes, las cuales se deben estudiar según nuestra normatividad y doctrina.
- Consentimiento

Para hablar de consentimiento, es necesario hacer un estudio sobre el concepto como tal, el cual nació intrínsecamente desde Hobbes para quien el hombre tiene la libertad de hacer lo que quiere, excepto cuando se le presentan impedimentos externos, que aunque reduce dicho poder, no puede impedirle que a su juicio y

⁵⁷ HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 5.

razón use aquel que le queda.⁵⁸ Es así como encontramos la relación que debe existir entre la necesidad de tener un conocimiento previo y a partir de éste hacer uso de la libertad de decidir. El mencionado autor trata el concepto de liberalidad, como la capacidad de transferir un derecho para obtener el servicio de otra persona, siendo signos de un contrato, los cuales pueden ser expresos o por inferencia, sobre todo cuando se usa expresiones como doy u otorgo que señalan una promesa⁵⁹.

Por lo que la libertad que existe en el hombre para disponer sobre lo que quiere para sí mismo, se ha dado por un proceso histórico el cual ha evolucionado, aunque desde un principio se establece la necesidad y el deber de presentar para el conocimiento y la subsiguiente toma de decisión todos los factores que acarrea su conveniencia. Dando como resultado un compromiso que debe asumir la persona de quien se busca obtener un servicio, y a quien se le transfieren los derechos para obtener beneficios.

Hacen parte del consentimiento expresiones “otorgo o doy” acompañadas de la manifestación autorización para que exista la vinculación de la voluntad sobre permitir que se realice algo, cuando dicha declaración se hace expresamente creándose obligaciones y responsabilidades entre las partes.

Es así como vemos que al consentimiento, atañe al tema de la autonomía, dado a que la manifestación de la voluntad para acceder a algo, se hace a partir de los intereses que uno tiene, para John Locke el estado natural del hombre es “el de perfecta libertad para ordenar sus acciones, y disponer de sus personas y bienes

⁵⁸ HOBBS, Thomas. Leviatán. Sitio web http://isaiasgarde.myfil.es/get_file?path=/hobbes-leviat-n.pdf. Consultado el día 27 de noviembre de 2010. P. 54

⁵⁹ Ibidem. P. 55

como lo tuvieran a bien, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro hombre alguno”⁶⁰.

Por eso, se comienza a hablar, de lo que hoy conocemos como la autonomía personal para decidir sobre lo que quiere para sí, para disponer sobre los derechos, bienes y la persona misma, además que va más allá, porque en el caso de los menores, se le da la opción que el mayor de edad decida sobre lo que le parece que es mejor para el incapaz, así éste no esté de acuerdo o lo que quiera es algo diferente, siendo la autonomía personal un estado para las personas que se pueden auto determinar y decidir qué es lo mejor para sí y para los que se encuentran bajo su amparo, guarda o custodia.

Pero el estado de libertad que habla Locke no es infinito, porque el hombre en su ejercicio no puede destruirse ni él mismo, ni los que están bajo su amparo, porque existe una ley natural que “enseña a toda la humanidad, con sólo que ésta quiera consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie, deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones”⁶¹, enmarcando esto que aunque existe libre albedrío para la disposición tanto de los bienes como de las personas, existe una limitante que no puede traspasar más allá de los límites del cuidado y responsabilidad personal que conlleva el cuidado de uno mismo y del que nos rodea, por lo que esta libertad se encuentra sometida a factores que pueden ser de libre disposición ante la ley, sin que afecte ningún bien jurídico tutelado.

Históricamente el concepto como libertad, se ha desarrollado hasta lo que definimos hoy como el consentimiento y la autonomía personal para ejercer dicha libertad, los cuales han marcado pautas para la convivencia y pese a que la

⁶⁰ LOCKE, John. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Sitio web <http://bibliotecaignoria.blogspot.com/2007/04/descarga-de-libros-completos.html>. Consultado el 27 de noviembre de 2010. P. 2

⁶¹Ibídem P. 2

tecnología avanza, el mundo trae consigo sus afanes, aún nos aferran a la realidad que como seres humanos vivimos.

En la Edad Media, con el derecho canónico se presenta el principio *solusconsensusobligat*, es decir, que con el solo consentimiento se obliga sin necesidad de formalismos. El siglo XVIII se caracteriza por el consensualismo y la autonomía de la voluntad que reina hasta el siglo XIX, en el que se da el intervencionismo estatal conocido como el “dirigismo contractual”, para imponer formalidades y solemnidades en la celebración de contratos⁶².

El consentimiento es la común intensión de los contratantes, su acuerdo de voluntades⁶³. Igualmente se define el consentimiento como la declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, mediante la cual una persona propone o se adhiere a la proposición de un negocio jurídico⁶⁴. Es así, que para hablar de consentimiento es necesario tener en cuenta dos aspectos que lo integran, como son la voluntad y la autonomía personal.

*El acto jurídico es la manifestación de la voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, por lo que tiene como requisitos necesarios la voluntad real del agente, la manifestación declaración que se haga de la misma. Dicha voluntad hace parte de la autodeterminación para celebrar dicho acto.*⁶⁵

⁶² TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. P. 131.

⁶³ *Ibidem*. P. 132.

⁶⁴ CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009. P. 85.

⁶⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005.

La Real Academia de la lengua Española define la voluntad, “como la facultad de decidir y ordenar la propia conducta”⁶⁶, es así, que podemos deducir que la voluntad es la actitud psíquica del agente, es decir, que depende de lo que se quiere, se siente, del deseo y hasta la necesidad que pretende surtir por medio de un acto o negocio jurídico. Es así como para que se hable de la existencia de la voluntad, “se requiere que la haya movido una causa y que tal causa, además de ser real, sea lícita”⁶⁷.

La voluntad no puede quedarse en la psiquis de una persona, sino que debe manifestarse para que el otro contratante la conozca y así no carezca de eficacia jurídica⁶⁸. Es decir, que para que exista jurídicamente la voluntad, es necesario hacer una expresión de la misma, es decir, “que trascienda del fuero interno en el cual se gesta y desarrolla, proyectándose en la vida de las relaciones sociales que son el objeto propio del derecho (*propositum in mente retentum non operatur*)”⁶⁹, dado esto para que tenga trascendencia y efecto como acto jurídico la voluntad, no solo se requiere que exista intensión sino que la misma se exteriorice y produzca efectos sobre la legalidad de la misma.

El consentimiento como declaración de la voluntad puede ser expreso o tácito, por lo que “no opera el principio *el que callo otorga*, sino por excepción⁷⁰”. Se da en ocasiones especiales, para cierto tipo de actos o contratos, cuando una de las partes con un acto o hecho da a entender una posición frente al negocio jurídico.

⁶⁶ Sitio web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=voluntad. Consultado el 7 de noviembre de 2011.

⁶⁷ *Ibidem*. P. 127.

⁶⁸ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1997. P. 128.

⁶⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005. P. 99.

⁷⁰ CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009. P. 85.

Todo acto que vincule la voluntad declarada y que produzca efectos jurídicos, debe estar revestido por con sensualidad que es el reconocimiento y libertad que otorga el legislador a los particulares para que escoja la forma en que realizan sus actos, esto es que puede ser oral o escrita, pero debe tener implícitos formalismos, en resumen, el acto jurídico se encuentra revestido de con sensualidad y formalismo.

Ahora bien, la voluntad de los agentes es el elemento interno y la declaración el externo⁷¹, dichos elementos deben ser conforme a la ley; la declaración como elemento externo, puede ser aparente, es decir, que no la hace el titular o quien la debe otorgar no es consciente de lo que hace, naciendo un problema jurídico, sobre los efectos jurídicos que debe contener el acto a celebrar, porque el titular de los derechos es sobre quien recae la obligación y la existencia del acto de voluntad es en cabeza del paciente, que es sobre quien recae los efectos propios del acto, dado lo anterior en últimas prevalece la declaración sobre la voluntad real.

Teorías de la relación entre voluntad y declaración: dichas formulaciones parten de la base de la responsabilidad de los agentes, la confianza o buena fe de los destinatarios que deben hacer la declaración⁷².

1. TEORÍA DE LA PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD:

Se deriva de los jurisconsultos romanos, que lucharon contra el formalismo y cuenta con la tradición latina⁷³. La teoría se basa en que la voluntad prevalece sobre las formas, por lo que las ritualidades de un acto o contrato, no pueden

⁷¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005. P. 100.

⁷² *Ibíd.* Pág. 101.

⁷³ *Ibíd.* Pág. 101.

afectar el deseo y la voluntad de lo que requiere hacer el agente para celebrarlo. Es así, como la máxima de la teoría es “*la voluntad es la sustancia de los actos jurídicos*”⁷⁴.

Por consiguiente, los actos jurídicos que carecen de la voluntad real del agente se encuentran revestidos de ineficacia, es así, como los vicios en la declaración de la voluntad, ya sea porque dicha declaración no es propia del agente o porque la declaración de la voluntad se somete a fuerzas ajenas, es decir, es obligada y no es la voluntad propia del agente. De ahí que debe prevalecer la intención real del agente sobre lo plasmado o declarado para que el acto sea eficaz.

2. TEORÍA DE LA PREVALENCIA DE LA DECLARACIÓN:

Fue formulada por pandectistas alemanes de finales del siglo XIX, su máxima “*Predominio de la declaración sobre la voluntad real de los agentes*”⁷⁵. Los actos están precedidos por reglas de conducta que son asumidas y trascienden más allá de la voluntad de los agentes. Es así, que si un agente sigue las reglas requeridas por determinado acto, la celebración del mismo es eficaz, por estar basado en los principios de confianza, por lo que lo que prima no es lo que los intervinientes piensen y entiendan lo que quieren que sería a través de la voluntad, sino que asuman una posición sobre la declaración de la celebración del acto.

3. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD:

Es formulada por IHERING, cuando el dogma de la prevalencia de la voluntad real sobre la declaración reinaba, por lo que su estudio se encaminó a proteger la

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 102.

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 103.

buena fe y a determinar que se debía hacer cuando un acto estaba revestido de ineficacia como consecuencia de una declaración igual⁷⁶.

Así pues, un acto es ineficaz cuando falta la voluntad real del agente o su declaración es contraria a la voluntad, debido a que debe existir correlación entre lo que se desea y se expresa. En el desarrollo de la teoría y como consecuencia de la declaración ineficaz del acto, se determinó que a los agentes que participaban de buena fe, debían ser indemnizados por los perjuicios que se les ocasionan en la participación de un acto que está revestido por ineficacia y se revistió de responsabilidad civil, donde su máximo postulado es *“nadie debe sufrir perjuicio por culpa ajena” (nemo ex altera culpa praegravari debet)*⁷⁷.

Por consiguiente, quien celebra un acto jurídico debe hacerlo garantizando la eficacia y validez a los demás participantes, debido a que si la participación no se da bajo estos preceptos se estaría frente a la culpa o el dolo, lo que generaría una responsabilidad civil ante los demás y por consiguiente se les debe indemnizar por la participación en un acto jurídico que creó unas expectativas las cuales no pueden ser surtidas por uno de los agentes.

4. TEORÍA DE LA BUENA FE:

Se basa en las teorías eclécticas que contraponen la voluntad y la declaración, los postulados de esta teoría son confianza y buena fe de los destinatarios de la voluntad y su declaración⁷⁸.

De manera que los agentes que intervienen en un acto jurídico, lo hacen partiendo del principio que si declaran la voluntad para su celebración se debe presumir su

⁷⁶ Ibid. Pág. 105.

⁷⁷ Ibid. Pág. 106.

⁷⁸ Ibid. Pág. 107.

buena fe, para que dicho acto sea eficaz, es decir, que al dar la declaración de la voluntad conoce plenamente sus facultades para la intervención en el acto.

El consentimiento es requerido para la existencia e imputación de un acto jurídico a sus agentes, debido a que es el ánimo de los agentes que se reviste de su voluntad real. Para que no adolezca de vicios el consentimiento no debe interferir el error, la fuerza o el dolo y así exista plena libertad y consciencia del agente, lo que conlleva a que un acto jurídico sea eficaz. Por consiguiente, el consentimiento debe ser libre e ilustrado⁷⁹, debido a que los intervinientes deben actuar bajo su voluntad, teniendo un conocimiento previo sobre el acto o negocio que va a celebrar, para que dicha voluntad sea seria y digna de confianza.

Aparecen dos problemas en cuanto al proceso cognoscitivo y volitivo⁸⁰ de los sujetos intervinientes del acto jurídico, esto se da por la comprensión de los compromisos que se están contrayendo y el otorgamiento de la voluntad para obligarse, el primero es la reserva mental que aparece cuando no existe voluntad para obligarse por una de las partes del acto haciéndolo ineficaz⁸¹. El segundo es la falta de claridad de los contratos frente a la intención de los intervinientes, por lo que se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil que dispone: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*⁸². Es así, como las formas va más allá de la intención y la voluntad de las partes, tomando importancia la teoría de la prevalencia de la declaración, expuesta anteriormente.

La interpretación de un acto jurídico o contrato puede hacerse de dos maneras: una es la auténtica, es decir, cuando dentro del escrito se contemplan las

⁷⁹ CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009.P. 86

⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 86.

⁸¹ *Ibid.* Pág. 86.

⁸² Código Civil.

cláusulas como los intervinientes lo convinieron y la segunda es la judicial, cuando se presenta discordancia entre las cláusulas y la voluntad de los celebrantes, por lo que se debe acudir al juez, para que éste dirima el conflicto, a partir de lo encontrado en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil.

Sobre el objeto del contrato debe ser lícito y físicamente posible, esto es que este determinado, de acuerdo a la ley, el orden público y las buenas costumbres⁸³.

La real academia de la lengua española define el consentimiento como la “Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”.⁸⁴ Observamos que dicho concepto nos encamina a la acción que tiene el hombre a decidir sobre su aceptación o no de determinada situación.

El consentimiento se forma con base en la oferta de un negocio jurídico:

Mejor conocida como la oferta o publicitación, es cuando uno de los intervinientes propone a otro celebrar un negocio jurídico, dada su naturaleza la encontramos en el código de comercio, artículos 845 a 863⁸⁵.

La oferta se considera como tal, cuando ha sido la propuesta, es decir, se ha comunicado al destinatario.

Características principales de la oferta:

⁸³ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1997. P. 203.

⁸⁴ Sitio web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento. Consultado el 27 de noviembre de 2010.

⁸⁵ CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009.P. 89.

1. Existencia de un proyecto de negocio: para que se configure la oferta, se requiere que exista un proyecto de negocio jurídico, que puede ser por iniciativa o acuerdo de presentación⁸⁶.

Para pensar en el proyecto de un negocio, se requiere hacer un estudio previo sobre las necesidades que se presentan a las personas para que exista la intención de negociar, es decir, que se presente la necesidad de obtener un beneficio y la capacidad de cumplir con las disposiciones para su cumplimiento.

2. Presencia mínima de dos partes⁸⁷: para que se configure la oferta se requiere que por lo menos existan dos partes en la relación contractual, el que presenta la oferta y el que posee una necesidad requiere satisfacerse.

3. El proyecto debe contener los elementos esenciales del negocio⁸⁸: se debe hacer una presentación previa del negocio a proponer para que la otra parte solo requiera dar su aceptación y los detalles para perfeccionar la satisfacción de los participantes se hagan sobre su marcha.

4. Comunicación al destinatario: hay libertad de las partes para comunicar la oferta por cualquier medio idóneo⁸⁹, la comunicación es necesaria, para que los demás se enteren sobre el producto que está ofreciendo, para que exista la relación contractual y en sí para que surja el negocio jurídico.

Es así, como la oferta es necesaria para que haya conocimiento previo sobre lo que se ofrece y el interesado pueda acceder a la satisfacción de sus necesidades, por medio del consentimiento para hacer parte de la propuesta presentada. De

⁸⁶ Ibídem Pág. 90.

⁸⁷ Ibíd. Pág. 90.

⁸⁸ Ibíd. Pág. 90.

⁸⁹ Ibíd. Pág. 90.

allí la necesidad de comunicar al paciente sobre el tratamiento ideal que se puede realizar y uno alternativo, para que se satisfagan las necesidades que presentan al odontólogo y más aún cuando lo que el paciente busca es mejorar su estética, con el objetivo que éste confirme la aceptación del tratamiento que sea más acorde a sus intereses de carácter económico y con los cuidados que posteriormente debe tener para el éxito y la duración del mismo.

- Vicios Del Consentimiento.

Así mismo, se requiere que el acto de la declaración no esté en presencia de los vicios del consentimiento, enmarcados en el artículo 1508 “los vicios que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”⁹⁰, los cuales también se pueden presenciar en materia de tratamientos odontológicos.

Se hablar del error contemplado en el artículo 1511, así:

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

En tratamientos odontológicos operan las dos clases de error, la primera se presenta substancialmente cuando el paciente entiende que se le va a realizar determinado tratamiento y se le hace otro para el que no consintió, esto pasa

⁹⁰COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1508.

cuando no hay una explicación explícita del profesional en términos cotidianos y de fácil entendimiento para el paciente, dado que éstos en ocasiones acuden al internet y buscan información que no corresponde al tratamiento que es acorde a sus características físicas, también se presenta, cuando el paciente lleva una fotografía de un modelo para conseguir una sonrisa muy similar, sin tener en cuenta que sus condiciones orales son diferentes a las del modelo, presentándose desilusión en el tratamiento.

La segunda, cuando se autoriza la realización del tratamiento usando materiales de alta calidad y se cambian cuando está en marcha el tratamiento, siendo este el motivo principal por el que se contrató y más por el valor que tienen unos materiales frente a otros.

Cuando hablamos de fuerza, el artículo 1513 la contempla como:

La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave⁹¹.

La podemos tomar desde el punto de vista, de la “presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza⁹²”, psicológicamente el acto odontológico como tal, es una situación que en muchas personas produce miedo, por lo que se puede contemplar la fuerza como vicio en el consentimiento cuando el profesional de la salud oral, amenaza al paciente que va a perder los

⁹¹COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1513.

⁹²COLOMBIA. Código Civil. Editorial Leyer, P. 240.

dientes si no se somete a determinado tratamiento, accediendo el paciente a su realización por el miedo que esta situación como tal produce en cualquier persona.

El dolo según el artículo 1515 es:

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En materia odontológica, se evidencia el dolo por la confianza que se deposita sobre el profesional, por ser la persona que cuenta con la calidad idónea para determinar las necesidades que presenta el paciente, y aquel le informa que debe someterse a tratamientos en ocasiones innecesarios pero que representan dinero para el profesional cuando el paciente no posee las condiciones físicas necesarias para llevarlo a cabo, pero se le ofrece como la posibilidad de mejorar sus condiciones estéticas o como prevención de dolencias futuras.

4.3. INFORMACIÓN

La información la suministra el profesional que va a realizar el tratamiento directamente al paciente y/o sus familiares, la conjuntiva es obligatoria cuando estamos frente a personas que no tienen la capacidad legal de consentir el acto como ya se vio anteriormente y la disyuntiva es opcional cuando así lo decide el paciente, en virtud del principio de autonomía para que sus pacientes le colaboren tomando la decisión, también “el paciente puede renunciar voluntariamente al derecho que tiene a la información, y dejar que otros decidan por él, dejando

constancia en la historia clínica de la solicitud de la autorización del tercero⁹³”, dicha información “debe ser suficiente, veraz, actualizada, pertinente y adecuada, de acuerdo con las condiciones físicas, psicológicas, morales y culturales de cada paciente⁹⁴”, sobre todo porque como se vio anteriormente no se puede coaccionar al paciente para que se realice determinado tratamiento odontológico.

Dicha información “debe contener elementos tales como la descripción de los procedimientos, objetivos, formas de realización, efectos secundarios, riesgos previsibles (teniendo en cuenta su gravedad y frecuencia de presentación), opciones alternativas, consecuencia de la negación o la tardanza⁹⁵” ser suficiente para que el paciente tome conciencia de los riesgos a los que se va a someter, informarle que se pueden presentar eventos adversos no previsibles como consecuencia del tratamiento, las secuelas por la falta de colaboración y cuidados que debe tener para la consecución del éxito en el tratamiento, es necesario recordar que el odontólogo y el paciente forman un equipo desde el momento en que se inicia el procedimiento, dado que el profesional pone a disposición sus conocimientos, su calidad en el servicio y el paciente debe colaborar con la observancia de todos los requerimientos dados para que exista la relación de confianza y un tratamiento saludable que supere las expectativas.

Así mismo es necesario recalcar que siempre que se vaya a intervenir a un paciente se debe obtener el consentimiento informado, así sea un paciente remitido, además “en los casos en que intervienen varias especialidades o se hace trabajo profesional institucional, es deseable una comunicación constante entre los miembros de todo el equipo y el paciente⁹⁶”. Debido a que el tratamiento

⁹³HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 6.

⁹⁴Ibidem.

⁹⁵Ibid. P. 6

⁹⁶ESCOBAR LOPEZ, María Teresa. Consentimiento informado en odontología y sus especialidades. Cali: Impreso en los talleres gráficos de Impresora Feriva S.A. 2009. P. 34.

odontológico por lo general es un conjunto de diferentes procedimientos que se realizan en el tiempo, es necesario mantener una comunicación estrecha con el paciente durante toda la atención, informándole en cada etapa lo que le va a realizar, para que sea un proceso de apoyo y retroalimentación sobre los cuidados además de la información que solicite el paciente.

4.4. DOCUMENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Esto es un asunto que se ha venido tratando si es necesario dejar solo la constancia del hecho de haber informado al paciente o si por el contrario se deja plasmado la información que se entrega al paciente.

Justamente dentro de los actos médicos nos encontramos que la importancia del consentimiento informado trasciende a la esfera de lo penal, toda vez que dentro de la normatividad penal aparece el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, que dispone:

Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo⁹⁷.

De allí surge una gran posibilidad para los profesionales de salud, que hoy día enfrentan investigaciones de tipo penal, pero las cuales se derivan de su falta de observancia en los requisitos mínimos para una atención a un paciente, que con el

⁹⁷ COLOMBIA. Código Penal. Artículo 32.

lento de los mismos puede evitarse largos procesos, el desgaste psicológico y económico que conllevan, puesto que el titular del bien jurídico o de la salud en nuestro caso es el paciente o su representante legal y este puede disponer de la opción de tratamiento más acorde a sus necesidades.

Además de la responsabilidad de carácter civil y penal que enfrenta el profesional en salud oral, debe afrontar responsabilidad de carácter ético profesional para lo que se creó la Ley 35 de 1989, que es conocida como el Código de Ética del Odontólogo Colombiano, a la cual sus actos deben estar sujetos y cuando existe duda de ello, son investigados por el Tribunal de Ética Odontológica, quien debe velar no solo por el cumplimiento de la *Lexartis* en la ejecución del tratamiento sino también del lleno de los requisitos formales que debe tener en la consulta, como es el diligenciamiento del consentimiento informado y de la historia clínica, y la observancia de las demás obligaciones que la ley le impone.

Dentro del artículo 5 de la Ley 35 de 1989 encontramos que *“El odontólogo debe informar al paciente de sus riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento”*.

Consecuentemente el Decreto 491 de 1990 sobre el particular reza:

Art. 7 Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo.

Art. 8 El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto que se refiere la Ley 35 de 1989, capítulo II, artículo 5, con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del

campo de la práctica odontológica, puedan llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológico.

Art. 9 El odontólogo 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 o allegados lo impidan.

b) Cuando exista urgencia para llevar a cabo el procedimiento odontológico.

Art. 10 El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento odontológico pueden comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el odontólogo no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil visión dentro del campo de la práctica odontológica, al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

Además sobre la materia el Ministerio de Protección Social por medio de la resolución 13437 de 1991, en su artículo 1 numeral 2 en materia de pacientes establece:

Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan 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 el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus

familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.

Como se ha venido tratando, el consentimiento informado pasa a ser un documento médico – jurídico, es decir, que cumple con las dos funciones, una con el acto propio de explicar el procedimiento y otra con la formación de una prueba en caso de controversia, entonces de allí radica la importancia de ser por escrito, dado que así la ley no lo contemple taxativamente, como se dice comúnmente, es mejor dejar constancia por escrito del acto en plenitud para pecar por exceso.

Además que hacen parte del consentimiento las explicaciones verbales, escritas y aquellas que se den una vez inicie el tratamiento, pero la necesidad de dejarlo por escrito es para que allí se enmarquen los lineamientos requeridos del tratamiento y el paciente autorice su ejecución, ya que sin su autorización, excepto en los casos en que la misma ley contempla pero “se debe hacerse constar en la historia clínica y hacer referencia a las circunstancias por las cuales no ha sido posible facilitar dicha información, sin perjuicio de que pueda ser facilitada en un posterior momento oportuno⁹⁸”, se estarían violando los derechos del paciente y el principio de autonomía privada.

Aquí nos asalta una duda y es la validez de los formatos pre-impresos sobre el consentimiento informado, entonces es necesario puntualizar que “la información escrita que se va a suministrar al paciente podrá estar predeterminada, en términos generales, y particularizar cuando se considere necesario⁹⁹”, entonces se debe afirmar que hay información de carácter general que es para todos los tratamientos junto con sus cuidados, pero que además se debe conservar un

⁹⁸ESCOBAR LOPEZ, María Teresa. Consentimiento informado en odontología y sus especialidades. Cali: Impreso en los talleres gráficos de Impresora Feriva S.A. 2009. P. 35.

⁹⁹Ibídem.

espacio en el que se inserte la información propia de las características del paciente, debido a que no todos conservan la misma fisonomía, enfermedades y hasta los cuidados en su higiene, por lo que se debe particularizar la información.

5. CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Doctrinariamente alrededor del tema, se ha dicho que el texto pre-impreso o mejor que todo consentimiento informado debe incluir la siguiente información:

1. Nombre del paciente y del profesional que informa y va a realizar el tratamiento¹⁰⁰.
2. Nombre, descripción y objetivos del procedimiento.
3. Beneficios esperables.
4. Molestias previsibles y ocurrencia de posibles riesgos:
 - a. Riesgos típicos o comunes: son aquellos esperables en condiciones normales. Ejemplo, fractura de raíz de un ocho incluido con dilaceración.
 - b. Consecuencias seguras: aquellas que se producirán como resultado del procedimiento en todos los casos. Ejemplo, una cicatriz en incisión.
 - c. Riesgos imprevisibles – eventos adversos no previsibles, pese a que no pueden ser determinados por el profesional, es mejor hacer la advertencia que existen y se pueden presentar, sin realizar especificación alguna.
 - d. Riesgos específicos o personalizados de cada paciente, que según las circunstancias individuales de los pacientes serían: estado de salud, edad, aspectos psico-sociales, etc. Estos riesgos deben incluirse en el espacio en blanco que debe haber en el documento para este propósito.
 - e. Riesgos de baja ocurrencia pero de efecto grave: son aquellos poco frecuentes pero no excepcionales que tienen la consideración clínica de “muy graves” (alta materialidad). Por ejemplo, alergia en la aplicación de anestesia o al latex de los guantes.

¹⁰⁰HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 13.

6. Procedimientos alternativos: ventajas e inconvenientes respecto al que se propone en primer lugar¹⁰¹.
7. Efectos esperados en caso de no realizarse el procedimiento.
8. Consecuencias que conlleva no continuar el tratamiento una vez iniciado o no ser constante en la asistencia a las consultas¹⁰².
9. Disposición a aclarar duda o ampliar información.
10. Comunicar la posibilidad de cambiar su decisión en cualquier momento.
11. Declaración del paciente de que le han explicado el procedimiento de acuerdo con sus características personales, consentimiento o rechazo para someterse a la intervención¹⁰³.
12. Fecha, lugar y hora donde se otorgó el consentimiento.
13. Firmas del profesional tratante y del paciente o de su representante legal.
14. Apartado para la revocación del consentimiento¹⁰⁴.

Dicho documento se elabora posteriormente a la primera consulta que es la de valoración, se recomienda “realizar documentos específicos según el procedimiento. Adicionalmente es aconsejable la presencia de un testigo (si el paciente lo desea podría ser un familiar) al tiempo que se suministra la información. Debe facilitarse llevar a casa el documento para su estudio y, sino le es perjudicial, que el paciente se tome un tiempo para decidir¹⁰⁵”. Lo que se busca es que el paciente haga un ejercicio interno para tomar la mejor decisión y así se responsabilice a conciencia sobre el tratamiento que se va a realizar.

¹⁰¹Ibidem.

¹⁰² CONFERENCIA. Tribunal de Ética Odontológica de Santander. Importancia del consentimiento informado.

¹⁰³HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 14.

¹⁰⁴ESCOBAR LOPEZ, María Teresa. Consentimiento informado en odontología y sus especialidades. Cali: Impreso en los talleres gráficos de Impresora Feriva S.A. 2009. P. 33.

¹⁰⁵Ibidem.

Es importante resaltar que el paciente “tiene derecho a revocar su consentimiento informado. No se le puede presionar para que no lo haga. En este caso el médico debe informarle al paciente las consecuencias de no realizarse la intervención aconsejada¹⁰⁶”, esta es una situación que se vive por la competencia que en materia de precios se ha venido dando en la profesión de la odontología, donde cada vez se ofrecen tratamiento a más bajo costo, prefiriendo en muchas ocasiones el paciente abandonar un tratamiento iniciado con un profesional para continuarlo con otro, algunos avisan a su odontólogo tratante su intención de no continuar con el tratamiento, pero otros simplemente se van, de allí que es importante no solo mantener una relación de estrecha confianza entre el profesional y el paciente, sino que también, realizar un buen consentimiento informado, junto con una historia clínica que cumpla con los cánones científicos desarrollados en la resolución 1995 de 1999, para dejar constancia en las condiciones que hasta la última consulta se encontraba el paciente.

Dentro de los requisitos de la historia clínica se deben observar los siguientes:

1. IDENTIFICACIÓN DEL PACIENTE:
 - a. Nombres y apellidos.
 - b. Documento de Identificación.
 - c. Genero.
 - d. Antecedentes médicos.
 - e. Antecedentes odontológicos.
 - f. Nombre y teléfono de un allegado para contactar en caso de urgencia.

2. ANAMNESIS
 - a. Motivo de consulta.
 - b. Síntomas.

¹⁰⁶HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007. P. 33.

- c. Tiempo de evolución.
 - d. Tratamientos realizados.
-
- 3. EXAMEN CLINICO.
 - 4. ODONTOGRAMA.
 - 5. MEDIOS DIAGNOSTICOS: Se deben registrar las ayudas solicitadas, escribir en la historia clínica los hallazgos y la necesidad de tomar nuevos exámenes.
 - 6. DIAGNÓSTICO.
 - 7. PRONÓSTICO.
 - 8. PLAN DE TRATAMIENTO.
 - 9. EVOLUCIÓN.
 - a. Fecha.
 - b. Hora.
 - c. Evolución detallada de lo realizado en cada consulta, recomendaciones, solicitudes, remisiones, prescripciones.
 - d. Fecha de la siguiente cita.
 - e. Firmas en cada atención, por los profesionales y el paciente¹⁰⁷.

Dado que nos encontramos frente a elementos eminentemente probatorios, sobre la atención del paciente es necesario dejar registrados los datos necesarios sobre el tratamiento de principio a fin y en caso en que no asista el paciente, se debe dejar constancia de su inasistencia, con el fin de trasladarle la responsabilidad al tratamiento, siempre y cuando se haya hecho la advertencia sobre este hecho dentro del consentimiento informado.

Entonces debemos preguntarnos ¿el consentimiento informado puede ser tácito o debe ser expreso?, frente al consentimiento nuestro ordenamiento civil en su

¹⁰⁷ COLOMBIA. Resolución 1995 de 1999

artículo 1618 declara: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras¹⁰⁸”, pero en nuestra materia, la doctrina ha dicho:

El consentimiento es manifiesto cuando es aceptado implícitamente por el paciente, en forma verbal o escrita y el tácito cuando se da por sobrentendida su autorización por la actitud del mismo frente, intervención o tratamiento a realizar. La validez de uno u otro varía dependiendo del grado de perturbación que traiga el procedimiento en las actividades del paciente. Además, el tratamiento es considerado ordinario cuando no hay una perturbación mayor en las actividades y extraordinario en el que hay una intromisión en la vida del paciente. Entonces, en casos de intervenciones ordinarias el paciente tiene pleno derecho a rehusarse pero el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones es suficiente para considerar una aceptación tácita; opuesto a lo anterior, si el procedimiento es extraordinario se debe obtener el consentimiento del paciente y preferiblemente en forma escrita.

Atendiendo a lo anterior, se concluye que el consentimiento tácito solo procede cuando nos encontramos frente a tratamientos que son leves, rutinarios o no invasivos y que no traigan consecuencia alguna al paciente, entonces, por el solo hecho de sentarse en la silla odontológica y asumir la postura indicada para la atención, se entiende que está de acuerdo con lo que se le va a realizar, pero en este caso es válido solo si va a realizarse una fase higiénica u otro tratamiento que no requiera de mayor cuidado, en cambio, si se va a realizar procedimientos invasivos, donde el paciente deba tener cuidados extras o limitaciones en su

¹⁰⁸ COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1618.

alimentación se debe obtener su autorización y así respetarse el principio de autonomía privada.

En respuesta a este interrogante, lo mejor es dejar documentado el tratamiento, junto con la autorización expresa del paciente que está de acuerdo con su realización, esto se hace para como ya se dijo, compartir la responsabilidad del éxito del tratamiento, dado que al profesional le asiste la obligación de preservar los cánones científicos y al paciente los cuidados respectivos.

Hoy día, con el desarrollo y avance de la tecnología se ha facilitado el acceso a las personas a conocer más sobre sus derechos como paciente y los diferentes tratamientos que se pueden realizar junto con sus riesgos y beneficios, siendo una herramienta que hace que el paciente se capacite, que cuando llega a la consulta tenga una idea de lo que se le va a realizar y sobre lo que debe consentir. Actualmente existen asociaciones que tratan los derechos de los pacientes, para brindar mejores asesorías se han propuesto a estudiar los parámetros que debe contener una atención del profesional de la odontología.

6. AUTONOMIA PRIVADA

Como se ha visto, un elemento más y que es importante dentro la formación del consentimiento informado, es la autonomía personal, por lo que se puede considerar “que el punto de partida para poder establecer la noción del consentimiento surge del concepto de autonomía personal del ser humano como derecho fundamental”¹⁰⁹, derivado del estado social de derecho, en el que se respeta la libertad artículo 13 y el libre desarrollo de la personalidad artículo 16 de la Constitución Nacional, otorgándole al ciudadano la facultad de autorregularse, la Corte Constitucional ha señalado:

Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación¹¹⁰.

Por lo que la autonomía no es plena, sino que la acompañan responsabilidades propias del ordenamiento jurídico, por ser de mera importancia del derecho privado, nuestra Constitución Nacional la contempla dentro del régimen económico, convirtiéndose así en un principio constitucional que lo encontramos el artículo 333 el que dispone “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir*

¹⁰⁹GÓMEZ LOBO, Alirio. Ideas políticas, filosofía y derecho. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2006. Pág. 404

¹¹⁰Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-993 de 29 de Noviembre de 2006. Magistrado Ponente Mario Araujo Rentería.

*permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley*¹¹¹. Concediéndose así, un régimen de autorregulación cada se encuentra frente a una actividad económica.

Debido a que el ser humano es social por naturaleza, en su interrelación con los demás individuos, crea actos en los que se debe autodeterminar o autorregular según sus intereses, siendo la autonomía es un acto social y derecho.

En virtud de tal reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos y tórnense instrumentos que el derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos, y, por tanto, permanecen siempre siendo actos de autonomía privada.¹¹²

Reconociéndose así la autonomía privada, como generadora de negocios jurídicos cuando involucra dos partes, aunque pese a dicha autonomía los extremos deben contemplar las normas vigentes para su expresión.

Reconocida por el orden jurídico estatal en dos distintas y diversas funciones. a) Puede ser reconocida como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce. b) Puede ser reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico¹¹³.

¹¹¹ Colombia. Constitución Política.

¹¹² BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares, S.L.GRANADA. 2000. Pág. 48.

¹¹³ *Ibídem*. Pág. 52.

Lo que se propone con la autorregulación es que el hombre disponga de sus intereses y sea fuente generadora de situaciones jurídicas, pero sin desconocer o dejar a un lado los preceptos legales. Por lo que se puede pensar que lo que se busca con dicha autonomía, es la función práctica de la ley, mediante la disposición de los intereses y la creación de relaciones jurídicas. Lo anterior debido a que se busca la satisfacción de las necesidades según sus intereses sin apartarse del ordenamiento jurídico, que es el que fija las condiciones y límites para la legalidad de la autorregulación. Es así, como la disposición de la autonomía que conlleva a las personas a celebrar actos o negocios puede derivarse de la función social y estos requieren ser revestidos de licitud.

Motivo por el que el negocio jurídico “es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)”¹¹⁴, es así que el negocio jurídico, está acompañado por el motivo que lleva a las personas a celebrarlo, la forma como se va a hacer y las obligaciones que genera, lo que nos lleva a que “la declaración, por tanto, tiene naturaleza perceptiva o dispositiva y, en consecuencia, carácter vinculante; el comportamiento tiene igualmente, por sí, tal carácter”¹¹⁵, la disposición de la autonomía privada, se deja en manos del particular, debido a que él conoce sus límites y necesidades, por lo que se considera que “ningún ser humano razonable prestaría su consentimiento a compromisos que le ocasionaran perjuicio y tampoco sería injusto consigo mismo; en este último sentido, uno de los exponentes de la doctrina jurídica de esa época expuso una fórmula célebre según la cual “quiditcontractueldit juste” (“quien dice

¹¹⁴Ibidem. Pág. 57.

¹¹⁵Ibidem. Pág. 58.

contractual dice justo”)¹¹⁶; de lo anterior se infiere que los actos o negocios que surgen de la libre disposición tienen como finalidad producir efectos jurídicos.

Las necesidades del mundo social donde el hombre vive son las que desarrollan los diferentes actos jurídicos, con el fin de beneficiarlo de la disposición de intereses y bienes propios, manteniendo los principios del bien común contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, se requiere que el negocio jurídico tenga un fin lícito y no se excedan las partes en lo convenido.

La real academia de la lengua española, define la autonomía como la “Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. Es así, que la autonomía personal descende de las necesidades que se les presentan a las personas para celebrar ciertos negocios jurídicos, por lo que para el aspecto psicológico este término “*contiene en sí misma una potente carga sentimental y valorativa (¡libertad! ¡derechos del individuo!)*”¹¹⁷, se le respeta al individuo la libre disposición de sus derechos, “...*en el derecho consiste en una libertad de hacer o no hacer, de prometer y obligarse, en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado*”¹¹⁸.

Pero sus alcances se encuentran delimitados, para que no se afecte el interés general; por lo que se puede considerar que es la forma como al particular se le otorga la capacidad de producir sus propias reglas dentro del negocio jurídico, pero sin dejar a un lado la observancia del cumplimiento de la normatividad. Es así como “*Podríamos decir que estado e individuo poseen cada cual sus propias*

¹¹⁶Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-993 de 29 de Noviembre de 2006. Magistrado Ponente Mario Araujo Rentería.

¹¹⁷DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Civitas, S.A. Pág. 12.

¹¹⁸Ibídem Pág. 12

esferas de competencia en la producción de fuentes formales del derecho”¹¹⁹. Considerándose que “ambos producen reglas: el individuo, guiado por sus propios intereses particulares y sus necesidades; el Estado, como guardián del interés general”¹²⁰.

Aparece un problema jurídico, que se desprende de la autonomía privada, contemplado por el autor Emilio Betti “Si la competencia dispositiva de los individuos queda suspendida ante los efectos jurídicos, o si pueden las partes excluir o limitar la sanción del derecho cuando concurren objetivamente todos los extremos de ella.¹²¹”, podemos pensar que las normas dispositivas aparecen por el uso y la necesidad que las partes presentan, a su vez, cuando no hay acuerdo o claridad sobre lo que establecieron las partes debe el juez interpretar con base en la ley, teniendo en cuenta lo acordado para atribuir así un significado. Igualmente se establecen requisitos mínimos que establecen que dicha disposición no puede ir más allá de los intereses comunes, debido a que la causa debe ser lícita y además debe existir.

En consideración a lo anterior, la Constitución Nacional otorga al particular la facultad de autorregularse cuando interviene en la celebración de un acto o negocio jurídico en el que están inmersos sus intereses, pudiendo establecer sus disposiciones por las que se van a regir, sin desconocer los mandatos legales.

Por lo que se puede inferir que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, teniendo como requisitos necesarios la voluntad real del agente, la manifiesta

¹¹⁹BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, generalidades contractuales, volumen II. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Pág. 59.

¹²⁰Ibidem. Pág. 59.

¹²¹BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares, S.L.GRANADA. 2000. Pág. 88.

declaración que se haga de la misma. Dicha voluntad hace parte de la autodeterminación para celebrar dicho acto.¹²²

En tal sentido se puede decir que la autonomía opera en sentido amplio y en sentido estricto así: 1. El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. 2. El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Las que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad), referida al ámbito del negocio jurídico. La segunda, concretada en la autonomía dominical o ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.

Lo que se busca es determinar sobre que se está disponiendo para la creación de derechos y obligaciones con base a dicha autonomía, es decir, si se refiere a la producción de efectos jurídicos o simplemente a la disposición de los derechos subjetivos que tiene una persona. .

Es así que en todos los aspectos de la vida del hombre la autonomía no es un concepto abstracto, “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”¹²³. Dicha autonomía se respeta también en el derecho que le asiste al paciente para escoger autónomamente a su odontólogo de confianza, ya sea en consulta particular o cuando es por parte de una institución, así lo establece el artículo 3 de la Ley 35 de 1989.¹²⁴

¹²² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005.

¹²³ CHARLESWORTH, Max. La bioética en la sociedad liberal. Cambridge: CambridgeUniversityPress. 1996. Pág. 43.

¹²⁴ Es importante resaltar que entre el profesional y el paciente debe existir un vínculo de confianza, es decir, en que el primero ofrezca todos sus conocimientos y una buena actitud en la realización

Es imperioso destacar que en el ejercicio del acto médico existen dos requisitos necesarios y concomitantes, por un lado la capacidad e idoneidad del profesional tratante para realizar los procedimientos necesarios y por el otro la necesidad de exponerle los elementos relevantes del mismo al paciente para que éste tome la decisión de consentir o no la realización del tratamiento, primando la autonomía privada.

Del concepto de consentimiento informado como instrumento médico-jurídico es evidente que se desprende el respeto de la autonomía privada, toda vez, que el paciente está en la posición de elegir si opta por realizarse determinado tratamiento o no. En consecuencia, para el área de la salud la autonomía personal al tomar una decisión se ejerce con la información que el profesional le suministre al paciente, para que éste con base en sus necesidades, expectativas y recursos económicos tenga conciencia de lo que va a enfrentarse con el tratamiento a realizarse y voluntariamente acceda y autorice su ejecución, debido a que en últimas el paciente o su representante legal en el caso de los menores e incapaces es quien decide ejercer su derecho de elegir el tratamiento de su conveniencia y adquirir el compromiso de colaborar en su ejecución¹²⁵.

Ahora bien, en la práctica encontramos que en algunos consentimientos informados se contemplan los valores del tratamiento y dentro de las historias

del tratamiento y el paciente tenga la tranquilidad de que el tratamiento va a ser exitoso y va a colmar sus expectativas planteadas al inicio del mismo o muchas veces que se va a dejar de padecer las dolencias que generaron la visita al odontólogo. Es sabido que hoy por hoy no sólo hablamos de tratamiento para el padecimiento de dolores, sino también, como medida preventiva o para la elaboración de procedimientos que colaboren con el engrandecimiento de la belleza personal y consecuentemente del autoestima.

¹²⁵Es importante tener claro que la obligación que adquiere el paciente no sólo debe mirarse desde el punto de vista económico sino también como colaborador en la ejecución del tratamiento, es decir, que asista a las citas cumplidamente, que siga al pie de la letra las recomendaciones y cuidados que le suministra el odontólogo, para que el esfuerzo del profesional no se vea perdido, en tratar de hacer el mejor trabajo en su paciente y éste no colabora manteniendo presentes las observaciones que debe seguir, además que en algunos casos generan frustraciones para los odontólogos al ver que sus esfuerzos no son valorados.

clínicas la forma de pago, siendo datos que no corresponden a la actividad odontológica como tal, sin demeritar su importancia, debido a que estos documentos como ya lo vimos son eminentemente del acto odontológico y su valor es probatorio, por lo que para contemplar los costos que se deben asumir en materia de tratamientos, se debe realizar en la documentación legal creada para tal fin, es decir, mediante un contrato de prestación de servicios, toda vez, que estaríamos frente a un acto o negocio jurídico, que sobre el tema la doctrina lo ha definido.

7. ACTO O NEGOCIO JURÍDICO COMO PARTE DE LA ATENCIÓN ODONTOLÓGICA

Actualmente el ejercicio de la odontología se puede vislumbrar desde dos puntos de vista, como ciencia porque su estudio conlleva a la curación de enfermedades del cuerpo, alma y mente, y como arte porque lo que busca es mejorar la sonrisa de las personas, operando la estética y la armonía. De lo anterior se puede afirmar, que la finalidad de la odontología más allá de curar una enfermedad es engrandecer la vanidad del hombre mediante procedimientos de embellecimiento de su sonrisa

El Régimen Contributivo de Salud en Colombia, excluye dentro de la prestación de los servicios los tratamientos odontológicos de ortodoncia, periodoncia (excepto cuando se trate de necesidad básica del paciente), prótesis dentales y demás tratamientos enfocados a la estética dental; debido a que actualmente la sonrisa es parte importante de la personalidad, su importancia recae en que nos permite interrelacionarnos con los demás fácilmente evitando que algunas personas se fijen solamente en los dientes, sin mirar más y porque no, hasta los sobrenombres que acostumbra algunas personas a poner porque no se cuenta con una dentadura acorde a la estética.

Estas son algunas razones que nos hacen ir al odontólogo no solo por salud e higiene, sino para buscar un cambio de imagen y engrandecer nuestro perfil personal y hasta profesional, pues en esta época, ya no solo es importante contar con títulos universitarios sino también con una buena presencia para obtener un trabajo. Es por esto, que hoy día se exige al ser humano preocuparse más por su salud, higiene y belleza oral, pues estamos ante la máxima “una bella sonrisa abre mil puertas”.

Debido a que ni el consentimiento informado, ni la historia clínica son los documentos idóneos para puntualizar los precios, forma de pago, en general el cumplimiento de obligaciones onerosas, que es la razón por la que la consulta deja de ser un acto eminentemente de salud, que produce efectos jurídicos propios de la responsabilidad médica, para integrarse a la fuente principal de las obligaciones derivadas de un acto o negocio jurídico.

Se hace imperioso para el profesional de la salud oral, por la complejidad, el tiempo y el valor de los tratamientos, que cuente con tres documentos que se hacen indispensables en la atención de cada paciente, los cuales son: uno en el que se plasme el acto o negocio jurídico que contenga las condiciones legales para el cumplimiento en la ejecución y el pago del tratamiento; el otro que es el consentimiento informado donde se expone el plan de tratamiento ideal que por lo general es costoso y un plan de tratamiento alternativo que en la mayoría de veces se ajusta al presupuesto del paciente, las condiciones del tratamiento, los cuidados que debe tener el paciente y por su puesto lo más importante donde el paciente expresa la aceptación del tratamiento; y por último la historia clínica que es donde se debe reportar lo realizado en cada consulta la cual debe observar unos requerimientos mínimos dados por la Resolución 1999 de 1995 emanada del Ministerio de Protección Social.

Los dos documentos de la consulta descritos, como son en el que se plasma el acto o negocio jurídico derivado del tratamiento a realizarse y por supuesto el consentimiento informado requieren de la declaración de la voluntad, no es así, con la historia clínica debido a que aquí lo que se busca es dar fe a la asistencia de la cita odontológica y que se realizó un procedimiento del que tiene conocimiento el profesional y que fue previamente explicado al paciente.

Saliéndose la odontología del campo puramente de la ciencia de la salud, para adentrarse en el jurídico, porque lo que se busca es que la declaración de la

voluntad que llevo a los declarantes a celebrar el acto o negocio jurídico produzca efectos entre las partes¹²⁶, es por esto que es necesario un documento en el que exista esa disposición mutua de derechos e intereses.

Observándose que el nacimiento del negocio jurídico, se da como derivación de un acto propio de una profesión, como lo son los tratamientos odontológicos, lo que se busca es el odontólogo tenga un soporte de las obligaciones económicas derivadas de tal, que contrajo el paciente, para en últimas asegurar el pago, porque “la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico persigue de ordinario un resultado económico”¹²⁷, este resultado económico se da para uno de los extremos de la relación contractual como lo es el odontólogo, y éste se compromete a prestar un servicio, como lo es poner a disposición del paciente todos sus conocimientos científicos sobre el tratamiento para que sea exitoso, pero la inexistencia de dicho documento no exonera al profesional de la salud de la obligación que le asiste de cumplir con los cánones científicos¹²⁸.

Esto nos lleva a pensar, que la voluntad o el consentimiento que se otorga para un tratamiento odontológico se puede expresar en dos clases de actos jurídicos derivados de “la manifestación de voluntad que tiene por fin producir efectos de

¹²⁶DANZ, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Editorial Leyer. Bogotá. 2006. P. 14

¹²⁷ Ibídem P. 16.

¹²⁸Es importante resaltar que la realidad que se vive en materia odontológica, muestra como algunos profesionales de la salud oral, inician tratamientos odontológicos sin la firma del consentimiento informado, existen casos en los que ni siquiera realizan la apertura de la historia clínica por ser procedimientos de rutina y muchas veces son considerados de menor riesgo como lo es calzar una muela, pero que si realmente se ve más allá de su operancia para realizarlo, éste trae consigo algunas repercusiones para el paciente que son necesarias explicarlas como las alergias a la amalgama puesta. Si bien es cierto, existen tratamientos que son de ejecución instantánea para los que solo se requiere el consentimiento informado como aceptación del mismo y la historia clínica, que por su costo no requiere plasmar el negocio jurídico, debido a que finalizado este se paga la consulta, apuntando nuestra teoría a aquellos que son de mayor envergadura, considerados de tracto sucesivo porque requieren de varias consultas y muchas veces de la intervención de diversos especialistas por su complejidad, por lo que sus costos aumentan y es cuando el profesional requiere de un soporte donde conste la voluntad del paciente para adquirir las obligaciones económicas, debido a que el consentimiento informado y la historia clínica no son los documentos idóneos para insertarlas, porque su finalidad apuntan a conservar otras obligaciones.

derecho”¹²⁹, el primero donde la voluntad de las dos partes produce un acuerdo de voluntades¹³⁰, que es el documento donde se plasma el acto o negocio jurídico y el segundo, que es la voluntad de uno solo, “¹³¹como simple manifestación unilateral” porque se requiere una manifestación unilateral para que produzca efectos jurídicos. Como se indicó anteriormente, uno es el acto donde se pacta los costos del tratamiento, la forma de pago, los plazos y las obligaciones de las partes, donde por su naturaleza intervienen las voluntades de las partes y otro es donde se informa el tratamiento que se puede realizar derivado de la anamnesis y el examen estomatológico que se le haga al paciente, para así determinar cuál es el más apropiado por las condiciones que presenta¹³², es por esto que se habla de un tratamiento ideal que es el que contempla procedimientos con alta tecnología o técnicas que pueden ser costosas y un tratamiento alternativo que es menos riesgoso o tradicional que por lo general sus costos son menores, para que el paciente escoja según su capacidad económica, su constancia, tolerancia a algunos tratamientos y el cuidado que quiere asumir¹³³; dentro del consentimiento informado no se puede hablar de acuerdo de voluntades, debido a que el tratamiento que se escoja debe cumplir con los cánones científicos por lo tanto, no se puede acordar realizar un tratamiento a medias, por lo que el paciente da su

¹²⁹ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. P.32

¹³⁰ Ibídem P. 34.

¹³¹¹³¹ Ibíd. P. 34.

¹³² En la odontología existen procedimientos como es la técnica de la ortodoncia, la rehabilitación que lleva al paciente a decidir si se hace mediante implantes o prótesis, las clases de prótesis que se pueden usar, que son tratamientos de larga duración y que tienen unos costos que al principio se pueden pactar, pero en algunas ocasiones aumentan a medida que se va trabajando en la boca del paciente, porque se presentan eventualidades en que requiere de mayores tratamientos y como se planteó anteriormente, necesita la intervención de otros especialistas para que sean sanadas dolencias y el tratamiento tenga éxito, porque de no hacerlo así se corre el riesgo de estar bien por un tiempo y posteriormente tener que bajar el trabajo para sanar estas dolencias.

¹³³ Dentro del cuidado que debe tener el paciente con su tratamiento, es importante observar que hay alimentos que son contraproducentes y que es mejor evitarlos para que no haya un riesgo, desgaste o daño del tratamiento, por lo que si se le advierte al paciente, para que se haga responsable de su cuidado y en caso de no seguir los lineamientos no se pueda endilgar responsabilidad al odontólogo, ni que se ponga en duda su nivel profesional.

consentimiento para se inicie el procedimiento, aceptando las responsabilidades de cuidado y los riesgos previsibles que se puedan presentar¹³⁴.

Se plantean dos situaciones diferentes en las que se expresa el consentimiento, por la naturaleza misma de cada documento, es decir, por un lado el consentimiento informado que busca dar fe de la autorización del paciente o de su representante legal, quien expresa a través de su firma, que entiende cual va a ser el procedimiento que el profesional de la salud va a realizar, sus posibles consecuencias y toda la información pertinente, para que esta autorización sea entendida, competente y voluntaria. Por el otro, el documento que contempla las obligaciones pecuniarias como valor del tratamiento, forma de pago, plazos, garantías del tratamiento, obligaciones del paciente – asistir a citas, cuidarse el tratamiento según lo explicado en el consentimiento informado, cumplir con el pago - y obligaciones del odontólogo – poner sus conocimientos a disposición del paciente, usar los materiales pactados, cumplir con los tiempos contemplando la posibilidad de extensión del tiempo por situaciones que se presenten dentro de su marcha, siendo propio del acto o negocio jurídico.

¹³⁴Dentro de los procedimientos odontológicos nos encontramos frente a dos tipos de eventos adversos, uno previsible que es posible advertirse desde el momento mismo cuando se hace la valoración; no previsible que es cuando la situación sobre pasa los niveles propios de cuidado, es así que cuando se hace irrigación con hipoclorito se pueda presentar infiltración del mismo ya sea porque el paciente tiene alguna pequeña laceración que no es posible detectar al ojo, o que hubo un acercamiento involuntario de la aguja al tejido blando como lo es la encía, se produzcan los efectos propios como es ardor o dolor intenso, inflamación, edema intenso y extenso de la piel, en algunas ocasiones se presenta equimosis, aquí el deber del profesional y los pasos que tanto la literatura como en los fallos del Tribunal de Ética Odontológica de Santander ha contemplado frente estos casos, es que el profesional debe mantener la calma, avisarle al paciente de lo ocurrido y atender la urgencia, irrigándolo con una solución de cloruro de sodio, colocación hidróxido de calcio vía intraconducto, prescribir antibióticos, analgésicos, antiinflamatorios para esto es necesario tener un conocimiento amplio dentro de la historia clínica de los antecedentes y alergias que pueda presentar el paciente frente a ciertos medicamentos, además se le debe recomendar compresas de agua fría; en algunos casos se debe acompañar al paciente a urgencias cuando el profesional no puede mantener la calma para manejar la situación, pero lo que se busca es que no se deje solo al paciente cuando se presentan estos riegos.

Todo esto nos indica que, por la atención odontológica nos encontramos frente a dos tipos de obligaciones, una que es propia del acto insertada dentro del consentimiento informado, que debe procurar cumplir con los lineamientos de los cánones científicos propios del tratamiento, además de los dados por la Ley 35 de 1989 o Código de Ética del Odontólogo Colombiano, donde la voluntad del paciente es la que produce efectos jurídicos, es decir, es de carácter unilateral y otra que es derivada pero que igualmente produce efectos jurídicos como fuente principal de las obligaciones que es el acto o negocio jurídico, donde intervienen dos personas, el odontólogo y paciente, y lo que se pretende es que del acuerdo de voluntades se produzcan efectos jurídicos.

Desde ya es necesario aclarar que el consentimiento informado se encuentra dentro de los presupuestos del acto jurídico como tal, debido a que son “comportamientos humanos previstos por el derecho como supuestos de hecho con consecuencias jurídicas”¹³⁵, en tanto que no hablamos de acuerdo de voluntades, sino una exposición que hace el odontólogo de los posibles tratamientos que se pueden efectuar en razón de sus condiciones orales y del cual el paciente toma una decisión para autorizar el inicio del tratamiento según sus capacidades como se expresó anteriormente y que produce efectos jurídicos propios de la *lex artis* o del cumplimiento en los cánones científicos que se deben observar en el procedimiento odontológico.

Por otro lado cuando hablamos de disposición de intereses como la forma de pago del tratamiento odontológico como tal, estamos frente a otro acto jurídico que se encuentra dentro del ámbito del negocio jurídico, es de recordar que “todos los negocios jurídicos son actos jurídicos, pero no todos los actos se pueden calificar como negocios jurídicos”¹³⁶, siendo el negocio subsumido por el acto, el cual tiene

¹³⁵ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Vol. I, cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2009. Pág. 13.

¹³⁶ *Ibidem*. Pág. 13

unos elementos propios que sin ellos se degeneraría en otra situación totalmente diferente, pero ante todo se requiere de la existencia de la manifestación de la voluntad, consciente y encaminada a la producción de efectos jurídicos, donde prima la autonomía y la libre disposición de regular sus intereses.

Para la existencia del negocio jurídico como tal, es necesario cumplir con ciertos requisitos de carácter sine qua non, que sin ellos no se cumpliría el resultado jurídico que se busca, los cuales son¹³⁷:

1. Voluntad de las partes.
2. Objeto.

1. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Para que surta efectos jurídicos una obligación, se requiere que haya acuerdo de voluntades que implícitamente genera resultados jurídicos, “La ley dice a las partes: Si formuláis tal o cual declaración de voluntad, gozará de mi protección, es decir, producirá un resultado jurídico; y no es necesario más para que nazca el efecto jurídico prometido por ella”¹³⁸. La ley le brinda a las partes la facultad de auto determinarse frente a sus propias disposiciones, especialmente cuando se trata de proteger fines económicos, debido a que las partes lo que buscan conscientemente es contemplar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, más allá de pensar en crear efectos jurídicos, por lo que la ley implícitamente sortea dicha situación previamente.

Naciendo de la voluntad derechos subjetivos, como consecuencia de la declaración de la voluntad contractual y obligaciones jurídicas, que se derivan de

¹³⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OPSINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y el negocio jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005. Pág. 28.

¹³⁸ DANZ, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Editorial Leyer. Bogotá. 2006. P. 20.

dichas declaraciones. Por lo que la disposición de los derechos subjetivos puede ser inter partes o unilateralmente, lo que se persigue es la producción de los efectos jurídicos derivados de la voluntad, la cual debe otorgarse según el negocio a celebrarse cumpliendo con los requisitos legales.

Si nos encontramos frente a un contrato la declaración es de dos partes, el contratante y el contratista, el primero se obliga a pagar una prestación económica y el segundo debe cumplir con lo que se compromete. Para el caso que nos ocupa los extremos de la relación a saber son el paciente como contratante, que es el que adquiere la obligación de cancelar los costos del tratamiento odontológico, escogido según su capacidad económica y condiciones estomatológicas, previa explicación del odontólogo tratante, dándose así su disposición de voluntad y por otro lado el profesional de la salud, quien es el contratista, que debe exponer los tratamientos adecuados al paciente para que éste elija su opción, el odontólogo está obligado a poner a disposición del paciente sus conocimientos acerca del tratamiento, los materiales y las técnicas adecuadas para la consecución del fin perseguido por el paciente que lo llevó a someterse a un tratamiento odontológico.

Pese a que la voluntad interna de las partes busca un resultado totalmente diferente a la producción de efectos jurídicos dentro del marco de las obligaciones, nos encontramos frente a esta situación al momento de contratar el tratamiento odontológico, que su fin principal es hallar la sanación de una enfermedad oral o la estética bucal, que lleva implícito unas responsabilidades jurídicas en la producción de efectos emanados del ejercicio profesional propio, y a parte como hemos observado surge a la par la existencia de un negocio jurídico, que se había dejado de lado, específicamente cuando hablamos de tratamientos que requieren más de dos sesiones y que sus costos superen el valor de una consulta. Porque lo que se busca es que exista un respaldo documental en el que se contemplaron

los costos del tratamiento y su forma de pago¹³⁹, debido a que ni la historia clínica, ni el consentimiento informado que son los documentos sine qua non que deben existir al momento de la consulta, son los aptos para contemplar este tipo de situación jurídica.

2. OBJETO

Es lo que hace que las personas decidan celebrar un negocio que produce efectos jurídicos, esto con el fin de surtir necesidades propias.

El hombre puede efectuar actos naturales y actos jurídicos, los primeros son aquellos que hacen parte de su desarrollo personal, como es la relación que tiene consigo mismo, con Dios y con la sociedad, en las que observa las reglas propias de cada espacio, pero que no produce efecto en el mundo jurídico; y los segundos son aquellos que van encaminados a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, la importancia de estas situaciones es que voluntariamente el hombre las crea, porque interviene la autonomía de la voluntad¹⁴⁰.

Como se planteó no todas las actuaciones producen consecuencias jurídicas, sino también el hombre se encuentra sometido a los reproches de carácter social y hasta religioso, por las conductas que afronta, pese a ello, se debe resaltar, que

¹³⁹Esta situación se puede considerar como algo nuevo, que no se observa dentro de los tratamientos odontológicos, ya sea por el grado de confianza que tiene el profesional de la salud en el paciente, porque considera que a cambio del beneficio o sanación que recibe el paciente éste se ve inmerso en la obligación de cumplir con la obligación económica o como se observa en muchas ocasiones los costos son mal manejados dentro del consentimiento informado donde se le pone de presente al paciente son el tratamiento ideal y el alternativo planteándole únicamente los costos y no lo que realmente conlleva este documento, que es las condiciones del paciente, los riesgos, complicaciones y consecuencias propias de los tratamientos, y en algunos casos dentro de la historia clínica, donde más allá de anotar el procedimiento realizado en consulta, insertan es el valor cancelado dentro de la misma por el paciente, siendo evidente que hay una mala utilización de los documentos exigidos para la consulta.

¹⁴⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005. Pág. 30

hay hechos en lo que la aplicación de la ley, se da sin la intervención de la voluntad del hombre, estos son desde el mismo momento en que se pertenece a un estado, porque se encuentra sometido al imperio de la ley y su violación produce unas consecuencias jurídicas que ya se encuentran predispuestas, mientras que en los actos jurídicos, las partes sin despegarse del marco jurídico sobre el objeto que se va a realizar el acto, puede pactar disposiciones que les son propias a ellos, accediendo voluntariamente a dichas situaciones.

Dentro del objeto de los actos jurídicos, nos encontramos con algunas teorías que lo contemplan desde un enfoque filosófico – jurídico¹⁴¹:

7.1. TEORÍA DEL OBJETO JURÍDICO CONCRETO.

Su enfoque es meramente racionalista, “donde la voluntad de los agentes es la fuerza creadora de todos los efectos de los actos jurídicos”¹⁴². Para ellos el hombre mediante su voluntad decide desde pertenecer a un grupo social, hasta regular autónomamente las instituciones a las que va a ser parte, disponiendo de los alcances que dan vida al acto jurídico.

Con esta teoría se busca que prime la voluntad del agente, “serían llamados a organizar autónomamente sus relaciones y a determinar las naturaleza, alcance y modalidades de la regulación que quisieran darles a aquellas”¹⁴³. Se infiere que si no hay voluntad, no puede hablarse de la existencia del acto jurídico, debido a que se entiende ésta como el elemento principal para que este revestido de eficacia.

¹⁴¹ Ibídem. Pág.32

¹⁴² Ibídem. Pág. 32

¹⁴³ Ibídem. Pág. 32

7.2. TEORÍA DEL OBJETO JURÍDICO GENÉRICO.

Corresponde a la doctrina moderna, “la voluntad privada a su justa subordinación a las normas e instituciones jurídicas”¹⁴⁴, es decir, donde la voluntad de las partes se supedita a la ley, debido a que la creación, modificación o extinción de los actos que emanan del derecho, a causa de ello la autonomía privada sobre la disposición de intereses, proviene de una regulación preexistente y por lo tanto, ésta debe supeditarse a la ley, con el fin de que el acto tenga validez y eficacia.

Esta teoría tiene acogida en nuestro ordenamiento jurídico, dado que el código contempla las formalidades legales que se deben observar obligatoriamente para que los actos tengan fuerza vinculante y validez, por lo que si el acto es “contrario a la ley imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, la voluntad de los agentes es ineficaz”¹⁴⁵, por lo expuesto se puede afirmar que la voluntad no es el elemento principal para la eficacia de un acto, pues se debe observar que éste cumpla con las lineamientos de ley, además que se encuentra supeditado al orden público y a las buenas costumbres.

7.3. TEORÍA DEL OBJETO FIN PRÁCTICO.

El objeto no se determina por los efectos que produce, sino por la real intensión de las partes, que es el fin práctico. Se confunde el objeto de la voluntad con el fin práctico, motivo por el que no es aceptada esta teoría dentro de nuestro ordenamiento, debido a que hay distinción entre “el objeto, el contenido jurídico de la operación y fin práctico determinado por los móviles o motivos que inducen a la celebración del acto y que constituyen su causa”¹⁴⁶. Lo que busca esta teoría es

¹⁴⁴Ibíd. Pág. 32

¹⁴⁵Ibíd. Pág. 33

¹⁴⁶Ibíd. Pág. 34

determinar que el objeto del acto jurídico está compuesto por la voluntad de celebrar el acto y a su vez, porque éste debe ser legal.

De lo anterior se desprende que, todo acto jurídico debe contener un objeto el cual va a crear, modificar o extinguir una relación jurídica, que es lo que lleva a que las partes se desprendan de su voluntad para tomar una decisión sobre la celebración del acto, siendo el cimiento fundamental de todo acto jurídico su objeto, que es por lo que la ley le permite a las partes disponer de su autonomía para obligarse en razón de él. Para nuestro caso, el objeto jurídico es la realización de determinado tratamiento jurídico, pero que como se dijo anteriormente, aquel que esté aprobado tanto en la literatura científica como por las entidades que dan su aval, por la eficacia terapéutica y la ayuda en la sanación del paciente, que a partir de la determinación del objeto, es decir, del tratamiento a realizarse según las necesidades del paciente, surgen las demás disposiciones propias del acto y del consentimiento informado.

Ahora bien, para que un negocio jurídico sea contemplado como válido, se requiere que concurren otras circunstancias, además de la voluntad de las partes, porque con la voluntad nace, pero se requiere que este revestido del requisito de validez, para lo que la ley dispone que deban concurrir los siguientes presupuestos¹⁴⁷:

1. La capacidad de las partes.
2. Lo dispuesto no debe ir contra la ley ni contra las buenas costumbres.
3. En determinados casos, la observancia de las formas.
4. Para los casos determinados la entrega de la cosa, para que se transmita su propiedad.

¹⁴⁷DANZ, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Editorial Leyer. Bogotá. 2006. P. 23

En su orden cada presupuesto corresponde a:

1. La capacidad de las partes.

El termino capacidad ha sido definido como “la aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ejercerlos”¹⁴⁸, desde el momento en que una persona es concebida, se hace acreedor de los derechos y garantías que constitucional y legalmente existen dentro de su territorio nacional, es decir, se adquieren por el solo hecho de existir; en cambio para ejercer esos derechos y celebrar actos jurídicos revestidos de validez, se debe cumplir con los requisitos enmarcados en nuestro código civil dentro del artículo 1502 sobre el tema contempla “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz¹⁴⁹” y la define así “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”¹⁵⁰, es decir, que para que el acto jurídico sea legal y surta efectos en la vida jurídica, se requiere que sea celebrado por personas que gozan de capacidad legal.

Dicho postulado se aplica también para la consulta odontológica, toda vez que el Código de Ética Colombiano enmarcado dentro de la Ley 35 de 1989, en su artículo 19 consagra “El odontólogo no hará tratamiento, no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o intelectualmente no capaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.”¹⁵¹, siendo imperativo el cumplimiento de las disposiciones de todo acto jurídico,

¹⁴⁸ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. P.119.

¹⁴⁹ Colombia. Código Civil. Art. 1502.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Colombia. Ley 35 de 1989. Art. 19.

respecto a la capacidad legal de las personas tanto para obligarse como para declarar la voluntad.

2. Lo dispuesto no debe ser contra la ley ni contra las buenas costumbres.

Para el cumplimiento de las obligaciones que se plasman dentro de todo contrato, se debe observar que estas no sean contra la ley, ni las buenas costumbres, frente al tema, el código de ética del odontólogo dispone en su Artículo 17. “Es contrario a la ética emplear materiales diferentes a los convenidos con el paciente, o ejecutar tratamientos contraindicados”¹⁵², así las cosas la ley que regula la profesión le establece como obligación al odontólogo, mantener los preceptos de respeto, responsabilidad y cumplimiento en las obligaciones que se pactan, en pro de la relación de confianza que debe existir entre el paciente y el profesional, igualmente la misma ley señala en su Artículo 24. “El odontólogo no debe prescribir, suministrar o promover el uso de droga, aparatos u otros agentes sobre los cuales no exista una seria investigación científica.”¹⁵³, el uso de las técnicas, aparatologías o medicamentos debe ser aprobado por la Federación Odontológica Colombiana. Actualmente por los avances tecnológicos y sobre todo por el uso del internet, se encuentran nuevas técnicas para la realización de tratamientos, lo que lleva a los pacientes a documentarse sobre las soluciones que allí les plantean para mejorar su estado de salud, lo que hace que prácticamente instruya al profesional sobre los procedimientos necesarios para llevar a cabo determinado tratamiento, si el profesional hace caso a esto sin primero documentarse sobre su aprobación y uso permitido en el país, lo lleva a violar con su conducta no solo el código de ética del odontólogo colombiano, sino también a realizar un contrato cuyas disposiciones son manifiestamente contrarias tanto a la ley como a las prácticas propias de la profesión. Lo que nos lleva a afirmar que la voluntad no es el elemento principal en cuanto a la eficacia de un acto, pues se debe observar

¹⁵²Colombia. Ley 35 de 1989. Art. 17.

¹⁵³Ibídem.

que éste cumpla con los lineamientos de ley, este supeditado al orden público y a las buenas costumbres.

3. La observancia de las formas.

El artículo 1500 del Código Civil establece “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”¹⁵⁴. Nos encontramos frente a la eficacia y la existencia del acto, en nuestro caso, se habla de un contrato consensual, debido a que solo requiere del consentimiento para su existencia, y su falta de formalidades no lo degeneraría en otro acto, ni mucho menos afectaría su existencia.

Pero se hace necesario aclarar que la consensualidad es para el acto o negocio jurídico, en el que se establecen las obligaciones económicas, más no para el consentimiento informado, porque éste si debe observar formalidades propias como lo es que vaya por escrito. Aunque para los dos actos lo que se busca es la existencia de una prueba de su celebración tal y como las partes lo acordaron.

4. Para los casos determinados la entrega de la cosa, para que se transmita su propiedad.

Dentro del tema que estamos desarrollando, este presupuesto no se contempla, porque su finalidad es la realización de un tratamiento, por lo que se puede considerar como un acto o contrato particular, debido a que no se puede hablar de rescisión del negocio porque las cosas no pueden devolverse a su estado

¹⁵⁴Colombia. Código Civil. Art. 1500.

originario, debido a que se trata de un tratamiento y se estaría en detrimento de la salud del paciente.

Dentro del negocio jurídico, encontramos una rama más específica que contiene dos elementos esenciales “los contratos siempre versan sobre intereses patrimoniales y siempre aparecen dos o más sujetos. Si un negocio jurídico reúne estas dos condiciones, es un contrato.”¹⁵⁵ Como se ha visto de la consulta odontológica se desprende el consentimiento informado, como declaración de la voluntad para autorizar un tratamiento y el acuerdo sobre el interés patrimonial, que versa como producto del mismo, el cual se debe plasmar en un contrato sobre todo cuando el tratamiento se extiende en el tiempo o requiere la realización de varios procedimientos y profesionales de las diferentes especialidades, esto debido a que como ya se menciono es el documento idóneo en el que se estipula precio y formas de pago, pero no como documento principal sino accesorio derivado de un acto odontológico.

Así las cosas, el documento que se requiere para plasmar el valor del tratamiento odontológico, se encuentra enmarcado dentro de los contratos, en tanto que la disposición que lo define, en el artículo 1495 Código Civil Colombiano, reza “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”¹⁵⁶, siendo esta definición el fundamento jurídico de la existencia del documento necesario para pactar las obligaciones pecuniarias entre el paciente y el profesional de la salud oral.

¹⁵⁵ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Vol. I, cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2009. Pág.15.

¹⁵⁶ Colombia. Código Civil. Artículo 1495.

Dentro de la clasificación nos encontramos en que es bilateral porque “las partes contratantes se obligan recíprocamente”¹⁵⁷, donde uno de los extremos se obliga a ejecutar el tratamiento odontológico autorizado en el consentimiento informado, utilizando los materiales señalados y sobre todo disponiendo de sus conocimientos científicos para realizar un tratamiento exitoso, mientras que el paciente se obliga a cancelar el tratamiento en el tiempo allí pactado, además de mantener sus condiciones indicadas dentro del consentimiento informado.

Es oneroso porque “tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”¹⁵⁸, la finalidad del ejercicio profesional como odontólogo trae implícito desarrollar sus capacidades y destrezas adquiridas en la universidad en pro del paciente, a cambio de una contraprestación para desarrollarse como individuo que hace parte de una sociedad, aplicando los preceptos constitucionales en torno al derecho del trabajo y a la consecución del mínimo vital y móvil para satisfacer sus necesidades.

Igualmente se considera conmutativo porque “cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”¹⁵⁹, lo que se busca es el beneficio común de los extremos de la relación, es decir, que el paciente encuentre con el tratamiento la cura a su problema de salud oral o por el contrario la satisfacción en materia de estética, aunque en este último punto debe ser claro el profesional e indicarle al paciente los resultados del tratamiento en su aspecto propio, es decir, muchas personas cuando consultan por estética llevan referencias de fotografías de sonrisas pertenecientes a modelos, actores o actrices y sus expectativas es quedar tal cual como aparece en la fotografía y si el resultado es totalmente diferente a su mapa mental vienen consecuentemente las desilusiones y los malos

¹⁵⁷Ibidem. Artículo 1496.

¹⁵⁸Ibid. Artículo 1497.

¹⁵⁹Ibid. Artículo 1498.

entendidos con el tratante, por lo que es deber del odontólogo dentro del contrato ser claro en este punto para que no se presente la inconformidad con el paciente, es decir, debe aterrizarlo a la realidad que muestran las condiciones de la persona que lo consulta.

Además es accesorio toda vez que “tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”¹⁶⁰, siendo un aspecto muy importante, debido a que el contrato surge por la prestación del servicio odontológico, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se presentan, aunque el paciente tiene como soporte el consentimiento informado sobre el tratamiento autorizado, para el odontólogo no existe otro documento en el que se plasme la obligación de carácter pecuniario, para determinar los costos que se deben asumir del mismo, lo que nos lleva a pensar que es el único documento válido en el que se contemplan dichas obligaciones, porque como se afirmó al inicio, éstas no se deben insertar como hasta ahora en la mayoría de la práctica se ha observado dentro de la historia clínica que dejan como constancia de la presentación del paciente a la cita el pago que realizó, haciendo un mal uso de un documento creado con fines totalmente diferentes y mucho menos en el consentimiento informado. De modo que dentro del contrato se debe estipular no solo los costos, sino también los plazos del cumplimiento de la obligación y la forma en que se van a legalizar dichos pagos, es decir, si se va a expedir un recibo por cada uno o si se autoriza que al respaldo del contrato se vayan insertando, ya sería un acto dispositivo de las partes.

Para que exista claridad para los extremos de la relación contractual se hace necesario, contemplar los 3 elementos enmarcados en el artículo 1501 del código civil los cuales son:

¹⁶⁰ Ibíd. Artículo 1499

1. Elementos esenciales:

“Constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo¹⁶¹”, pese a que es un contrato accesorio, los extremos de la relación contractual deben hacer claridad en todas aquellas obligaciones y la forma como se van a surtir, por lo que es necesario que haya un convencimiento intencionado de lo que se quiere para que surja el acto como tal, de ahí la importancia de que exista claridad entre el tratamiento querido por el paciente y el apto por sus condiciones orales y económicas, con el fin que no exista compromiso de una parte más allá de las capacidades que se presenten, tanto del estado de salud, como las de pago.

2. Elementos naturales:

“Son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial.”¹⁶², no requieren de estipulación de las partes, porque se encuentran implícitos e igualmente producen efectos jurídicos, debido a que se le impondría una carga a los celebrantes al momento de realizarlo.

3. Elementos accidentales:

“Accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”¹⁶³ entendiéndose como los pactos que celebran las partes derivados por la ley según la naturaleza del acto, lo que se busca es dar vía a la autonomía de las

¹⁶¹OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005. Pág. 36

¹⁶²Colombia. Código Civil. Artículo 1501.

¹⁶³Ibidem. Artículo 1501

partes, dejar que ellas dispongan según sus necesidades y requerimientos, siendo así, que pueden acordar cláusulas de responsabilidad ante el incumplimiento, o que se deben cumplir ciertas condiciones para que surta efectos el acto jurídico o simplemente que debe realizarse dentro de un plazo pactado, so pena de incumplimiento y las demás responsabilidades que se plasmen allí.

Por otro lado la ley contempla para la existencia del acto unos requisitos para que surta efectos jurídicos la declaración que se hace con el fin de obligarse, enmarcados dentro del artículo 1502 del Código Civil, la persona debe ser legalmente capaz, debe consentir el acto o declaración y además debe adolecer ésta de vicios, debe recaer sobre un objeto y una causa lícita, como se ha visto en el desarrollo del tema, estos son presupuestos también de la existencia del acto jurídico y su validez, por lo que nos quedaría por definir el consentimiento que en el siguiente capítulo hay un desarrollo sobre el tema, debido a que es el presupuesto de mayor importancia para el ejercicio del consentimiento informado.

El contrato requerido para la consulta, se puede clasificar como atípico, toda vez que no se encuentra reglamentado por la ley.

Bajo nuestro régimen jurídico – explica la Corte Suprema de Justicia – la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades no previstas por el legislador, debido a que él obtiene sus materiales del pasado y se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos¹⁶⁴.

Lo que presupone que la autonomía de la voluntad puede llevar a las personas a que convengan sobre determinadas situaciones, sin alejarse del marco jurídico, cuando la ley no reglamenta particularmente los actos o contratos, llevándonos a

¹⁶⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005. Pág. 50.

pensar en un contrato de prestación de servicios, que presupone una obligación de hacer algo a cambio de una contraprestación, que por ser un acto propio de una prestación de un servicio derivado de una profesión liberal debe regirse por las leyes civiles.

Por su parte la Corte Constitucional sobre el tema señaló que:

Un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.¹⁶⁵

Indicándonos la Corte los elementos que componen el contrato de prestación de servicios que lo hace diferente de un contrato laboral, debido a que no existe ni subordinación laboral y mucho menos dependencia del odontólogo hacia el paciente, mientras se ejecuta el tratamiento odontológico que es el objeto del mismo.

De igual forma el Consejo de Estado se pronunció sobre los contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

A pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse por profesiones liberales, del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, confrontando los conceptos de “profesión” y de “arte liberal”, y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio

¹⁶⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 154 del 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA.

del intelecto, que han sido reconocidas por el estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico¹⁶⁶.

Es de recordar que la profesión de odontólogo no solo se puede ejercer con la obtención del título profesional, sino que a su vez, debe realizar un año de ejercicio social obligatorio, imposición dada por la ley 35 de 1989 artículo 42, sumándose mediante las altas cortes otros elementos contemplados para caracterizar el contrato de prestación de servicios, el cual debe contemplar unas cláusulas específicas para el ejercicio profesional, debido a que no se va a ejecutar una labor que se pueda equiparar a la prestación de un servicio en una empresa.

Dentro de las cláusulas a tener en cuenta debe ir un objeto el cual es la realización de un tratamiento odontológico determinado, especificado y autorizado en el consentimiento informado; además se debe determinar el valor del tratamiento que es la causa principal que constituye este contrato, porque se debe recordar que es accesorio y que lo que se busca es plasmar por escrito la existencia de la obligación pecuniaria, los plazos acordados para el pago y la forma como éste se va a registrar como se ha venido planteando no se puede hacer en la historia clínica como hasta el momento se ha observado en la práctica profesional; así mismo se debe estipular unas obligaciones tanto para el paciente como para el odontólogo¹⁶⁷, la garantía que va a tener el tratamiento odontológico y los casos

¹⁶⁶ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 16 de mayo de 1991. Expediente 1323. Sección Primera. Magistrado Ponente LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

¹⁶⁷ Las obligaciones para el paciente se delimitan en asistir a las citas odontológicas en las fechas estipuladas y en caso de no poder hacerlo que se comprometa a cancelarla a efectos de no entorpecer la jornada laboral del profesional, a su vez, observar los lineamientos de cuidado que se le han señalado dentro del consentimiento informado, así mismo comunicar sobre las dolencias en el momento en que se presentan al odontólogo tratante para que sea él quien dé una explicación y solución a la situación y no como suele pasar que van de consultorio en consultorio escuchando opiniones y versiones totalmente diferentes sobre el tratamiento, lo que los lleva muchas veces a iniciar denuncias de carácter ético disciplinario en contra del odontólogo, obviamente cumplir con los pagos en las fechas estipuladas. De otro lado están las obligaciones del profesional que son poner a disposición del paciente sus conocimientos, en caso de presentarse complicaciones del

que cubre como tal, la forma en que se da por terminado el contrato si aún se encuentra en vigencia el tratamiento por parte del profesional y del paciente, la forma de dar los avisos correspondientes y el cumplimiento de las obligaciones que se generan.

El contrato que debe existir para la consulta odontológica, a su vez debe estar revestido por los principios generales de la contratación desarrollados por la doctrina, debido a la perceptible necesidad de modernización en la aplicación de la norma, es de recordar que el código civil no ha tenido grandes transformaciones, pero el mundo cada vez ha ido cambiando por lo que pese al marco jurídico que reglamenta su fundamento, es necesario revisar el entorno, haciendo uso de los principios generales que deben acompañar todo acto, negocio y contrato, los cuales son tratados doctrinariamente:

1. Principio de la autonomía privada.

Su raíz proviene de la constitución política artículo 333 que dispone “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”¹⁶⁸, lo que pretende el legislador es ofrecer un marco general por el que se deben seguir las partes de un contrato, sin necesidad de delimitar cada opción como tal, debido a que sería una larga y ardua tarea de nunca acabar, por lo que se deja en manos de los particulares disponer de su actividad económica pero siempre dentro de los límites del bien común, así las cosas “por

tratamiento realizar interconsulta con un par idóneo en pro de la salud del paciente, usar los materiales pactados, cumplir con los tiempos del tratamiento y ante todo mantenerlo informado tanto del tratamiento como de los cambios que se puedan presentar, los eventos adversos previsibles y no previsibles siempre suministrando la información necesaria al paciente sin llegar a extremos de generar preocupaciones injustificadas como lo señala el artículo 6 de la ley 35 de 1989 que reza “La actitud del odontólogo ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte injustificada preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas”.

¹⁶⁸Colombia. Constitución Nacional. Artículo 333.

regla general son los propios particulares quienes están llamados a crear disposiciones que van a disciplinar su relación jurídica”¹⁶⁹.

Dicha disposición se da a raíz que son las partes los que saben sus capacidades y límites para poder obligarse entre sí, es por esto que se ha recalcado la obligación que tiene el profesional de la odontología de indicar al paciente el tratamiento ideal y uno alternativo, para que de acuerdo a las capacidades económicas sea él quien elija lo que más se condiciona a su situación, debido a que mal haría en pretender que el paciente se obligue a circunstancias que no sean accesibles o que por el contrario no pueda tener acceso a un tratamiento y mejoramiento de su calidad de vida. Esta es la razón por la que es importante el ejercicio de la autonomía privada, pero observando siempre el bien común, por lo que el ejercicio de los intervinientes no es absoluto.

Dicha autonomía privada se encuentra limitada al buen ejercicio de la profesión, aplicando ante todo los cánones científicos señalados para cada procedimiento y lo más importante que el profesional no puede permitir que las exigencias del paciente vayan más allá de sus conocimientos, debido a que esa autonomía puede llevar al paciente a solicitar al odontólogo procedimientos que van más allá de sus condiciones estomatológicas y que por complacerlo en algunas ocasiones se dejan llevar ocurriendo situaciones no esperadas.

2. Principio de la economicidad.

Todo contrato tiene como fin principal una prestación monetaria, “una característica fundamental de los contratos tiene que ver con el carácter patrimonial que siempre tienen los intereses que se crean, regulan o extinguen en

¹⁶⁹ BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, generalidades contractuales. Vol. II. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. 2004. Pág. 58.

ellos”¹⁷⁰. Esta es la causa fundamental por la que se ha dilucidado la necesidad de realizar un contrato entre el paciente y el odontólogo como consecuencia del tratamiento odontológico, para que quede constancia de las obligaciones patrimoniales a la que los extremos de la relación se comprometieron. Pese a que hay una elección del tratamiento no debe hacerse uso de los otros documentos legales y obligatorios en consulta para registrar estas obligaciones que son necesarias plasmarlas por escrito, por lo que se recomienda realizar un contrato de prestación de servicios para respaldar los convenios económicos pactados.

3. Principio de la buena fe.

Dentro de las disposiciones constitucionales se contempla este principio en el artículo 83 “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”¹⁷¹, lo que se busca es que los particulares al momento de realizar una actuación lo hagan con base en los postulados de transparencia, lealtad y probidad frente a los intereses del otro contratante¹⁷², además que para nuestro caso, lo que busca el paciente es una mejoría en sus condiciones orales y existe una obligación ética para el profesional en cumplir con los cánones científicos del tratamiento contratado, por lo que el actuar debe ser con completa rectitud para evitarse la responsabilidad ética disciplinaria, civil y penal que como consecuencia del tratamiento se puede presentar.

En virtud de este principio se presume que los contratos celebrados se encuentran revestidos de la buena fe y que en caso de alegarse la mala fe debe demostrarse,

¹⁷⁰Ibidem. Pág. 60.

¹⁷¹Colombia. Constitución Nacional. Artículo 83.

¹⁷²BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, generalidades contractuales. Vol. II. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. 2004. Pág. 60

sobre todo cuando se ha obrado con engaños, malicia o se calla ante las situaciones que se presenten, como cuando se encuentran frente a eventos adversos no previsibles y por la simple razón de ocultar la verdad al paciente prefieren callar, incumpliendo con su compromiso de buena fe.

4. Principio de tutela de la confianza.

Este principio es de suma importancia dentro de la relación contractual que se desarrolla como consecuencia de la atención odontológica y más aún porque el paciente pone en manos del profesional sus condiciones de salud y hasta sus anhelos de aumentar su estética en pro del autoestima, y el profesional por su parte se encuentra en virtud de la buena o mala fama que le haga el paciente, porque hoy por hoy, nos encontramos frente a dos situaciones muy particulares, la primera en que existe un gran número de profesionales de la salud, clínicas odontológicas y especialistas que ofrecen servicios con valores agregados, la segunda es que por la misma saturación del mercado los odontólogos deben acogerse al bum del marketing, donde el servicio al paciente es importante para que no sólo vuelva él sino que además le haga promoción con sus amistades y allegados, por lo que la desconfianza que pueda generar el odontólogo le va a afectar en su parte profesional.

Cuando el paciente como consecuencia del tratamiento sufre alguna dolencia por algún evento adverso, pero se es informado y además se le atiende para corregir o mitigar el daño, es consciente que el odontólogo ha obrado honradamente y que no se puede aprovechar del error, porque se deriva de un hecho anormal y eventual¹⁷³, más no por falta de conocimientos por parte del profesional.

¹⁷³Ibidem. Pág. 61.

5. Principio de las cargas.

Lo que se busca es que no se use como justificación el desconocimiento de la ley, debido a que como el mismo principio lo indica no es una excusa, por lo que se exige que “quien celebra un negocio jurídico debe cumplir ciertas cargas si tiene interés en la validez o en la eficacia de un negocio”¹⁷⁴, así las cosas se exige a los extremos de la relación contractual que se observen los requisitos mínimos para revestirlo de legalidad, por lo que el profesional debe tener presente la exigencia de la capacidad, puesto que la ley tiene disposiciones expresas frente a los menores de edad y los incapaces absolutos.

A su vez, la ley 35 de 1989 en su artículo 19 sobre el particular dispone¹⁷⁵:

El odontólogo no hará tratamiento, ni intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, personas en estado de inconsciencia o intelectualmente no capaces, sin la previa autorización de sus padre, tutores o allegados, a menos que la urgencia exija una intervención inmediata.

Generándose con esta disposición una obligación expresamente señalada, en la que es necesario obtener el permiso del representante legal del menor para iniciar el tratamiento y por ende se extiende a la obligación de suscribir un contrato para que se realice éste, la misma normatividad contempla como excepción la urgencia manifiesta, por la que obviamente tampoco sería de vital importancia o hasta pertinente suscribir un contrato.

¹⁷⁴Ibíd. Pág. 63.

¹⁷⁵Colombia. Código de Ética del Odontólogo Colombiano, Ley 35 de 1989. Artículo 19.

6. Principio de preservación.

Lo que se busca con este principio es que en pro del interés general y la capacidad de disposición que tienen las partes, cumplan los propósitos para los cuales realizaron el contrato¹⁷⁶, debido a que nos encontramos frente a una obligación de hacer y sobre todo a que una vez iniciado el tratamiento odontológico, no se puede volver al estado anterior, porque se estaría en detrimento de la salud del paciente, es necesario hacer que las partes asuman las obligaciones que suscribieron, a no ser que la interrupción del tratamiento no produzca efectos perjudiciales para la salud del paciente y lo que se quiera es cambiar de profesional, debido a que existe la disposición legal en la que se le permite al paciente prescindir de los servicios del profesional en la odontología¹⁷⁷.

7. Principio de equilibrio patrimonial.

La intención del contrato es que a cambio de la obligación de hacer, exista una contraprestación, pero además de su cumplimiento, también se busca que se efectúe en los términos acordados, es decir, que si en un principio se acordó utilizar determinados materiales para realizar los procedimientos sean esos y no los reemplacen por otros, así mismo, que el paciente realice los pagos en los tiempos acordado, toda vez que hay procedimientos dentro del tratamiento que los debe realizar un laboratorista a quien se le debe cancelar por su labor y mal se haría en pretender que el profesional tratante sea quien deba sufragarlos, cuando el beneficio es para su paciente, de ahí que se propende que haya una igualdad para los contratantes en el cumplimiento y la disposición de las obligaciones, según sus capacidades intelectuales y económicas respectivamente.

¹⁷⁶ BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, generalidades contractuales. Vol. II. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. 2004. Pág. 65.

¹⁷⁷ Colombia. Código de Ética del Odontólogo Colombiano, Ley 35 de 1989. Artículo 4.

En últimas el contrato lo que busca es que haya un beneficio mutuo, para el paciente que logre la solución a sus dolencias o el estado estético que requiere para el mejoramiento de su autoestima, mientras que para el profesional de la salud contribuir a su economía personal.

8. Principio de la libertad de forma.

Como se mencionó anteriormente, existe libertad para plasmar la disposición de derechos y obligaciones más allá de las propias que surgen como consecuencia de un tratamiento odontológico, porque para la autorización del mismo se requiere del consentimiento informado, pero para tasar los honorarios junto con el valor del tratamiento, no existe un documento formal que los limite, dejando en libertad al paciente y al odontólogo para que realicen las estipulaciones como mejor lo crean conveniente, por lo que pueden hacer el acuerdo verbal o por escrito que es la forma más recomendable, para que quede una constancia de las obligaciones suscritas, debido a que “el legislador deja que el usuario de la figura opte por la forma que quiera o la que se acomode mejor con sus aspiraciones respecto del negocio”¹⁷⁸, debido a que nos encontramos en el ejercicio de una profesión liberal y a las cláusulas de las que se compone esta relación se sugiere un contrato de prestación de servicios, que se encuentra regido por las leyes civiles y que además, a partir de éstas, es de libre disposición de las partes para su conformación.

9. Principio del efecto vinculante.

Su importancia radica en que “como dice el artículo 1602 de nuestro código civil, el contrato es ley para las partes”¹⁷⁹, esto debido a que las obligaciones que allí se

¹⁷⁸ BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, generalidades contractuales. Vol. II. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda. 2004. Pág. 67.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 69.

encuentran no son impuestas por nadie más que por los mismos responsables de su celebración, motivo por el que se les otorga la oportunidad de auto regularse conforme a sus disposiciones y capacidades, creándose sus propias obligaciones generando un documento que se puede equiparar a la ley porque tiene su misma fuerza vinculante y obligatoria.

De ahí radica la obligación para el odontólogo de ser claro dentro del consentimiento informado sobre los posibles tratamientos que ofrece al paciente, los procedimientos, técnicas, materiales a usar, para que éste escoja el más adecuado y sea el que sea plasma en la relación contractual, para que no vaya a conllevar a yerros que generen situaciones diferentes a las queridas por las partes, igualmente, es necesario que se advierta al paciente, dentro del consentimiento informado y dentro del contrato de prestación de servicios que como consecuencia del tratamiento pueden aparecer nuevas situaciones que requieran de otros procedimientos y por lo tanto posiblemente exista un incremento en los costos acordados, se debe hacer esto debido al efecto vinculante que el contrato trae para las partes, porque si no hay claridad sobre el tema, una vez iniciado el tratamiento es aconsejable no cambiar las disposiciones pactadas desde un principio, porque generaría un cierto sin sabor al paciente, que lo lleva a pensar que está siendo objeto de investigación o como comúnmente se conoce puede llevarlo a sentir como un conejillo de indias, generando insatisfacciones y dudas sobre la confianza depositada en el profesional.

El contrato que se genera como consecuencia del tratamiento odontológico, se encuentra sujeto a su vez, a las disposiciones del código de ética del odontólogo colombiano, ley 35 de 1989, debido a esto es necesario que dentro del contrato de prestación de servicios se contemple alguna forma de terminación del contrato cuando no se ha culminado el tratamiento, esto en virtud de lo dispuesta en el artículo 4 de la precitada ley que dispone “El odontólogo respetará la libertad del

paciente para prescindir de sus servicios¹⁸⁰”, más adelante por medio de decreto reglamentario 491 de 1990 se dispuso en el artículo 3 “El odontólogo respetará la libertad del paciente para prescindir de sus servicios, siempre y cuando éste tenga capacidad de manifestar libremente su voluntad”¹⁸¹, sumándose a la determinación la capacidad del paciente para manifestar su voluntad de no continuar con el profesional tratante.

Por esta razón se debe acordar las medidas que se van a tomar frente a esta disposición, debido a que se debe hacer entrega al paciente de la fotocopia de la historia clínica para que le continúen su tratamiento, además que lo mínimo que esperaríamos el profesional es que se encuentre cancelado todos los procedimientos hasta ese momento realizados para expedir un paz y salvo y se extinga la obligación económica que acordaron. Así mismo, es necesario acordar el procedimiento y las causales de terminación del contrato por parte del odontólogo, sobre todo cuando el paciente no observa las indicaciones de cuidado para el tratamiento o cuando no es constante en la asistencia a las citas odontológicas situaciones que pueden acarrear perjuicios al paciente y sobre las cuales muy posiblemente se inculpe al profesional en la odontología, a su vez, cuando no existe un debido respeto en el trato tanto al odontólogo como a su personal por parte del paciente, lo que puede generar molestias e incomodidad al momento de la asistencia de éste a las citas odontológicas, situaciones que no obligan al profesional a prestar sus servicios, por lo que tiene la libertad de informarle por escrito al paciente sobre la situación de terminación del contrato y a su vez, debe entregar una copia de la historia clínica, eventos que debe anotar previamente dentro del mismo documento.

Elementos que debe contener el contrato de prestación de servicios en odontología, en el que se contempla las obligaciones pecuniarias así:

¹⁸⁰ Colombia. Código de Ética del Odontólogo Colombiano, Ley 35 de 1989. Artículo 4.

¹⁸¹ Colombia. Decreto reglamentario 491 de 1990. Artículo 3.

1. Objeto – El tratamiento autorizado por el paciente.
2. Valor del tratamiento.
3. Forma de pago.
4. Plazos.
5. Garantías del tratamiento se estipulan los plazos.
6. Obligaciones del paciente – asistir a citas, cuidarse el tratamiento según lo explicado en el consentimiento informado, cumplir con el pago.
7. Obligaciones del odontólogo – poner sus conocimientos a disposición del paciente, usar los materiales pactados, cumplir con los tiempos y hacer observación para casos de complicación.

En conclusión, es importante tanto para el paciente como para el profesional, crear un documento, donde exista la disposición de sus intereses contractuales, para establecer los lineamientos por los cuales se va a seguir un tratamiento odontológico, en el que se plasmen desde los intereses económicos, hasta las disposiciones de terminación del mismo, y así exista una seguridad jurídica que hay un entendimiento pleno sobre lo pactado. Siendo el más viable el contrato de prestación de servicios, por todos los elementos que dispone y que a lo largo del capítulo se han tratado.

8. COMPONENTE HERMENÉUTICO DE LA INVESTIGACIÓN

Como se expuso al inicio de la investigación, la doctrina sobre el área de la odontología se encuentra en desarrollo y puede decirse que en proceso de maduración, de allí que es necesario acudir no solo a la ley, la jurisprudencia, sino también a los principios que en los temas desarrollados.

Existe una distinción entre la norma y los principios, “ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas.”¹⁸², lo que ordena la ley es de imperioso cumplimiento, salvo cuando se encuentran las excepciones que permiten para ciertas situaciones una aplicación diferente; mientras que para los principios se debe observar el contexto que lo rodea, para establecer su viabilidad frente al caso concreto.

De allí que se afirme “los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia”¹⁸³, trasladando la responsabilidad al operador jurídico sobre el peso que debe contener cada uno, así las cosas, cuando se está resolviendo una situación sobre el tratamiento ofrecido y el efectuado por el profesional, se requiere conocer las circunstancias que lo llevaron a cambiar los lineamientos trazados en un principio.

Situación que no se presente al momento de la aplicación de la ley, dado que ante un conflicto se debe escoger la más acorde al caso y además que se debe

¹⁸² DWORKIN, Ronald. Los derechos en Serio. Barcelona: Gedisa, 1992. Pág. 75.

¹⁸³ *Ibíd.* P. 77.

observar su validez¹⁸⁴. Pero dentro de todo contexto jurídico y más aún por ser documentación que contempla la ley para que la autonomía de los contratantes prime, cuando están frente a la celebración de un contrato y más cuando están ante la disposición de intereses del cuerpo de uno de ellos, se observen los principios que enmarcan dicho acto. Por lo que se puede afirmar que “los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”¹⁸⁵, siendo una herramienta más que le permite al juzgador para llenarse de elementos de juicio que le permitan tomar una decisión acorde con los hechos que se le exponen.

Así mismo, se observa que la característica de los principios es:

El hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. En cambio las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Por ende si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo que las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo factico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia es cualitativa y no de grado. Toda norma o es o bien una regla o un principio¹⁸⁶.

Es decir, que lo que diferencia a las reglas de los principios es su grado de cumplimiento, es decir, un principio puede tenerse presente al momento de argumentar una circunstancia, pero no es obligatorio para las partes, mientras que

¹⁸⁴ Ibid. P. 78.

¹⁸⁵ Ibid. P. 80.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudio políticos y constitucionales. 2007. Pág. 141.

las reglas deben ser acatadas y su aplicación se determina por el nivel de lesividad que se presente.

En conclusión, un principio permite mayor interpretación para el juzgador, frente a los hechos, razones, y circunstancias que enmarcan la situación.

9. COMPONENTE JURISPRUDENCIAL

El tema de consentimiento informado, se encuentra desarrollado, ampliamente por la Corte Constitucional, unificando criterio a la hora de determinar su alcance, mediante la sentencia SU-337 de 1999, que:

Establece los principios del ejercicio médico como:

1. Benevolencia y no maleficiencia – Beneficencia.
2. Deber del estado y de los profesionales de la salud cuidar la vida e integridad de las personas.
3. Trasciende para el caso de los menores.
4. Principio utilitario.

Frente a los principios del paciente como son:

1. Autonomía.
2. Dignidad humana.
3. Pluralismo étnico de las sociedades modernas.

Por lo que se debe hacer la ponderación de principios, para aplicar sobre el caso el más necesario, así las cosas, la corte ordena que se preserve la salud y la vida del paciente, por encima de las consideraciones que éste mismo tenga, y más aún cuando nos encontramos frente a menores de edad.

Determina además las aquellas situaciones en las que el profesional de la salud se encuentra exceptuado de obtener el consentimiento del paciente, es decir, cuando este se encuentra:

1. En urgencia manifiesta, toda vez, que prima la necesidad de devolver la salud del paciente, debiendo el profesional escoger los planes de tratamiento más acordes para que no se le cause lesiones gravosas al paciente.

2. Para evitar el contagio a una generalidad, situación que así el paciente no esté de acuerdo con el tratamiento indicado, el interés general prima sobre el particular, debiéndose por salud pública obligar al paciente a asumir dicha situación.

3. Información ocasione más daño al enfermo, se presenta cuando las condiciones psicológicas del paciente, permitan deducir que la información va a causar un daño a la salud de éste pudiéndole alterar su tranquilidad para asumir el tratamiento que requiera.

Frente a las clases de consentimiento que se pueden presentar en consulta, se dice que es válido cada uno pero contemplando la clase de terapia:

- ⊙ Consentimiento tácito para terapias ordinarias.
- ⊙ Consentimiento expreso para terapias invasivas.

En cuanto al consentimiento en caso de los menores de edad, determina la corte tres casos:

- ⊙ Los padres otorgan el consentimiento.
- ⊙ Los menores en caso que tenga un grado de comprensión por la edad y madurez.
- ⊙ El estado cuando hay necesidad y los padres no quieran otorgarlo

Sobre el mismo tema la Corte Suprema de Justicia, se pronunció así:

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrada Ponente

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil diez (2010).

Ref: Exp. N° 0500131030092002-00111-01

En respaldo de esta consideración cita en extenso la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo el 24 de agosto de 2002 y saca como deducción que *“no es suficiente el asentimiento por parte del paciente para someterse a una intervención quirúrgica o terapéutica, si el médico previamente no le ha advertido de las distintas opciones de tratamientos y de los riesgos que conlleva cada uno de ellos, pues de no ser así, ese consentimiento a más de que no es informado, es incompleto”*.

Señalando la corte la importancia del consentimiento completo, es decir, que se dé una información acerca de los riesgos y los diferentes tratamientos que se puede ofrecer al paciente, por sus condiciones anatómicas, físicas y psicológicas.

El Tribunal de Ética Odontológica de Santander, entidad que investiga a los profesionales de la odontología en virtud de la Ley 35 de 1989, sobre el tema en dos jurisprudencias importantes determinó:

1. Decisión de fondo Tribunal de Ética Odontológica de Santander.

Rad.: 246-2011

Magistrada Ponente: Lida Rocío González Villamizar.

La apoderada de la defensa, informa que se hizo entrega de una carta de compromiso, de la cual no se entregó constancia, así mismo cabe resaltar que el investigado en diligencia de versión libre sobre el tema sostuvo “Ahí esta le explicamos que no le íbamos a sacar dientes se le explicó que era con elástico y luego se le explica a la paciente que era más viable sacarle los dientes y ahí vamos. Allá

todo es verbal pero no hay nada firmado pero ella se fue a hacer las exodoncias”. Pese a que el Decreto 491 de 1990 artículo 10 dispone que “el odontólogo dejara constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerlo”. Queda claro que hubo infracción a esta normatividad.

Para la Sala, la importancia de informar el riesgo previsto, data de antes de la segunda guerra mundial, pero que se estableció como principio a partir del Código de Nuremberg del 20 de agosto de 1947, donde se dispone como principio fundamental:

“1) El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial².

Por lo que es una obligación del profesional de la salud enterar al paciente para que éste escoja si decide someterse a la intervención o no, además porque se debe compartir la responsabilidad, que surge como consecuencia del tratamiento odontológico, debido a que se le informa explícitamente que puede ocurrir por la inasistencia a las citas que se le señalan previamente, comprometiéndolo a observar una conducta juiciosa durante el mismo, y que al faltar es su responsabilidad por el extensión en el tiempo y el incremento en los costos, es decir, se le señala que el éxito del tratamiento no solo depende del profesional, quien tiene la responsabilidad moral, ética y legal de poner a disposición del paciente sus conocimientos para brindarle un servicio de calidad, sino que también, depende de la observación del cuidado y la periodicidad de las citas a las que acuda el paciente.

Se reprocha que más allá del hecho de cumplir con la atención odontológica, es brindar al paciente la oportunidad de participar en un tratamiento que le va a afectar en su vida, su autoestima y sus cuidados posteriores, además que es necesario hacer consciente con estas decisiones al paciente sobre la periodicidad del tratamiento y que la responsabilidad para su éxito no solo depende del profesional sino también de su colaboración e interés en el mismo.

2. Decisión de fondo Tribunal de Ética Odontológica de Santander
Rad.: 217-2010.

Magistrada Ponente: Mireya Inés Velandia Ulloa.

Atendiendo a los criterios observados en la valoración inicial, el odontólogo debe plantear por escrito al paciente cuando éste muestre interés por su realización, los diversos planes de tratamiento que se puede realizar dependiendo de las necesidades física y hasta económicas planteadas por el paciente, para trazar un plan que debe ser llevado a cabo, eso sí, sin dejar a un lado las situaciones que se presentan en su marcha, derivadas de las condiciones de salud oral. En de recordar que la odontología es una obligación de medios, según Manuel Alfonso Villa Vigil, presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de Asturias, señaló que “el 95% de las consultas que realizan los odontólogos tiene un fin curativo, por lo que no se puede hablar de una obligación de resultados”. Pagina web: <http://manuelenciso.com>

La exposición de los diversos tratamientos que se le plantean al paciente, tiene como fin, hacerles una idea de los cuidados, las dolencias que se pueden presentar a medida de su avance y en fin la pluralidad de situaciones que conllevan un procedimiento, debiendo quedar plasmado en el consentimiento informado, que es el

documento legal en el que se le hace la advertencia al paciente de los riesgos, cuidados e implicaciones que tiene un tratamiento y a su vez, es la aceptación que hace el paciente de iniciar el tratamiento sometiendo a situaciones que conoce, además debe plantearse una situación de eventos adversos que se pueden presentar como resultado de los procedimientos, pero los cuales no son previsibles en el momento de hacer la valoración, para que el paciente se extrañe por situaciones ajenas a la voluntad del profesional que se puedan presentar, y mucho menos lo lleven a pensar que el profesional no posee los conocimientos suficientes para sortear dicha situación.

La quejosa es paciente de la odontóloga, circunstancia que la llevo a confiarse para no realizar la documentación de ley, en este caso para el concepto del Tribunal de Ética Odontológica de Santander, es importante que el paciente sea consciente de los posibles padecimientos que pueda presentar y tenga una preparación al menos psicológica de lo que posiblemente vaya a enfrentar y no sea una sorpresa las dolencias y demás circunstancias que acompañan a un tratamiento odontológico.

10. CONCLUSIONES

La autonomía privada y el consentimiento priman sobre toda las cosas, motivo por el cual se establece que en caso de que el paciente no pueda expresarlo directamente, cuando el estado de salud no lo permite o porque no hay capacidad legal para otorgarlo, debe hacerlo un familiar que se debe responsabilizar por entender la importancia del acto odontológico, las necesidades y cuidados que se deben observar durante la ejecución o posteriormente al tratamiento.

El consentimiento informado tiene doble connotación una científica y una jurídica, la científica es propia del acto odontológico y la jurídica como prueba no solo de la obtención del consentimiento, sino de las responsabilidades que comparte el profesional de la odontología con el paciente, para conseguir el éxito en el tratamiento, la información que suministró dentro del acto como tal, para que no haya lugar a que el paciente diga que se le obligó o que no hubo claridad en la información, ya que estamos ante el principio “lo escrito, escrito está”. Se debe decir que el alcance de la responsabilidad legal que debe enfrentar el paciente cuando da su consentimiento se presenta en los casos en que el odontólogo da a conocer los riesgos y consecuencias a los que se puede enfrentar el paciente, cuando hay descuido en el seguimiento de las recomendaciones que se hacen, haya discontinuidad en la concurrencia a las citas odontológicas y cuando se presentan eventos adversos previsibles que se tuvieron en cuenta dentro de la información para la realización del tratamiento.

A dicha conclusión se llega “cuando el médico actúa sin obtener la voluntad debidamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios

de su intervención, aun cuando no exista culpa en la producción del daño”¹⁸⁷. De ahí radica la importancia de obtener el consentimiento del paciente antes de iniciar una atención odontológica, pues si no se obtiene la voluntad expresa, sin vicios, la responsabilidad recae directa, única y exclusivamente sobre el profesional así sea que la falta de éxito del tratamiento se presente por falta de cuidado del paciente, cuando estos sean especiales, excluyendo los inherentes a una higiene oral adecuada.

Por lo que cuando se presenta el consentimiento informado de manera apropiada, no se busca responsabilizar al paciente por la mala praxis que se pueda presentar en la atención odontológica, sino contribuir a disminuir el riesgo, establecer una comunicación sobre la situación entre el profesional y el paciente o su familia cuando estamos hablando de menores de edad, para que se pueda salir de la situación en pro de la mejoría del paciente, además que este apoyo incondicional y el conocimiento previo de los riesgos y dolencias que se puedan presentar brindan al paciente tranquilidad, puesto que está preparado psicológicamente para lo que se va a enfrentar cuando se inicie el tratamiento y no dichos padecimientos sean sorpresivos para él, que muchas veces esto lo lleva a desconfiar del profesional, y a crear resentimientos que muchas veces acaban en demandas.

El consentimiento informado no solo se debe ver como el cumplimiento del deber legal de diligenciar un formato, sino se debe ubicar dentro de la óptica de la confianza que se debe generar entre el odontólogo tratante y el paciente, debido a que es el medio que mantiene una comunicación amplia y expresa, el cual puede llevarse a cabo mediante un documento pre-impreso pero que solo es válido cuando cumple con las observaciones personales que se hagan al paciente. Además que así como se otorga el consentimiento informado, el paciente tiene la capacidad para revocarlo en cualquier momento cuando lo considere conveniente,

¹⁸⁷ Castaño de Restrepo, María Patricia. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Editorial Op. Cit. pág. 65.

por el principio de autonomía privada que conserva el paciente, debiéndolo hacer por escrito.

Del acto odontológico, del consentimiento y de la autonomía, hacen parte el contrato de prestación de servicios, como obligación pecuniaria del paciente, donde existen dos partes, el contratista es el odontólogo a quien le asiste la obligación de poner a disposición del paciente sus conocimientos científicos, técnicas y materiales, a cambio de una contraprestación y el contratante que es el paciente quien debe cumplir con las obligaciones que asume y la más importante la de cumplir con la cancelación del tratamiento en las fechas y plazos establecidos, debido a que es el único documento donde consta válidamente a la luz de nuestro ordenamiento jurídico el costo del tratamiento, materiales, tiempo de terminación del tratamiento y las garantías que se dan del mismo.

11. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudio políticos y constitucionales. 2007.

BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares, S.L. GRANADA. 2000.

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Vol. I, cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2009

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, generalidades contractuales, volumen II. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004.

CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009.

CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Editorial Op. Ci

COLOMBIA. Decreto Reglamentario 491 de 1990.

COLOMBIA. Código Civil.

COLOMBIA. Código de Ética del Odontólogo Colombiano, Ley 35 de 1989.

COLOMBIA. Código de Procedimiento Civil.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 16 de mayo de 1991. Expediente 1323. Sección Primera. Magistrado Ponente LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

COLOMBIA. Constitución Nacional.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-993 de 29 de Noviembre de 2006. Magistrado Ponente Mario Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 154 del 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-993 de 29 de Noviembre de 2006. Magistrado Ponente Mario Araujo Rentería.

COLOMBIA. Resolución número 1446 del 8 de mayo de 2006. Anexo técnico

CHARLESWORTH, Max. La bioética en la sociedad liberal. Cambridge: Cambridge University Press. 1996.

DANZ, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos. Editorial Leyer. Bogotá. 2006

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en Serio. Barcelona: Gedisa, 1992.

ESCOBAR LOPEZ, María Teresa. Consentimiento informado en odontología y sus especialidades. Cali: Impreso en los talleres gráficos de Impresora Feriva S.A. 2009.

GÓMEZ LOBO, Alirio. Ideas políticas, filosofía y derecho. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2006.

HERAZO ACUÑA, Benjamín. Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud. Bogotá: Digiprint Editores. Primera Edición 2007.

MONTES CAMPUZANO, Victor Hugo. 120 años de la odontología en Colombia 1888 – 2008. Bogotá: Editorial soluciones integrales en publicidad E.U.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis. 2005

RODRÍGUEZ CORNEJO, Arnulfo. Fundamentos de Bioética. Bucaramanga: Publicaciones UNAB. 2009

SORIA TARODO, Salvador. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. Becario post-doctoral. Università'degli Studi di Bologna. DS Vol. 14, Núm. 1, Enero - Junio 2006.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004.

WEBGRAFIA

- ALEMANIA. Tribunal Internacional de Nuremberg. Código de Nuremberg. Primer principio. Sitio web: <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>, consultado el 1 de febrero de 2012
- Aporte de la Dra. Edita Falco en su artículo “La desconocida historia de Mary Gamble”. Sitio web: http://www.diariosalud.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=13793. Consultado el 2 de febrero de 2012.
- AVALE, Aldana. El principio de beneficencia en la bioética. Tomado del sitio web: <http://aldana-avale.suite101.net/el-principio-de-beneficencia-en-la-bioetica-a18480>. Visitado el 16 de abril de 2012.
- CHUAIRE, Lilian y SÁNCHEZ, Magda Carolina. Platón y el consentimiento informado contemporáneo. Sitio Web <http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol38No3/html/v38n3a9.html> Consultado el 1 de Mayo de 2011
- HOBBS, Thomas. Leviatán. Sitio web http://isaiasgarde.myfil.es/get_file?path=/hobbes-leviat-n.pdf. Consultado el día 27 de noviembre de 2010. P. 54
- KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, capitulo primero. Pág. 1, consultado en la página web: <http://www.bioetica.org/umsa/produccion/kant.pdf>, el 7 de enero de 2012

- LOCKE, John. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Sitio web <http://bibliotecaignoriam.blogspot.com/2007/04/descarga-de-libros-completos.html>. Consultado el 27 de noviembre de 2010. P. 2
- LUENGAS AMAYA, Sergio. Seguridad del paciente: conceptos y análisis de eventos adversos. Página web: <http://www.cgh.org.co/imagenes/calidad1.pdf>. Consultada el 2 de febrero de 2012.
- MALAVER PONCE, Moisés. Responsabilidad médica. Tomado de la página web: <http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>, visitada el 19 de abril de 2012.
- RODRIGUEZ SALGADO, Mayor Liliana Isabel. Salud oral su trascendencia para la historia de Colombia. Tomado de la página web: <http://www.revistaaeronautica.mil.co/?idcategoria=60189>, consultada el 1 de marzo de 2012
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. Pág. 23. Consultado en la página web: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>, el 1 de marzo de 2012.
- Tomado de la página web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acto, visitada el 28 de abril de 2012

ANEXOS

ANEXO A .FORMATO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Este es un formato generalizado, que se sugiere con el lleno de las formalidades y requisitos que se enumeraron con anterioridad.

_____, identificado (a) con la C.C. No. _____, domiciliada en _____, teléfono _____, acudo a consulta con el Dr. _____, odontólogo general o especialista en _____, debido a que se me están presentando las siguientes dolencias en mi salud oral o requiero de tratamiento odontológico para _____.

El tratamiento sugerido por el odontólogo y autorizado por el paciente es _____, que consiste en _____ y los objetivos del procedimiento son _____, con este tratamiento se espera obtener los siguientes beneficios _____.

El tratamiento autorizado por el paciente en el presente documento, puede presentar los siguientes riesgos:

- a. Típicos o comunes _____.
- b. Consecuencias seguras _____.
- c. Existe la posibilidad que durante la ejecución del tratamiento pueden presentarse eventos no previsibles, que de ser así se deben informar inmediatamente al odontólogo tratante para que se atiendan inmediatamente.
- d. Específicos que se originan por las condiciones de salud oral que presenta el paciente las cuales son _____, dado lo anterior se le dan las siguientes recomendaciones de obligatoria observancia _____.

e. Existe la posibilidad que se presenten riesgos de baja ocurrencia pero que en ocasiones sus efectos son graves, dándose la recomendación al paciente que debe informar inmediatamente al profesional una vez sienta malestares anormales o atípicos a los señalados por el odontólogo al momento de realizar el procedimiento.

Al paciente se le recomendó como tratamiento ideal _____, que le brinda mayores ventajas como son _____, pese a esto el paciente autorizó el tratamiento alternativo.

Si el paciente no se realiza el tratamiento se le puede presentar _____.

Se le advierte al paciente que debe asistir a las citas programadas, en caso de presentársele alguna eventualidad se le solicita que informe con tiempo para asignarle una nueva fecha, debido a que si no asiste periódicamente dejando intervalos de más de _____ meses, puede ocasionar en el tratamiento _____ y en caso de abandonar el tratamiento sus consecuencias serían _____, debido a esto, se le solicita al paciente comunicar al odontólogo sobre su intención de abandonar el tratamiento o el cambio de profesional si es el caso.

Como constancia de que he entendido todas las explicaciones que me ha dado el odontólogo, necesarias para mi tratamiento y mejoría de mi estado de salud, otorgo el presente consentimiento, en el que autorizo de manera libre, voluntaria, consiente y espontanea al Dr. _____, me inicie y lleve a cabo el tratamiento _____ escogido por mi.

(Nombre Completo)
C.C. No.
PACIENTE

(Nombre Completo)
C.C. No.
ODONTÓLOGO

FORMATO CONSENTIMIENTO INFORMADO MENOR DE EDAD O INCAPAZ

_____, identificado (a) con la C.C. No. _____, domiciliado (a) en _____, teléfono _____, obrando en calidad de representante legal de _____, identificado con _____, a quien traigo a consulta con el Dr. _____, odontólogo general o especialista en _____, debido a que se le están presentando las siguientes dolencias en su salud oral o requiere de tratamiento odontológico para _____.

El tratamiento sugerido por el odontólogo y autorizado por el representante legal del paciente es _____, que consiste en _____ y los objetivos del procedimiento son _____, con este tratamiento se espera obtener los siguientes beneficios _____.

El tratamiento autorizado por el representante legal del paciente en el presente documento, puede presentar los siguientes riesgos:

- a. Típicos o comunes _____.
- b. Consecuencias seguras _____.
- c. Existe la posibilidad que durante la ejecución del tratamiento pueden presentarse eventos no previsibles, que de ser así se deben informar inmediatamente al odontólogo tratante para que se atiendan inmediatamente.
- d. Específicos que se originan por las condiciones de salud oral que presenta el paciente las cuales son _____, dado lo anterior se le dan las siguientes recomendaciones de obligatoria observancia _____.
- e. Existe la posibilidad que se presenten riesgos de baja ocurrencia pero que en ocasiones sus efectos son graves, dándose la recomendación al paciente que

debe informar inmediatamente al profesional una vez sienta malestares anormales o atípicos a los señalados por el odontólogo al momento de realizar el procedimiento.

Al representante legal del paciente se le recomendó como tratamiento ideal _____, que le brinda mayores ventajas como son _____, pese a esto el paciente autorizó el tratamiento alternativo.

Si el paciente no se realiza el tratamiento se le puede presentar _____.

Se le advierte al representante legal que el paciente debe asistir a las citas programadas, en caso de presentársele alguna eventualidad se le solicita que informe con tiempo para asignarle una nueva fecha, debido a que si no asiste periódicamente dejando intervalos de más de _____ meses, puede ocasionar en el tratamiento _____ y en caso de abandonar el tratamiento sus consecuencias serían _____, debido a esto, se le solicita al paciente comunicar al odontólogo sobre su intención de abandonar el tratamiento o el cambio de profesional si es el caso.

Se me explico que todas las veces que el menor _____ viene a consulta debe ser acompañada por una persona mayor de edad, que desde ya autorizo por lo que informo que su nombre es _____, el parentesco con la menor es _____, para que la acompañe durante toda la consulta, se haga responsable de recibir las indicaciones de cuidado que se deben observar en la atención durante la ejecución del tratamiento y firme la historia clínica del procedimiento que se le realizó.

Como constancia de que he entendido todas las explicaciones que me ha dado el odontólogo, necesarias para el tratamiento y mejoría del estado de salud oral del paciente _____, otorgo el presente consentimiento, en el que

autorizo de manera libre, voluntaria, consiente y espontanea al _____ Dr.
_____, para que inicie y lleve a cabo el tratamiento _____ escogido por
mi.

Firma del Representante Legal

Firma Odontólogo

ANEXO B. FORMATO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

_____ (nombre completo), mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. _____, actuando _____ (En nombre propio, o en nombre y representación de _____) quien en adelante se denominará EL PACIENTE, y _____ (nombre completo), mayor de edad identificado con cédula de ciudadanía No. _____ y quien para los efectos del presente documento se denominará EL ODONTÓLOGO, acuerdan celebrar el presente CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, el cual se regirá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- OBJETO: El ODONTÓLOGO en su calidad de trabajador independiente, se obliga para con El PACIENTE a ejecutar los procedimientos y demás actividades propias del tratamiento odontológico, el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento y que consistirá en: _____ (describir el tratamiento y los materiales utilizados para realizarlo), sin que exista horario determinado, ni dependencia.

SEGUNDA.- DURACIÓN O PLAZO: El plazo para la ejecución del presente contrato será aproximadamente de _____ (indicar la duración en términos de días ó meses ó años), contados a partir de _____ (indicar el día, mes y año), siempre y cuando el paciente asista a todas las consultas programadas y la asistencia a las citas odontológicas sean constantes, en caso de no hacerlo las prorrogas son su responsabilidad y deben hacerse por mutuo acuerdo entre las partes constando por escrito dentro de la historia clínica.

TERCERA.- PRECIO: El valor del tratamiento escogido por el PACIENTE será por la suma de \$ _____ M/C (colocar el valor total del contrato, así el mismo se vaya a cancelar mediante pagos parciales o mensuales; colocar también el valor en letras).

CUARTA.- FORMA DE PAGO: El valor del contrato será cancelado así: _____(Ejemplo: \$_____ pagaderos mensualmente; o quizás: \$_____ al inicio y \$_____ a la finalización y entrega satisfactoria del tratamiento autorizado y contratado).

QUINTA.- OBLIGACIONES DEL PACIENTE asistir a la citas programadas, en caso de inasistencia informar para que se le asigne una nueva fecha, seguir las observaciones y cuidados del tratamiento según la información que le suministre el ODONTÓLOGO en cada consulta y dentro del consentimiento informado, dar aviso de cualquier situación imprevista como consecuencia del tratamiento y cumplir con el pago acá estipulado en las fechas pactadas.

SEXTA.- OBLIGACIONES DEL ODONTÓLOGO deberá cumplir en forma eficiente y oportuna el tratamiento autorizado, poner sus conocimientos a disposición del paciente, usar los materiales pactados, cumplir con los tiempos en caso de no hacerlo dejar constancia del motivo en la historia clínica y hacer observaciones y recomendaciones al paciente en cada atención odontológica, además brindar la atención oportuna al PACIENTE en casos de complicación.

SEPTIMA.-TERMINACIÓN. El presente contrato terminará por acuerdo entre las partes y unilateralmente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, situación que debe informarse al ODONTÓLOGO para que haga entrega de copia de la historia clínica al PACIENTE.

OCTAVA.- INDEPENDENCIA: EI ODONTÓLOGO actuará por su cuenta, con autonomía y sin que exista relación laboral, ni subordinación con EI PACIENTE. Sus derechos se limitarán por la naturaleza del contrato, a exigir el cumplimiento de las obligaciones del PACIENTE y el pago oportuno de su remuneración fijada en este documento.

NOVENA.- CESIÓN: EI ODONTÓLOGO no podrá ceder parcial ni totalmente la ejecución del presente contrato a un tercero, sin la previa, expresa y escrita autorización del PACIENTE.

DÉCIMA.-DOMICILIO: Para todos los efectos legales, se fija como domicilio contractual a la ciudad de _____.

Las partes suscriben el presente documento en dos (2) ejemplares, a los _____ días del mes de _____ del año 20____, en la ciudad de _____.

(Nombre Completo)

C.C. No.

PACIENTE

(Nombre Completo)

C.C. No.

ODONTÓLOGO