

DAÑO ANTIJURIDICO - Pérdida funcional de párpado inferior derecho. Omisión de información al paciente sobre riesgos y secuelas

En el presente caso se encuentran acreditados dos daños cuyas indemnizaciones se persiguen en la demanda, que son, de una parte, el que consiste en la pérdida de funcionalidad del párpado inferior derecho que sufrió el señor Dalio Torrente Bravo y de otra parte, que las intervenciones quirúrgicas -Resección Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal y corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur- se realizaron sin brindar la información al paciente sobre riesgos y secuelas de dichas intervenciones.

CONSENTIMIENTO INFORMADO - Noción. Definición. Concepto

Según la doctrina, se entiende por consentimiento informado el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual éste último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta.

EXPOSICION DE PACIENTES A RIESGOS INJUSTIFICADOS - Normas en materia de ética médica

La Ley 23 del 18 de febrero de 1981, "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica", consagró: ART. 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamiento médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y la explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. ART. 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1981 - ARTICULO 15 / LEY 23 DE 1981 - ARTICULO 16 / DECRETO 3380 DE 1981

CONSENTIMIENTO INFORMADO - Pronunciamientos jurisprudenciales constitucionales y contencioso administrativos

El tema del consentimiento informado y previo otorgado por el paciente frente a las intervenciones, tratamientos y procedimientos que se le realizan, ha contado con pronunciamientos judiciales que se sintetizan a continuación: En 1993 esta Corporación se pronunció frente a un caso en que a una paciente durante una cesárea le practicaron también ligadura de las trompas de falopio sin su consentimiento (...) En 1994 la Corte constitucional se pronunció sobre un caso en el que al paciente renal le fue cambiado el tratamiento de diálisis, no solamente sin su consentimiento, sino en contra de su voluntad (...) La Sección Tercera en sentencia del 15 de noviembre de 1995 consideró que el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada. (...) En 1998 se decidió el caso en el que una paciente consintió ser operada de una hernia inguinal en el lado izquierdo y el médico la operó del lado

derecho, con lo que a juicio de esta Corporación, aparte de la falla medica se extralimitó el consentimiento otorgado por la paciente (...) En 1999 la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca del caso en el cual a una menor cuyos padres habían firmado un formato de exoneración de responsabilidad se le practicó una biopsia en la medula espinal. A juicio de la Sala dicho formato no exonera a la entidad demandada por carecer de la información y aceptación propias del consentimiento informado (...) En el 2002, se resolvió un caso en el que a un militar retirado que tenía una lesión tumoral en el cuello, le fue practicada una cirugía para extirpar la masa sin advertirle de los riesgos o secuelas de la intervención y después de la operación padeció parálisis del lado derecho de su cara y como secuela presentó dificultad en el habla (...) En el año 2004 esta Corporación se refirió a la importancia del consentimiento informado en un caso obstétrico (...) En el año 2007 la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció así en un caso en el que a una mujer al realizarle una cirugía para extracción de quistes de los ovarios se le practicó una histerectomía o extracción del útero. (...) En el 2008 la Sección Tercera resolvió el caso de un hombre de 35 años que no podía miccionar sino por una sonda uro-rectal y se sometió a una cirugía para dar funcionalidad a la uretra, lo que se logró parcialmente pero acarreando una disfunción eréctil. El demandante afirmó que no le habían advertido de tal riesgo, sin embargo la Sala encontró probado que el paciente había sido debidamente informado y que había otorgado consentimiento tácito. (...) En el mismo año la Sección Tercera conoció el caso de con motivo del caso de una señora con displasia de cadera que fue intervenida para corregir dicha patología sin advertirle a ella ni a sus familiares que podría resultar con invalidez, riesgo que se materializó. (...) En junio del mismo año, la Sala se pronunció con motivo del caso de una pareja cuya bebé nació sin vida al parecer por demora en la atención del parto (sufrimiento fetal) y mientras el padre solicitaba la necropsia de la menor, le informaron que la habían cremado. Lo anterior sin contar con el consentimiento de los padres. (...) En octubre del 2008, la Corporación resolvió el caso de un menor que cayó de un tercer piso fracturándose el brazo. Los médicos ortopedistas lo intervinieron de inmediato sin el consentimiento informado de los padres y lo anestesiaron sin percatarse de un trauma craneoencefálico que padecía el menor y que al parecer fue la causa de un paro cardio-respiratorio que le dejó en estado vegetal y posteriormente le causó la muerte. (...) En el año 2009 la Sección Tercera resolvió el caso de un paciente que fue operado de unas cataratas y en el post-operatorio adquirió una infección que le causó la pérdida del ojo. (...) la Subsección en el año 2011 se pronunció en los siguientes términos – caso de una señora a la cual le practicaron un legrado que implicó la perforación de las trompas de falopio, por lo que le fueron extraídas sin su consentimiento- (...) En el año 2012, la Subsección B resolvió el caso del señor Raul Camargo Avendaño, a quién le fue amputada una pierna por encima de la rodilla cuando había autorizado la amputación a la altura del antepie. (...) En el año 2013, la Subsección B de la Sección Tercera resolvió un caso en el que un paciente que fue sometido a varias intervenciones porque padecía colitis ulcerativa, resultó con perforación de la vejiga y disfunción eréctil. El paciente había firmado el consentimiento informado pero no le habían advertido de todos los riesgos de las intervenciones (...) En la misma fecha se resolvió el caso de una señora que tenía una ránula en la boca y al someterse a la cirugía de extracción de la misma, se vio comprometida la glándula salival que tuvo que ser extraída durante el procedimiento sin consentimiento previo de la paciente. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia de 21 de septiembre de 1994 (T-401-94). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 9 de julio de 1993, exp. 7795; 15 de noviembre de 1995, exp. 10301; 29 de enero de 1998, exp. 10807; 3 de mayo de 1999, exp. 11169; 24 de enero de 2002, exp. 12706; 13 de diciembre de 2004, exp. 14722; 3 de mayo de 2007, 3 de junio

de 2007, exp. 16098; exp. 16098; 23 de abril de 2008, exp. 15737; 23 de mayo de 2008, exp. 16095; 5 de junio de 2008, exp. 16174; 15 de octubre de 2008, exp. 16350; 11 de febrero de 2009, exp. 14726; 11 de marzo de 2009, exp. 14726; 28 de febrero de 2011, exp. 20027; 27 de abril de 2011, exp. 20636; 22 de agosto de 2012, exp. 26025; 29 de agosto de 2012, exp. 24966; 13 de febrero de 2013, exp. 25870; 6 de marzo de 2013, exp. 25715; y de 12 de diciembre de 2013, exps. 24493 y 26656

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Inexistencia de consentimiento informado / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por falta de consentimiento informado / ACTIVIDAD MEDICA - Falta total de consentimiento / ACTIVIDAD MEDICA - Existencia de consentimiento informado pero falta de información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención

Las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado. Uno es el caso de la falta total de consentimiento y otro cuando el paciente expresó la voluntad de someterse al procedimiento pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención. Al respecto la Sala considera que el derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud solamente se ve satisfecho si se concibe el consentimiento informado como un acto responsable y respetuoso de las circunstancias particulares de cada persona y no como un formato genérico que firma el paciente pero que no da cuenta de haberle informado, no solamente en qué consiste la intervención y qué alternativas tiene, sino todos los riesgos previsibles y las secuelas o consecuencias de la operación. Como consecuencia de una concepción integral del consentimiento informado y de darle el lugar que se merece en la práctica médica, sólo puede entenderse como consentido un procedimiento si se demuestra que se asumió con seriedad y ética el suministro de suficiente información al paciente.

ACTIVIDAD MEDICA - Secuelas y lesiones como consecuencia del procedimiento no consentido / ACTIVIDAD MEDICA - Consecuencias adversas en la salud del paciente originas en la patología padecida y no por la intervención no consentida

Cuando las lesiones o secuelas son consecuencia del procedimiento no consentido y otro es el caso cuando las consecuencias adversas en la salud del paciente se originan en la patología previamente padecida por él y no en la intervención no consentida. Existen casos en los que no todas o ninguna de las secuelas de una intervención no consentida son consecuencia de ella sino del devenir propio de la enfermedad del paciente. En ese caso resultaría exagerado y por demás injusto atribuir dichas consecuencias al cuerpo médico, en especial si partimos de la buena fe de los galenos, pues debe entenderse que la vocación del médico es siempre mejorar la salud del paciente y/o salvarle la vida en casos extremos. Para determinar si las secuelas de un procedimiento se originaron en la intervención no consentida o eran consecuencia natural de la enfermedad previamente padecida es menester contar con un dictamen pericial, concepto médico, historia clínica o con aquellas pruebas que permitan establecer una circunstancia o la otra.

FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO - Acompañado de una falla médica / FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO - Procedimiento realizado de acuerdo a la lex artis

Cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la lex artis pero sin el mencionado consentimiento. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral. (...) la Sala considera que la pérdida de la funcionalidad del párpado inferior derecho, obedece a la evolución de la enfermedad que aquejaba al actor, y no ocurrió porque las intervenciones quirúrgicas practicadas por el ISS., para mejorar la salud del paciente, se hubiesen realizado con negligencia, deficiencia o de forma tardía –lo cual no fue acreditado en el plenario-. Con las pruebas arrojadas al proceso, especialmente la historia clínica del paciente, no se demostró que la pérdida de la funcionalidad del párpado inferior derecho padecida por el señor Dalio Torrente Bravo hubiese sido consecuencia de una posible falla médica. La Sala encuentra acreditado que el personal médico y paramédico del ISS actuó con la diligencia requerida para la atención en debida forma de la enfermedad padecida por el señor Dalio Torrente Bravo. En efecto, en la historia clínica quedaron consignados la atención y los procedimientos realizados al paciente, así como la administración de los medicamentos para hacer más efectivo el tratamiento médico.

ACTIVIDAD MEDICA - Inexistencia de una falla del servicio. Información insuficiente al paciente sobre los riesgos de una intervención genera un daño moral que se debe reparar

La Sala no encuentra probado que el paciente haya autorizado expresamente las cirugías de “Resección Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal” y “corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur” como tampoco que haya sido informado claramente acerca de dichas intervenciones y de los riesgos que correría al someterse a éstas. Por tratarse de una cirugía programada con anticipación la Sala infiere la voluntad del paciente de someterse a la cirugía que le libraría del lunar cancerígeno que padecía, es decir, se infiere que las mencionadas intervenciones realizadas al señor Dalio Torrente Bravo sí fueron consentidas, sin embargo, del acervo probatorio se deduce que no le fueron informados los riesgos y consecuencias de la operación, por lo que se evidencia un daño imputable al servicio médico del I.S.S. (...) la Sala considera que el ISS., es responsable por el daño ocasionado al demandante con motivo de la intervención quirúrgica realizada sin haberle permitido conocer los posibles efectos de las intervenciones realizadas, por lo cual ordenará a la demandada pagar al demandante la indemnización de los perjuicios morales derivados de este daño. (...) no está demostrada la ocurrencia de una falla del servicio por parte de la demandada en cuanto a las intervenciones y tratamientos realizados en procura de mejorar el estado de salud del paciente. Sin embargo, al haberse realizado la cirugía de “resección más colgajo” y posteriormente la cirugía de corrección de las secuelas, sin suministrar la información suficiente al paciente, se le causó un daño moral que la demandada está en el deber de resarcir.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRACTICA MEDICA - Exhortación al Ministerio de Salud para que imparta directriz encaminada a fortalecer la práctica de la obtención adecuada de este requisito para la protección de la dignidad de los usuarios del sistema de salud

El tema del consentimiento informado ha sido tratado con laxitud por parte de algunas clínicas, hospitales y en general, entidades prestadoras del servicio de salud en Colombia encargadas de efectuar tratamientos y procedimientos a los pacientes. Han llegado a esta instancia judicial formatos de consentimiento informado en los que se nota la falta de información suministrada al paciente, o formatos genéricos que no dicen nada y que no se ajustan a la realidad del usuario. Esta situación vulnera los derechos de las personas que acceden al servicio de salud, y va en contravía con los objetivos del milenio, por esta razón, esta Corporación se ve en el deber de llamar la atención de las autoridades de salud para que tomen las medidas correctivas frente a la descrita circunstancia, aclarando que no basta con obtener la autorización del paciente (o de sus familiares en aquellos casos descritos en la ley), sino que debe informársele a cabalidad, en qué consisten los riesgos y las posibles secuelas derivadas de los procedimientos y tratamientos a realizar. Por esta razón la Sala exhortará al Ministerio de Salud para que imparta una directriz en esta materia encaminada a fortalecer la práctica de la obtención adecuada del consentimiento informado de los pacientes, que atienda a los parámetros explicados y en especial a la dignidad de los usuarios del sistema de salud.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Consistente en la falta de consentimiento informado, antes de efectuar un procedimiento, genera un daño autónomo que no se puede confundir con el resultado concreto de una intervención

Conviene aclarar hasta dónde llega la responsabilidad de las instituciones médicas frente a las consecuencias de una intervención efectuada sin el consentimiento informado del paciente. Es decir, no todos los daños padecidos por las personas después de ser intervenidas quirúrgicamente son imputables a las clínicas u hospitales que fallaron en obtener el consentimiento informado del paciente. Algunas consecuencias o secuelas que sufre la persona, hacen parte del desarrollo de la enfermedad que padecían antes de ser tratados, por lo que resultaría injusto atribuir dichos resultados al servicio médico.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE BAJO ANESTESIA O INCONSCIENTE - En caso de ser necesario para salvar la vida de un paciente el médico debe realizar el procedimiento / CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE BAJO ANESTESIA O INCONSCIENTE - Si los familiares del paciente están presentes pueden autorizar el procedimiento

No resulta sano extremar la exigencia del consentimiento informado a aquellos casos en los que en medio de una intervención quirúrgica de emergencia, en la que el paciente se encuentra anestesiado o inconsciente, y el galeno encuentra que debe hacer un procedimiento adicional para salvar la vida del paciente, tenga que abstenerse de actuar por falta del consentimiento sobre específicamente el procedimiento adicional no previsto en el preoperatorio. Lo anterior por cuanto de radicalizar así la relación medico-paciente se estaría partiendo de la mala fe del profesional de la salud, con el efecto práctico, perjudicial al usuario, de verse involucrado en dos cirugías en vez de una. Lo anterior no obsta para que de ser posible en cada caso los familiares del paciente bajo anestesia o inconsciente, puedan, si están presentes brindar las autorizaciones del caso. **NOTA DE**

RELATORIA: Con salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660)

Actor: DALIO TORRENTE BRAVO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y MINISTERIO DE SALUD

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de octubre de 2003, proferida por la Sección Tercera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se rechazaron las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor Dalio Torrente Bravo tenía cáncer de piel en un lunar ubicado debajo del ojo derecho. Dos meses después de ser diagnosticado, fue intervenido quirúrgicamente por cuenta del ISS. La operación dejó como secuela la caída del párpado inferior. Se realizó una segunda cirugía reconstructiva sin lograr la recuperación del párpado del paciente.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante demanda presentada el 5 de septiembre del año 2000, el señor Dalio Torrente Bravo, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de

reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., solicitó que se diera trámite favorable a las pretensiones que se citan a continuación (f. 3-20, c.1.):

PRIMERO: *Que la NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD-INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por mi poderdante por motivos inherentes al servicio de salud.*

SEGUNDO: *Que en consecuencia se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD-INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a reparar el daño irrogado al actor, pagar los perjuicios causados por la ocurrencia del mismo, estos de orden tanto material, inmaterial y fisiológicos, con sus correspondientes intereses y ajustes.*

TERCERO: *Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.*

CUARTO: *La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

QUINTO: *Se solicita que una vez trabada la litis se cite a las partes para efectos de propiciar conciliación.*

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora argumentó que el servicio médico prestado al señor Torrente Bravo fue tardío y que se practicó un mal procedimiento que dejó al paciente expuesto al riesgo de perder el ojo derecho, pues, el párpado inferior perdió funcionalidad y el rostro quedó con cicatrices (f. 6 y 11, c.1.). Del mismo modo, afirmó que nunca se le suministró información sobre los riesgos y consecuencias de la cirugía (f. 11-13, c.1.).

2.2. Finalmente, indicó que el daño se concretó en la omisión de la demandada pues el tratamiento médico no fue oportuno (f. 14, c.1.).

II. Trámite procesal

3. El **Ministerio de Salud** presentó contestación de la demanda, solicitando que se negaran las pretensiones. Alegó como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de obligación jurídica; y a su vez solicitó que la parte demandante sea condenada en costas. Sustentó su escrito en las siguientes razones (f. 28-36, c.1.):

3.1. El Ministerio de Salud es el encargado de diseñar las grandes políticas y normas técnicas de calidad en materia de salud, excluyéndose el papel del ministerio como ente prestador de servicios, razón por la cual, no se le puede

adjudicar a esta entidad, directa ni indirectamente fallas en la prestación de un servicio que legalmente no estaba obligado a prestar.

3.2. Concluyó que no siendo una obligación del Ministerio de Salud la prestación de servicios, no hay razón alguna para afirmar que en el caso del señor Dalio Torrente Bravo se den los presupuestos de la responsabilidad, pues no puede predicarse que exista el nexo causal entre el actuar del Ministerio y el resultado dañoso experimentado.

4. En la **contestación** de la demanda el **ISS** presentó los siguientes argumentos (f. 42-49, c.1.):

4.1. Consideró que la actuación de la entidad fue oportuna y adecuada, ya que le brindó al usuario los medios necesarios para la prestación del servicio. Afirmó que obró con diligencia y cuidado, pues, se le dio la atención operatoria y post-operatoria requerida a pesar del gran flujo de pacientes que atiende el ISS. Mencionó que la responsabilidad médica está constituida por una obligación de medio y no de resultado, de tal suerte que no se compromete la responsabilidad del médico ni la del ente al que pertenece cuando pone a disposición del paciente su ciencia y los medios aconsejables que la infraestructura del servicio posee.

4.2. Sostuvo que al paciente se le brindó todo lo que estuvo al alcance del centro médico tratante y que el resultado final se produjo por razones ajenas al servicio. Consideró que está probado que no existe nexo causal entre la intervención quirúrgica practicada al actor y la lesión que presuntamente padece, pues en la demanda misma se afirmó que con anterioridad a la cirugía, el actor presentaba un tumor maligno-*cáncer*- a nivel del tercio medio derecho de la cara, patógeno que, sin importar los medios utilizados, resulta incurable y de desenlace fatal.

4.3. Agregó que toda intervención quirúrgica implica riesgos, y por ello, para hacer responsable al médico, sería preciso encontrar un error de bulto. Lo ocurrido en este caso fue que el paciente no evolucionó conforme a las expectativas trazadas por los galenos. Finalmente estimó, que no sería justo que el ISS soporte sobre su patrimonio las consecuencias derivadas de un hecho que no guarda relación con la atención adecuada y oportuna que se le brindó al paciente, como quiera que se actuó con prudencia, diligencia y cuidado (f. 46, c. 1).

5. La parte **actora** se pronunció sobre las excepciones propuestas así: frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Salud, consideró que si bien es cierto, el ministerio no es el encargado directo de la

prestación del servicio, a éste sí le corresponde por expreso mandato legal, la formulación y adopción de políticas, planes y proyectos del sector salud. Sostuvo, que el ministerio no puede excusarse de responsabilidad administrativa, ya que al existir una omisión en la prestación del servicio, se está reflejando una falla en las funciones que tiene a cargo el Ministerio de Salud, puesto que la Ley 100 de 1993 prevé que al gobierno nacional le corresponde controlar y vigilar el servicio público esencial de salud (f. 65-66, c. 1).

5.1. Frente a la falta de nexo causal alegado por el ISS, la demandante afirmó que lo que ocasionó el daño fue una omisión en la prestación del servicio médico, ya que si se hubiera prestado la atención a tiempo no se le hubiere causado ningún perjuicio al actor. Así, el personal médico, por el conocimiento de su profesión debía comprender la urgencia de realizar una intervención quirúrgica y no permitir el paso injustificado del tiempo para realizar el procedimiento, que fue lo que finalmente causó el daño (f. 67, c.1).

6. Cerrada la etapa probatoria en la primera instancia¹, la parte actora presentó **alegatos de conclusión**, en los que reiteró los argumentos esgrimidos en la demanda y en el escrito en el que se pronunció sobre las excepciones de la demandada. (f. 100-112, c.1.):

6.1. Consideró transgredidas las disposiciones de la Ley 23 de 1981², en la medida en que, a su poderdante se le ocasionó un perjuicio notorio con la práctica de una cirugía tardía y cuyos resultados fueron adversos, dado que en vez de mejorar el aspecto físico y funcional del párpado, éste se agravó de manera notoria y, además de ello, no fue advertido de los daños que se le podían ocasionar con dicha intervención quirúrgica (f. 102, c.1).

6.2. Consideró que en el presente caso, hay lugar a reparación, ya que se encuentra acreditado el daño sufrido por Dalio Torrente Bravo mediante las pruebas aportadas al proceso, como lo son el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, los testimonios recogidos en el expediente y los negativos de fotografías aportados, con los cuales se reafirma tanto la ocurrencia del daño como de los perjuicios materiales e inmateriales irrogados al actor lesionado (f. 103 y 105-108, c.1).

¹ El tribunal corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión mediante auto del 21 de agosto de 2003, notificado por estado el 26 de agosto de 2003 (f. 99 y reverso, c.1).

² Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

6.3. Frente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Ministerio de Salud, la demandante insistió en que no es procedente por cuanto la salud y la seguridad social son servicios a cargo del Estado, específicamente de la entidad gubernamental encargada de controlar y vigilar el servicio público de salud. Sostuvo que existe una responsabilidad solidaria entre quien produjo directamente el daño y el ente encargado de la vigilancia, que por no cumplir sus funciones causó un perjuicio (f. 110, c.1).

6.4. Frente a la defensa del ISS, reiteró los argumentos expuestos en el escrito mediante el cual se pronunció sobre las excepciones (ver párr. 5.1) y finalmente solicitó dar aplicación al régimen de falla presunta del servicio.

7. La Sección Tercera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió **sentencia de primera instancia** de fecha 30 de octubre de 2003 (f. 114 y ss, c.p.) en la que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y negó las pretensiones por no encontrar configurada la falla del servicio. Al respecto señaló:

Al Ministerio de Salud le compete el trazo de las políticas del Estado, la expedición de normas de carácter general en los campos científico, administrativo y técnico en esta materia, así como el ejercicio de control sobre los organismos prestadores del servicio de salud. No correspondiendo a dicho ministerio el desarrollo de actividad alguna constitutiva propiamente de la prestación del servicio de salud, no es éste el llamado a responder por las consecuencias de la actuación tardía que los actores erigen en el hecho generador del daño cuya indemnización pretenden (f. 120, c.p.).

Las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar al no encontrarse configurada la falla en la prestación del servicio que, en el evento sub lite, se hace consistir en la tardía atención o intervención medico-quirúrgica que requería el señor Torrente Bravo, una vez le fue diagnosticado, como consecuencia del estudio de anatomía patológica, la presencia de Epitelioma Basocelular con bordes comprometidos. En efecto, dicho diagnóstico histopatológico se efectuó con fecha 12 de junio de 1998 y la intervención quirúrgica tuvo lugar el día 18 de agosto de 1998, es decir, dos meses y seis días después. Anota la Sala que previamente a la práctica de la intervención quirúrgica de resección más colgajo, debían efectuarse todos los exámenes médicos y de laboratorio requeridos a tal fin, como efectivamente ocurrió. No encuentra la Sala que el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha del diagnóstico y la fecha de la intervención haya determinado la necesidad de efectuar la resección en un área de mayor amplitud y que ello haya determinado la afectación del párpado inferior derecho con las secuelas a que se ha hecho alusión. Agrega la Sala que al señor Torrente Bravo le fue practicada una nueva intervención quirúrgica para tratar de corregir desde el punto de vista médico y estético tales secuelas, la que tuvo lugar con fecha 13 de abril de 1999. En el evento

sub iudice no se cuestiona en modo alguno, es decir, no se endilga deficiencia, error o negligencia en las intervenciones quirúrgicas mismas, el daño se hace devenir de la tardía práctica de la primera intervención y, como ya se dijo, no encuentra la Sala demostrado, de una parte que la atención médico-quirúrgica haya sido tardía y, de otra parte, que el transcurso de tiempo que medió entre el diagnóstico y la intervención quirúrgica haya determinado las secuelas mencionadas. Es decir, de una parte, no se haya acreditada la falla del servicio, consistente en la actuación tardía o no oportuna de la entidad demandada y, en el supuesto de admitirla, no se encuentra configurado el nexo causal que debe existir entre el hecho que se imputa a la entidad demandada y el daño causado.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUB SECCIÓN "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERA.- Declárese la ausencia de legitimación en la causa por pasiva en lo que concierne a la NACIÓN COLOMBIANA-Ministerio de Salud-.

SEGUNDO.- Niéganse las pretensiones de la demanda.

8. La parte demandante interpuso (f. 124, c.p.) y sustentó (f. 132-153, c.p.) **recurso de apelación** con base en los siguientes argumentos:

8.1. Considera el apelante que debió darse aplicación a un régimen de falla presunta del servicio y no al régimen de falla probada como lo hizo el tribunal (f. 132, 136 y 144-147, c.p.).

8.2. Afirma que no existe falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud, pues el fundamento para demandar tanto a esta entidad como al ISS es la existencia de un nexo inescindible entre las dos instituciones que las convierte en responsables solidariamente (f. 133-136, c.p.).

8.3. Sostiene que sí existió demora entre el diagnóstico y la práctica de la primera cirugía, pues, aunque dos meses y seis días aparentemente es un tiempo muy corto para programar una cirugía, por tratarse de una enfermedad que puede comprometer la vida de una persona, las horas y minutos cuentan, por lo que las decisiones y procedimientos deben resolverse de inmediato. Considera que por el lapso transcurrido entre estos dos eventos, la enfermedad continuó desarrollándose y agravando la condición del paciente (f. 137-138, c.p.).

8.4. Alega que la primera cirugía trajo como consecuencia graves perjuicios para el actor, pues le produjo una cicatriz en el pómulo superior derecho que producía una *ptosis palpebral* con la que se ocasionaba la imposibilidad de cerrar el párpado inferior derecho. Esta disfunción trajo como consecuencia una alta probabilidad de adquirir infecciones oculares. Agrega que la segunda cirugía que se realizó para reconstruir el tejido alterado, no arrojó ningún resultado positivo, pues, nunca recuperó la funcionalidad del párpado (f. 138 y 142, c.p.).

8.5. Estima que el fallo desconoce la expresa mención que se hizo en las diversas oportunidades procesales de la omisión en que incurrieron los profesionales médicos encargados de las intervenciones quirúrgicas, al no haber obtenido el consentimiento informado del paciente a pesar de la obligación que les impone la ley de informar a los pacientes los riesgos, consecuencias y efectos que pueden generarse con los diversos tratamientos y procedimientos efectuados. Agrega que el deber de información sobre riesgos, secuelas y consecuencias, no es una obligación de medio sino de resultado, por lo que correspondía a la entidad probar que efectivamente obtuvo el consentimiento informado y aportar la respectiva constancia (f. 138, 142-144 y 147, c.p.).

8.6. Concluye que el *a quo* se limitó a la aplicación restrictiva del régimen de falla probada del servicio y al no encontrar demostrada la existencia del nexo de causalidad entre el daño y el hecho generador, decidió negar las pretensiones. Afirma no entender cómo el tribunal pudo concluir que no se cuestionaba en modo alguno las intervenciones quirúrgicas mismas, pues, a su parecer, el fallador hizo caso omiso de los cuestionamientos que se hicieron, tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión a la práctica de dichas intervenciones (f. 140, c.p.).

8.7. Finalmente cuestiona que el *a quo*, al no encontrar demostrada en la primera instancia el nexo causal, haya omitido hacer uso del principio de oficiosidad en materia probatoria (f. 147-151, c.p.).

9. En el momento procesal correspondiente³, la parte actora presentó **alegatos de conclusión**, en los que reiteró los argumentos expuestos en las respectivas oportunidades procesales y agregó que si bien es cierto, el epiteloma o carcinoma basocelular es un tumor que crece lentamente, también lo es que al actor le fue diagnosticado un epiteloma basocelular con bordes comprometidos, y que este

³ Mediante auto del 29 de octubre de 2004, el magistrado ponente de la época corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión en segunda instancia (f.157, c.p.).

tipo de cáncer presenta una evolución mucho más rápida. De otra parte, manifiesta que según las reglas de la experiencia, una cirugía de extracción de un epiteloma basocelular practicada de manera correcta, no causa la caída del párpado del paciente, por lo tanto, como en el caso bajo estudio la cirugía produjo dicha consecuencia, debe tomarse este hecho como un indicio de la falla del servicio (f. 159-176, c.p.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

III. Competencia

10. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A", en un proceso que por su cuantía (f. 15 c.1.)⁴, determinada al momento de la interposición de la demanda, tiene vocación de doble instancia. Se aplican en este punto las reglas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998.

IV. Validez de los medios de prueba

11. Encuentra la Sala, que con el escrito de demanda fueron aportados negativos de fotografías que la parte actora pretende hacer valer. Al respecto, la Sala, de conformidad con el manejo que ha venido dando esta Corporación a esta clase de elementos, no dará valor probatorio a las fotografías allegadas a este proceso, por cuanto no fueron reconocidas por los testigos, ni cotejadas con otros medios de prueba dentro del proceso.⁵

⁴ En la demanda presentada el 5 de septiembre del 2000, se estima la cuantía de la mayor pretensión, por concepto de perjuicios morales en 3500 gramos de oro, que a la fecha de la presentación de la demanda equivalían a \$68 697 020, 00 para el demandante. Por estar vigente al momento de la interposición del recurso de apelación que motiva esta instancia, se aplica en este punto el artículo 2° del Decreto 597 de 1988 "*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*", que modifica el numeral 10° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26 390 000, 00.

⁵ Sobre el valor probatorio de las fotografías ver las siguientes sentencias de la Sección tercera del Consejo de Estado: 5 de diciembre de 2006, exp. 28.459, C.P. Ruth Stella Correa; 28 de julio de 2005, exp. 14.998, C.P. María Elena Giraldo; 3 de febrero de 2010, exp. 18034, C.P. Enrique Gil Botero.

V. Los hechos probados

12. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

12.1. Dalio Torrente Bravo es hijo de Gilberto Torrente y Olga Bravo (registro civil de nacimiento, f. 1, c. 2). Adicionalmente convivía con Marilú Beltrán (testimonios de Aura Milena Mancera y Ana Julia Álvarez, f.69-72, c.2).

12.1.1. Si bien los padres y la compañera de Dalio Torrente no aparecen referenciados en las pretensiones de la acción impetrada, la Sala en una interpretación integral de la demanda considera que son parte en este proceso por cuanto están debidamente representados y en el acápite de estimación razonada de la cuantía se solicita en su favor el reconocimiento de perjuicios morales⁶.

12.2. El 12 de junio de 1998, al señor Dalio Torrente Bravo se le practicó examen de anatomía patológica, y en virtud de éste, se le diagnóstico:

DIAGNÓSTICO CLÍNICO: CA. BASOCELULAR

Descripción macroscópica: Se recibe elipse de piel de 0.4 cm de diámetro. Un bloque todo. Diagnóstico Histopatológico: Biopsia de piel de arco cegomático: Epitelioma Basocelular con bordes comprometidos (informe de anatomía patológica, estudio n.º 1186-98, del 12 de junio de 1998, firmado por la médica patóloga Sandra Dávila, f. 23 y reverso, c. 2).

12.3. El 13 de julio de 1998, Dalio Torrente fue nuevamente atendido en el hospital San José, de Bogotá, con la siguiente anotación (historia clínica expedida por el Hospital San José, de Bogotá, f. 17-28, c.2):

*Paciente con Dx Patológico CBC párpado inf izq, fue manejado por dermatólogo con electrocoagulación con recidiva (ilegible) de la lesión.
Antec: Patolog (-) Q x (-)
Alérgico: Aspirina
EF: ulcera de 1x 1,2 cm de diámetro párpado inf. derecho bordes perlados.
Dr. CBC readivante
P: Se programa para resección/colgajo (f. 21, c. 2).*

⁶ Así se ha hecho en otras decisiones de esta Corporación, sentencia del 28 de febrero de 2013, rad. 25000232600020010231201 (27068), C.P. Danilo Rojas Betancourth "A pesar de que no se efectuó una pretensión en específico por el referido concepto a favor de los demás integrantes de la parte demandante, al interpretar la demanda con el fin de que se logre una reparación integral del daño, la Sala observa que dentro del total referenciado por perjuicios morales, dichos actores deben ser incluidos habida cuenta de que se afirmó que todos sufrieron moralmente por la privación injusta de la libertad del señor Luis Alfonso Alzate Castro"

12.4. El 19 de agosto de 1998, se le practicó a Dalio Torrente Bravo, cirugía de “*Resección Ca Baso-celular + avance colgajo beal hexagonal*”, dejándose consignadas las siguientes observaciones (historia clínica expedida por el Hospital San José, de Bogotá, f. 17-28, c.2):

Hallazgos: Lesión ulcerosa con costra hemática en su superficie de 1.5 x 1.5 cm en párpado inferior derecho.

Intervención: Resección Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal.

Descripción Detallada: - Bajo anestesia local controlada-previa asepsia y antisepsia.- Se realiza demarcación con Ca con límites de 0.6 cm y demarcación colgajo local hexagonal lateral.

-Infiltración con xilocaína con epinefrina 1% bicarbonato- Incisión sobre demarcación, disección y resección lesión hasta músculo.

-Disección colgajo y decolaje. (ilegible) colgajo y afrontamiento con (ilegible)+ punto perióstico marginal sutura bordes (ilegible) y afrontamiento zona de defecto residual... Duración: 1 ^{1/2} horas, sangrado escaso. Recomendaciones: Control mañana por consulta externa (f. 22, c. 2).

12.5. Después de la cirugía, al paciente le quedó una cicatriz retraída en el pómulo superior derecho, que produjo una *ptosis palpebral*, la cual le ocasionó la imposibilidad de cerrar el párpado inferior derecho. Esta disfunción trajo como consecuencia la probabilidad de adquirir infecciones corneales-oculares (historia clínica de Dalio Torrente Bravo, hoja de evolución proferida por el seguro social el 18 de diciembre de 1998, f. 18, c. 2).

12.6. El 22 de febrero de 1999, el hospital San José, autorizó que se le practicara una segunda cirugía a Dalio Torrente Bravo, consistente en “*corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur*” (autorización n.º 00008999990174, proferida por el ISS el 22 de febrero de 1999, f. 15, c. 2).

12.7. El 13 de abril de 1999, se le practicó la segunda cirugía a Dalio Torrente Bravo. En la misma, el procedimiento médico que se siguió fue el siguiente (hoja de descripción quirúrgica, revisión de cicatriz, del 13 de abril de 1999, f. 31, c. 2):

HALLAZGOS: Ectropión párpado inferior derecho y cicatriz transversa de 6 cm sobre región malar derecha.

PROCEDIMIENTO

- 1. Infiltración con xilocaína con opiofrina al 1% previa demarcación de cicatriz a resecar.*
- 2. Resección cicatriz malar*
- 3. Liberación de bridas cicatrizales en párpado inferior y decoloramiento de colgajo musculocutáneo malar.*

4. *Fijación de porción lateral orbicularis oculi a poriostio periorbita.*
5. *Diseño de colgajo vertical localizado sobre aspecto lateral región palpebral derecha. (ver dibujo)*
6. *Elevación y rotación del colgajo.*
7. *Revisión (ilegible).*
8. *Cierre por planos.*

12.8. Dalio Torrente Bravo fue intervenido quirúrgicamente en dos oportunidades por profesionales médicos adscritos al hospital San José, de Bogotá (oficio del 4 de junio de 2001, expedido por la directora médica Laima Lucía Didziulis Grigaliunas, del Hospital San José, de Bogotá, f. 30, c. 2):

*De acuerdo con la historia clínica n.º 798460, los profesionales que atendieron al paciente durante las intervenciones quirúrgicas fueron:
Primera intervención: 18 de agosto de 1998, doctores: José Hernando Pinto y Álvaro Tito Jiménez Quimbaya (anestesiólogos); Iseth Barreto (cirujana plástica) Dra. Mateus y Dr. Ajkay (ayudantes de cirugía plástica).
Segunda Intervención: 13 de abril de 1999
Doctores: Julia Sofía Alfonso J. y Jorge Ernesto Cantini (cirujanos plásticos); Jaime Alberto Aponte y Roberto Blanco Duarte (anestesiólogos).*

12.9. Al señor Dalio Torrente Bravo se le concedieron varias incapacidades para laborar –pues el intenso calor de los hornos perjudicaba la lesión facial-, las cuales fueron consecutivas y sin suspensión, desde el 19 de agosto de 1998 hasta el 15 de febrero de 1999, sumando así un total de 180 días de ausencia laboral (certificados de incapacidad n.º 293002, 293005, 293008, 293009, 297087, 297092, 297096, expedidos por el hospital San José, y n.º 500218, 500242, 500612, 500636 expedidos por el Instituto de Seguros Sociales f. 4-7, 9 y 12, c. 2).

12.10. Al momento en el que se le practicó la cirugía, Dalio Torrente Bravo laboraba en la empresa “Promasa”, por intermedio de Servifabril Ltda., donde devengaba una asignación básica de (\$260 472 00) mensuales. La empresa, terminó el contrato laboral suscrito con el señor Torrente Bravo (certificación laboral expedido por servifabril Ltda., f. 26, c.2 y oficio del 1 de febrero expedido por el subgerente de Servifabril Ltda., f. 27, c.2, respectivamente).

12.11. Dalio Torrente Bravo sufrió afectación moral como consecuencia de la secuela física en su rostro. Así lo reflejaron los testimonios rendidos por las señoras Aura Milena Mancera, y Ana Julia Álvarez, el 21 de mayo de 2002 ante el *a quo* (f. 69-72, c. 2). Esta última, propietaria de la casa de habitación de Dalio Torrente, declaró:

Preguntado: Tiene Ud. conocimiento acerca del estado anímico del señor Torrente después de ocasionada la lesión. Contestado: Si él vive muy acongojado, preocupado porque a donde va a trabajar le dicen que no por su problema, la gente lo rechaza, de un genio espantoso. Preguntado: Sabe Ud. o le consta si el señor Torrente, económicamente tiene a su cargo alguna persona o personas, Contestado: Si la señora con quién vive y el niño, ellos económicamente dependen de él (f. 71, c. 2).

En el mismo sentido, Aura Milena Mancera Castro, vecina del actor lesionado, sostuvo:

Preguntado: Tiene Ud. conocimiento acerca del estado anímico del señor Torrente después de ocasionada la lesión. Contestado: Sé que se volvió de bastante mal genio, el no salía, primero le afectaba el ojo, tenía el ojo abierto y el viento le afectaba bastante, y segundo porque él se sentía mal, él mantenía encerrado. Preguntado: Finalmente, conoce Ud. cuál es el estado anímico del señor Torrente, actualmente. Contestado: Nosotros vivimos en casas vecinas, yo le ayudaba a llevar hojas de vida a diferentes empresas pero por motivo de su apariencia física no lo reciben y siempre dicen que por tener el ojo así, cualquier cosa como el polvo, puede agravarse, que no se hacen responsables. Así solo consigue empleo por temporadas de tal manera que no tenga que tener un vínculo serio con cualquier empresa, por supuesto mantiene sin dinero, pide plata prestada, es difícil la vida de ellos. Anímicamente, lo he visto de mal genio porque no puede conseguir empleo y con tantas necesidades, no se le soluciona el problema por ningún lado (f. 69-70, c. 2).

12.12. El señor Dalio Torrente Bravo sufrió una pérdida de capacidad laboral del 21.55% (dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca f. 87-89, c. 2).

VI. Problema jurídico

13. La Sala estudiará si está caducada la acción de reparación directa en lo relativo a la primera cirugía practicada al señor Dalio Torrente el 19 de agosto de 1998 o si el actor impetró la demanda en término para reclamar los perjuicio derivados de dicha cirugía.

13.1. Se decidirá si quedó demostrado en el proceso que ocurrió una falla en la prestación del servicio médico por demora en la práctica de la cirugía o por inadecuada praxis médica.

13.2. Se establecerá si la causa del daño, esto es, la pérdida de funcionalidad del párpado inferior derecho del actor, tuvo su origen en el servicio médico brindado por el I.S.S. o si, por el contrario, fue consecuencia de la enfermedad –*cáncer de piel*- que padecía el paciente. Por lo tanto, la Sala tendrá que determinar si existió

una falla probada en la prestación del servicio médico, y si dicha falla causó la pérdida de funcionalidad del párpado inferior derecho del señor Dalio Torrente Bravo.

14. La Sala analizará si las intervenciones quirúrgicas realizadas al actor lesionado se efectuaron dando a conocer los riesgos y consecuencias de las mismas o si, por el contrario, fueron practicadas sin brindar al paciente la información pertinente. Y finalmente, si ésta circunstancia constituye o no un daño antijurídico imputable a la demandada.

VII. Análisis de la Sala

15. Si bien la primera cirugía practicada al señor Dalio Torrente Bravo data del 19 de agosto de 1998, las secuelas de dicha intervención fueron diagnosticadas el 18 de diciembre de 1998, y la demanda fue presentada el 5 de septiembre del año 2000, por lo tanto, no existe caducidad frente a la reclamación de la parte actora.

16. En lo que respecta a la falta de legitimación por pasiva por parte del Ministerio de Salud, el *a quo* sostuvo:

Se encuentra configurada dicha ausencia de legitimación en la causa por pasiva en lo que concierne a la Nación colombiana- Ministerio de Salud. En efecto, al Ministerio de Salud le compete el trazo de las políticas del Estado, la expedición de normas de carácter general en los campos científico, administrativo y técnico en esta materia, así como el ejercicio del control sobre los organismos prestadores del servicio de salud. No correspondiendo a dicho Ministerio el desarrollo de actividad alguna constitutiva propiamente de la prestación del servicio de salud, no éste el llamado a responder por las consecuencias de la actuación tardía que los actores erigen en el hecho generador del daño cuya indemnización pretende.

16.1. Asunto que esta Sala confirmará, por encontrar los argumentos expuestos por el tribunal de primera instancia, ajustados al ordenamiento jurídico.

17. En el presente caso se encuentran acreditados dos **daños** cuyas indemnizaciones se persiguen en la demanda, que son, de una parte, el que consiste en la pérdida de funcionalidad del párpado inferior derecho que sufrió el señor Dalio Torrente Bravo y de otra parte, que las intervenciones quirúrgicas - *Resección Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal y corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur-* se realizaron sin brindar la información al paciente sobre riesgos y secuelas de dichas intervenciones.

18. Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia⁷.

18.1. De conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tienen que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

19. En lo que tiene que ver con la **imputación del daño**, la Sala considera pertinente precisar que en el asunto *sub iudice* el régimen bajo el cual se puede estructurar la responsabilidad del Estado es la falla probada del servicio, con las

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

consecuencias probatorias que le son propias, tal y como se ha reiterado⁸, en el sentido de precisar que “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ...deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”⁹.

19.1. Así las cosas, corresponde a la parte actora la carga ineludible de demostrar la existencia de los elementos que estructuran responsabilidad a cargo del Estado por una falla en la prestación del servicio médico brindado.

19.2. Ahora bien, para que pueda predicarse una falla en la prestación del servicio médico, la Sala ha precisado que¹⁰:

Es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso^[16]¹¹. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance^[17]¹².

20. Según la doctrina, se entiende por consentimiento informado el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual éste último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza

⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P Danilo Rojas Betancourth. Ver, entre otras las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, y la sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰ [15] *Ibidem*.

¹¹ [16] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 25 de febrero de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp.17149, actor: Fair Benjamín Calvache y otros.

¹² [17] En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez y otros, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta¹³.

21. La Ley 23 del 18 de febrero de 1981, “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”, consagró:

ART. 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y la explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

ART. 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.

21.1. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981, que señaló:

ART. 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, 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 médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

ART. 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan:

b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

ART. 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

22. El tema del consentimiento informado y previo otorgado por el paciente frente a las intervenciones, tratamientos y procedimientos que se le realizan, ha contado con pronunciamientos judiciales que se sintetizan a continuación:

¹³ RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. 1ª ed. Barcelona, Bosch, 2004, p.115. CARRASCO GÓMEZ, J.J. *Responsabilidad médica y psiquiatría*. 2ª ed, Madrid, 1998, p.84.

22.1. En 1993 esta Corporación se pronunció frente a un caso en que a una paciente durante una cesárea le practicaron también ligadura de las trompas de falopio sin su consentimiento¹⁴:

La oportunidad se muestra propicia para fijar pauta jurisprudencial en el sentido de que, en casos como el presente, cuando es posible aplazar la intervención médica, sin consecuencias mortales para el paciente, se impone obtener el consentimiento expreso, tanto de la esposa como del esposo, si se quiere aprovechar la ocasión de la operación cesárea para practicar la "TUBECTOMIA TIPO POMEROY". La prueba de que tal declaración de voluntad se produjo, le corresponde a quien busca excusar su conducta, y ella puede darse, por todos los medios de ley (documento escrito, grabación, testigos). Por lo demás, ese consentimiento debe darse en condiciones de libertad jurídica, tomando el concepto en todo sentido. A la persona que está bajo los efectos de la anestesia, el dolor, la angustia, extendida en la mesa de cirugía, no se le puede pedir que decidan sobre su suerte, pues hay situaciones dolorosas en que el hombre suele perder la razón. Ante una situación anormal, la reacción anormal, se enseña - constituye una conducta normal.

22.2. En 1994 la Corte constitucional se pronunció sobre un caso en el que al paciente renal le fue cambiado el tratamiento de diálisis, no solamente sin su consentimiento, sino en contra de su voluntad¹⁵:

En términos generales, toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud. (...) El concepto de autonomía está íntimamente ligado al consentimiento del paciente... La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento. (...) La tensión entre curación y autodeterminación no puede ser resuelta de manera objetiva y a priori. La gran complejidad de los casos concretos no permite una generalización a partir de reglas comunes. Es necesario entonces tener en cuenta diferencias esenciales entre los casos y establecer reglas para cada uno de ellos. (...) Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo. Sin embargo, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1993, rad. 7795, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

¹⁵ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia del 12 de septiembre de 1994 (T-401-94), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento. (...) el galeno también tiene derecho a rehusar un tratamiento que considera condenado al fracaso (...)La voluntad del paciente de preferir una cosa sobre otra es una razón que el médico debe tener en cuenta. La contraindicación, en muchos casos, hace parte de los criterios de sopesación que el enfermo tiene en cuenta para determinar su estado de salud. En una visión autonomista, el médico tiene la obligación de informar al paciente sobre los efectos de una contraindicación, pero no tiene la facultad de impedir que dichos efectos sean afrontados por un paciente que prefiere, en ciertas circunstancias, otros intereses diferentes a los de su mejor salud física.

22.3. La Sección Tercera en sentencia del 15 de noviembre de 1995¹⁶ consideró que el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada. Allí se dijo:

De otra parte no está acreditado en el proceso, y tal carga probatoria era de la demandada, que como secuela postoperatoria de esta intervención, pudiera resultar lesionado el nervio recurrente, causar la parálisis de las cuerdas vocales y ocasionar la disfonía que actualmente padece la señora Emilse Hernández de Pérez, así se actuara con la diligencia y cuidado indispensables para esta clase de operaciones quirúrgicas. Menos aún se estableció que dicha señora hubiera sido informada de la ocurrencia de tales lesiones como un riesgo inherente a la tiroidectomía. Así las cosas, estima la Sala que en el subjuicio sí opera la presunción de falla del servicio y por lo tanto la apreciación que hizo el tribunal para reconocer la existencia de la falla o falta del servicio deberá mantenerse.

22.4. En 1998 se decidió el caso en el que una paciente consintió ser operada de una hernia inguinal en el lado izquierdo y el médico la operó del lado derecho, con lo que a juicio de esta Corporación, aparte de la falla medica se extralimitó el consentimiento otorgado por la paciente¹⁷:

Así, la Sala considera que... debió tomar las precauciones necesarias relativas a la información previa sobre el estado de la paciente, procurando la historia clínica con anticipación, para su consulta y tener en cuenta que la paciente Alba Miriam Molano se encuentra anestesiada y por ello inconsciente, razón por la cual el cirujano desbordó el consentimiento dado para un fin concreto.

22.5. En 1999 la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca del caso en el cual a una menor cuyos padres habían firmado un formato de

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.301, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, rad. 10807, C.P. Jesus María Carrillo Ballesteros.

exoneración de responsabilidad se le practicó una biopsia en la medula espinal. A juicio de la Sala dicho formato no exonera a la entidad demandada por carecer de la información y aceptación propias del consentimiento informado, en este caso la Sección Tercera expuso¹⁸:

Este documento no exonera de responsabilidad a la entidad demandada, por las siguientes razones... dicho documento no reúne las características del consentimiento informado pues no sólo no contiene una aceptación por parte de los representantes legales de la paciente del procedimiento terapéutico específico que se le va a practicar sino que también carece de información sobre las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo. Allí sólo se autoriza en forma genérica la práctica de todos los exámenes que el Instituto considere necesarios, inclusive examen post-mortem y el someterse al tratamiento que el mismo indique para la enfermedad. En síntesis, considera la Sala con el profesor belga Roger O. Dalcq que cuando el médico no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico, este los asume en forma unilateral y compromete su responsabilidad personal y la del centro asistencial en el cual presta sus servicios.

22.6. En el 2002, se resolvió un caso en el que a un militar retirado que tenía una lesión tumoral en el cuello, le fue practicada una cirugía para extirpar la masa sin advertirle de los riesgos o secuelas de la intervención y después de la operación padeció parálisis del lado derecho de su cara y como secuela presentó dificultad en el habla¹⁹:

Tratándose de la actividad médico-quirúrgica, ésta requiere de especial cuidado y diligencia dados los riesgos particulares de cada caso, circunstancia que además impone la obligación de informar de manera completa y clara al paciente no solo de los reglamentos del establecimiento hospitalario, o de los procedimientos que requiere, sino de las vicisitudes y eventualidades que pueden llegar a presentarse en su curso, con ocasión de o con posterioridad a la intervención, y esa obligación de información adquiere especial importancia como actitud preventiva del galeno, así como trascendencia probatoria si con posterioridad a la actuación llegare a presentarse un accidente.

En el caso sub judice, se recopilaron elementos demostrativos que conducen a evidenciar a la vez, la diligencia y cuidado, pero en cambio la omisión en la debida e ilustrada información a que tenía derecho el paciente.

Si bien, la atención científica dispensada al demandante fue diligente y la indicada, es del caso analizar el punto relativo al consentimiento que del paciente respecto de su intervención, debe mediar, a fin de

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, rad. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2002, rad. 12706, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

exonerar de toda responsabilidad al tratante, y en el caso a la Administración. Ya se ha dicho que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que su prueba corre a cargo del demandado, en atención a la situación de privilegio en que se encuentra fácticamente, para procurar la verdad dentro del proceso.

De otra parte, es preciso insistir en que el derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad.

(...) La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente.

Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio.

El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehusa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente.

Para Lorenzetti desde el momento en que el paciente se somete a un tratamiento médico, celebra un contrato expresando su consentimiento y dispone de un derecho personalísimo manifestando su asentimiento. Sin embargo en los actos posteriores de ejecución cuando se requiere una intervención quirúrgica ampliatoria, no vale el consentimiento dado para la primera intervención, lo que resulta claro es que necesita una nueva declaración legitimante del paciente.

De lo recaudado se evidencia que en las sucesivas oportunidades en que el demandante entró en contacto con sus médicos tratantes, fue requerido y consintió en los procedimientos (fl. 3 c. 2), lo mismo que para la radiología, sin que se evidencie por ningún medio probatorio ni documento ad hoc, ni historia clínica, ni testigos salvo un dicho aislado, que se hubiere advertido al paciente sobre los riesgos que implicaba tan delicada intervención, que si bien propios de ella y que en caso de asumirse eran para beneficio de aquel, no por ello podían dejar de informarse por parte del cirujano.

El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo

los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.

En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no.

22.7. En el año 2004 esta Corporación se refirió a la importancia del consentimiento informado en un caso obstétrico:

De la valoración de estos medios de convicción, a la luz de la sana crítica, resulta claro que la administración compromete su responsabilidad patrimonial. En efecto, del análisis de las declaraciones de los facultativos, se desprende que la cirugía consistente de la ligadura de la trompa de Falopio derecha de la señora Rojas de Franco se realizó sin su consentimiento, privándole de decidir si era de su interés o no someterse a esta cirugía. Tampoco se evidenciaba que esta intervención quirúrgica fuese necesaria para salvar la vida de la paciente, o para recuperar su salud, por lo que los facultativos debieron obtener su consentimiento para practicar esa cirugía previa ilustración de las consecuencias que se derivarán con la realización de este procedimiento quirúrgico²⁰.

22.8. En el año 2007 la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció así en un caso en el que a una mujer al realizarle una cirugía para extracción de quistes de los ovarios se le practicó una histerectomía o extracción del útero.

Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelejo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado.

(...) En el presente caso, la Sala manifiesta su conformidad con la premisa básica de que el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto y acepta además que puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no solo mediante un documento que contenga la voluntad expresa del paciente. Aceptando las dos anteriores condiciones o presupuestos, se considera que en el caso materia de análisis no se otorgó el consentimiento por parte de la actora.

En todo caso, en la autorización genérica de tratamiento médico suscrito por la paciente y su hermana ni siquiera se enuncia tal

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2004, exp. 14722.

procedimiento. Su condición tan general y abstracta, paradójicamente la priva de contenido.

La información ilustrada, idónea, concreta y previa a la cirugía no se brindó a la paciente, por el contrario, el único tratamiento propuesto, del que se tiene constancia, es el legrado obstétrico. Tampoco se puede establecer que en el curso de los preparativos para la cirugía se brindó tal información, ni se puede concluir que la paciente entendía “sacarse la matriz” como histerectomía y que correspondía a la sigla “HTA”. Aún concluyendo que eso fuera así, no obra ninguna prueba que permita deducir que se le explicó en que consistía el procedimiento y cuales eran sus consecuencias. Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica.

(...) Debe agregarse que no se presentaba ninguna circunstancia de incapacidad o urgencia que excusara tal consentimiento. Se concluye, entonces, que en el presente caso no se estructuró el consentimiento informado que se requería para practicar la histerectomía a la demandante Emilse Salmo Herrera, lo que es un derecho estatutario del paciente y de manera consecencial, un correlativo deber del galeno²¹.

22.9. En el 2008 la Sección Tercera resolvió el caso de un hombre de 35 años que no podía miccionar sino por una sonda uro-rectal y se sometió a una cirugía para dar funcionalidad a la uretra, lo que se logró parcialmente pero acarreado una disfunción eréctil. El demandante afirmó que no le habían advertido de tal riesgo, sin embargo la Sala encontró probado que el paciente había sido debidamente informado y que había otorgado consentimiento tácito.

Considera la Sala que el daño que se causa a una persona cuando se le aplica un tratamiento o se le somete a una intervención médica que no consintió libremente y que empeora sus condiciones de salud, como consecuencia de la materialización de los riesgos que no le fueron informados, es la vulneración de los derechos fundamentales a su dignidad, a su autonomía, a su libertad, para disponer de su propio cuerpo ^[31]²², para decidir si opta por una intervención necesaria, conveniente, o simplemente estética, aún a costa de los riesgos de esa intervención, o si rehúsa el tratamiento, por ser opuesto a sus convicciones, o a su proyecto de vida o simplemente por considerar preferible mantener su estado físico o psíquico, o que la enfermedad siga su curso antes que tratar de obtener el restablecimiento o mejoramiento de salud, pero expuesto al riesgo de quedar en peores circunstancias o perder su vida.

En otros términos, el daño que se causa a una persona cuando en procura de mejorar su salud se la somete a un riesgo que de manera libre y consiente no aceptó, no es el daño corporal generado por la

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, rad. 16.098, C.P. Enrique Gil Botero.

²² [31] La Corte Constitucional, en sentencia T-477 de 1995 afirmó: lo que se había llamado el consentimiento informado no era otra cosa que “la tensión constante hacia el porvenir, que le permite al hombre escoger entre diversas opciones; es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial”.

materialización del riesgo no consentido, sino el dolor moral que sufre por haber sido sometido, por voluntad de otro, desconociendo sus derechos a disponer de su propia vida, a un riesgo, que él no hubiera asumido, de generarle un mayor daño corporal o la muerte.

Por lo tanto, habrá lugar a la indemnización del daño moral causado al paciente cuando se le somete a un tratamiento o intervención médicos que implican graves riesgos para su vida o su salud y no se cuenta con su consentimiento, a pesar de que dicho riesgo no se materialice en un agravamiento de sus condiciones de su salud, porque, se insiste, el daño que se causa con esa omisión no es el corporal sino el desconocimiento del derecho que le asiste a toda persona a disponer libremente de su propia vida y de su integridad física o mental.

Por lo tanto, si bien la ética del médico, o en su caso, la obligación de la institución médica, les obliga a procurar la salud del paciente, utilizando todos los recursos disponibles, o de que se deba disponer conforme a la ley, la decisión del profesional no puede superponerse al proyecto vital del paciente, o de quienes deban consentir por él, quienes son los llamados a elegir hasta dónde deba someterse el paciente a los riesgos y sufrimientos que demanden una alternativa terapéutica, mediante la cual se busque el mejoramiento de salud o simplemente la prolongación de su existencia, pero a riesgo de ver empeorada su situación.

Lo anterior significa que:

(i) Aunque del tratamiento o intervención aplicados al paciente, en los eventos en los cuales se requiera su consentimiento previo, no se hubiera derivado un desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente, habrá lugar a indemnización, cuando no se hubiera contado con su consentimiento debidamente informado para la práctica de ese tratamiento o de esa intervención, porque el daño que se indemniza no es el corporal sino la afectación de su derecho a decidir libremente sobre su cuerpo y sobre su vida, es decir, que el daño consiste en la vulneración de sus derechos a la Dignidad Humana, a la Autonomía y a la Libertad;

(ii) Si a pesar de la materialización del riesgo que se tradujo en un resultado desfavorable para el paciente, la institución médica acredita que el paciente hubiera dado su consentimiento, de haber sido enterado de los riesgos de la intervención, no habrá lugar a la reparación. En este tipo de eventos, el problema es probatorio; pero, bien puede llegarse a ese convencimiento mediante la demostración a través de indicios, testimonios, o cualquiera otro medio de prueba, de que el paciente estaba decidido a asumir cualquier riesgo con tal de lograr el mejoramiento de su salud o la prolongación de su vida.

(iii) Si en la intervención médica se materializaron los riesgos típicos de la misma y no se obtuvo el consentimiento informado del paciente, habrá lugar a la indemnización del daño causado, el cual no consiste en el daño corporal en sí, sino el desconocimiento del derecho del paciente a disponer libremente de su cuerpo y de su vida, conforme a sus elecciones éticas²³.

22.10. En el mismo año la Sección Tercera conoció el caso de con motivo del caso de una señora con displasia de cadera que fue intervenida para corregir dicha

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15737, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

patología sin advertirle a ella ni a sus familiares que podría resultar con invalidez, riesgo que se materializó.

En el caso concreto, considera la Sala que hay lugar a indemnizar el perjuicio moral causado a las demandantes por la intervención quirúrgica para el reemplazo de cadera a que fue sometida la señora Martha Cecilia, sin que se les hubiera informado a ella y a su familia sobre los riesgos previsibles de esa intervención, en tanto se acreditó en el expediente que esa omisión les causó un daño moral²⁴.

22.11. En junio del mismo año, la Sala se pronunció con motivo del caso de una pareja cuya bebé nació sin vida al parecer por demora en la atención del parto (sufrimiento fetal) y mientras el padre solicitaba la necropsia de la menor, le informaron que la habían cremado. Lo anterior sin contar con el consentimiento de los padres.

En cuanto concierne a los perjuicios morales concedidos en la sentencia de primera instancia, la Sala los confirmará, pues está plenamente demostrado en el proceso que los demandantes lo padecieron, toda vez que el hecho de que el cuerpo de su hija fuera incinerado sin su consentimiento o anuencia (...) constituye una aflicción que debe ser indemnizada²⁵.

22.12. En octubre del 2008, la Corporación resolvió el caso de un menor que cayó de un tercer piso fracturándose el brazo. Los médicos ortopedistas lo intervinieron de inmediato sin el consentimiento informado de los padres y lo anestesiaron sin percatarse de un trauma craneoencefálico que padecía el menor y que al parecer fue la causa de un paro cardio-respiratorio que le dejó en estado vegetal y posteriormente le causó la muerte.

Cabe agregar que no se surtió el trámite del consentimiento informado cuando se decidió intervenir quirúrgicamente al menor Rodríguez de forma apresurada. El único documento que obra dentro del expediente es la autorización de servicios suscrita por el padre del menor, en relación con todos los servicios médicos, de laboratorio y quirúrgicos que pudieran requerirse (...) Para la Sala, el anterior documento no contiene una autorización debidamente informada de los padres del paciente, pues no se les advierte sobre las particularidades del procedimiento quirúrgico, los riesgos del mismo, ni las posibles secuelas que podrían sobrevenir, máxime cuando se trataba de una

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2008, exp. 16095, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, exp. 16174, C.P. Enrique Gil Botero, con motivo del caso de una pareja cuya bebé nació muerta al parecer por demora en la atención del parto (sufrimiento fetal) y mientras el padre solicitaba la necropsia de la menor, le informaron que la habían cremado. Lo anterior sin contar con el consentimiento de los padres.

*cirugía que podía esperar*²⁶.

22.13. En el año 2009 la Sección Tercera resolvió el caso de un paciente que fue operado de unas cataratas y en el post-operatorio adquirió una infección que le causó la pérdida del ojo.

*En el caso, no se demostró que el cirujano hubiese diligenciado en la historia clínica del paciente las indicaciones sobre los pormenores del tratamiento post-operatorio a seguir, ni lo citó a controles posteriores a la cirugía ... Se reitera que en el caso, el señor DOMINGO BERMUDEZ BAUTISTA, el 4 de septiembre de 1991 fue sometido a cirugía en su ojo izquierdo, para removerle cataratas del mismo, y en ninguna parte de la historia clínica aparece que se le hubiese informado en forma clara, precisa y detallada los riesgos de esa intervención, ni la autorización del paciente o de algún familiar suyo para ese procedimiento... Mucho menos aparece en la historia la información de los riesgos posteriores a la intervención y, como quedó explicado, tampoco se le informó sobre los cuidados mínimos que debía seguir para lograr su mejoría o, al menos, no hay prueba de nada de ello*²⁷.

22.14. También la Subsección en el año 2011 se pronunció en los siguientes términos –caso de una señora a la cual le practicaron un legrado que implicó la perforación de las trompas de falopio, por lo que le fueron extraídas sin su consentimiento-:

Respecto del consentimiento informado, se ha sostenido ^{[5]²⁸} *que es deber legal de los médicos brindar información a las personas sobre los procedimientos que juzgan convenientes para el restablecimiento o mejoramiento de su estado de salud, así como sobre las ventajas y riesgos que se derivan de los mismos y sobre las alternativas, en caso de existir -Ley 23 de 1985, artículo 15-; deber que implica que los profesionales de la ciencia médica sólo puedan proceder a la realización de dichos procedimientos en el evento de que los pacientes, o en su defecto sus representantes, brinden su consentimiento de manera libre. Ese deber de los médicos y su correlativo derecho para los pacientes tiene fuente constitucional y se cimienta, (sic) de un lado, en el principio de la buena fe que debe inspirar las relaciones entre las personas, especialmente, tratándose de una relación profesional en la cual una de las partes tiene la ventaja del conocimiento, frente a la ignorancia del otro, y de otra, en los derechos fundamentales a la dignidad humana -art. 1º Constitución Política-, la autonomía -art. 16 Ibídem- y la libertad -art. 28 Ibídem - de los pacientes, que se traduce*

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre del 2008, exp. 16350, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, rad. 14726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁸ [5] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15737, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*en el poder de disposición de su cuerpo, en la elección moral de sus alternativas y modelos de vida*²⁹.

22.15. En el año 2012, la Subsección B resolvió el caso del señor Raul Camargo Avendaño, a quién le fue amputada una pierna por encima de la rodilla cuando había autorizado la amputación a la altura del antepie.

Con base en el material probatorio que reposa en el expediente, la Sala considera que la pérdida de la extremidad, fue ocasionada por la evolución de la enfermedad que aquejaba al actor, y no por las intervenciones quirúrgicas realizadas por el I.S.S., para mejorar la salud del paciente.

17.8. Con las pruebas arrimadas al proceso, especialmente la historia clínica del paciente, no pudo demostrarse que la pérdida de la extremidad inferior padecida por el señor Raúl Camargo Avendaño hubiese sido consecuencia de una posible falla médica.

17.9. La Sala encuentra acreditado que el personal médico y paramédico del ISS actuó con la diligencia requerida para la atención en debida forma de la enfermedad padecida por el señor Raúl Camargo Avendaño. En efecto, en la historia clínica quedaron consignados la atención y los procedimientos realizados al paciente, así como la administración de los medicamentos para tratar de detener su dolencia. Frente a lo anterior, la parte demandante no logró demostrar que el tratamiento dispensado hubiera sido inadecuado.

17.10. Por otra parte, la Sala no encuentra probado que el paciente haya autorizado la cirugía de amputación de su miembro inferior izquierdo a la altura de supracondíleo y, tampoco que el paciente haya sido informado claramente acerca de dicha intervención, sino que había entendido que la amputación se realizaría al nivel del antepie, por lo que se evidencia un daño imputable al servicio médico del I.S.S.

*17.11. Si bien es cierto el consentimiento informado no necesariamente debe plasmarse por escrito, sino que puede presentarse en forma tácita, también lo es que, corresponde a la parte demandada probar que dicho consentimiento fue otorgado por el paciente o sus familiares autorizados, lo cual no ocurrió en este caso*³⁰.

22.16. En el año 2013, la Subsección B de la Sección Tercera resolvió un caso en el que un paciente que fue sometido a varias intervenciones porque padecía colitis ulcerativa, resultó con perforación de la vejiga y disfunción eréctil. El paciente había firmado el consentimiento informado pero no le habían advertido de todos los riesgos de las intervenciones³¹:

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B" sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 25000232600019970521801 (20027), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Con salvamento de voto del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, en el que manifiesta la necesidad de diferenciar la falta de consentimiento de otros casos como este en el que se otorgó el consentimiento pero no se informó de los riesgos: "Ahora bien, la ausencia de consentimiento informado podría consistir, por un lado, en que se lleve a cabo un tratamiento o procedimiento quirúrgico sin la autorización del paciente –salvo

... el paciente asume los riesgos consentidos (y previamente informados), mientras que por lo que vaya más allá de tal consentimiento responde el médico, según el régimen de la responsabilidad objetiva. ...cabe decir que el alcance del consentimiento se limita exclusivamente a los riesgos inherentes a la intervención, asumiendo que ésta se realiza con pleno cumplimiento de la *lex artis*, pero no se puede extender de modo alguno a lo que se derive de la negligencia o impericia del médico tratante, pues ello sería legitimar la mala fe. Esto es relevante toda vez que en ocasiones los riesgos inherentes a la operación se ven incrementados por la negligencia asistencial o médica, casos que dan lugar a la predicación de responsabilidad... es menester entender que el consentimiento es un acto de la voluntad subsiguiente a un acto de la razón, o lo que es lo mismo, que el consentimiento presupone el conocimiento. De ello se sigue que nadie consiente en aquello que no conoce. Ahora bien, es cierto que hay casos en los que se puede asumir que las partes conocen la naturaleza y las consecuencias de sus actos, siendo necesario probar lo contrario. Pero, en el caso de la responsabilidad médica no hay lugar para este tipo de inferencias, por cuanto los actos en cuestión dado que revisten gran complejidad técnica y científica, se ubican por fuera del alcance de lo que razonablemente se puede exigir conocer a quien es lego en la materia. Por tal motivo, es al profesional médico a quien corresponde informar, en términos claros y precisos, al paciente de la naturaleza y los riesgos de los procedimientos a los que se habrá de someter, así como de las probabilidades de ocurrencia de los mismos. Este deber de indemnización, se reitera, hay que predicarlo de todos los casos en los que la autonomía humana es desconocida, ya sea por la simple y llana ausencia de autorización del paciente o por la sustitución del auténtico consentimiento informado por una mera formalidad, en los términos descritos ad supra. Sobre la

aquellas situaciones de estado de necesidad-, en cuyo caso el galeno y, de contera, la entidad prestadora del servicio, asumen todos los riesgos inherentes al mismo y comprometen su responsabilidad en la medida en que se materialicen, y, por otro lado, los eventos en los cuales sí hay un consentimiento respecto de los tratamientos o procedimientos médicos a realizar, pero el paciente no es informado de los riesgos que pueden derivarse de los mismos. Diferenciar estas dos situaciones adquiere relevancia para efectos de la indemnización de los perjuicios. En el primer caso, de llegar a concretarse los riesgos inherentes a tales intervenciones, los daños que sufra el paciente –muerte o lesiones- le serán imputables a la entidad pública demandada, en tanto existiría una ausencia total de consentimiento y deberá indemnizar los daños materiales e inmateriales que se causen, al haber privado al enfermo de la oportunidad de explorar alternativas médicas, con posibilidades y resultados más satisfactorios, frente a su condición clínica. En el segundo evento, es decir, cuando sí consintió en la práctica del tratamiento o procedimiento, pero no se le informó sobre los riesgos –genéricos o específicos- que de estos se derivan, lo que se causa es un daño moral que se genera al no haber podido decidir libremente si aceptaba o no tales riesgos. En el caso concreto, sí hubo un consentimiento suscrito por el paciente para que le efectuaran los procedimientos quirúrgicos necesarios para tratar la colitis ulcerativa que padecía, pero no se le informaron los riesgos específicos que conllevaban. En otros términos, el señor Muñoz Tovar sí consintió en la práctica de estas intervenciones, pero no fue informado de manera completa sobre las secuelas que podrían generarle. Por lo anterior, solamente debió indemnizarse el daño moral por él padecido ante la imposibilidad de haber decidido respecto de su salud con pleno conocimiento de causa, pero no había lugar a reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en tanto no se trató de un evento de ausencia total de consentimiento”.

incompatibilidad de la relativización y reducción a un requisito legal del consentimiento informado con el principio superior de respeto a la autonomía vale la pena recordar lo dicho por la profesora Adela Cortina:

En bioética, como en cualquiera de las éticas aplicadas, contamos con el marco deontológico post convencional, según el cual cada afectado por la actividad sanitaria –sea investigación, clínica o cuidado- es un interlocutor válido, que ha de ser tenido en cuenta a la hora de decidir cuestiones que le afectan. El paciente tiene derecho a ser escuchado en la toma de decisiones que le afectan, lo cual comporta un buen número de implicaciones en el caso de tratamientos drásticos, conocimiento de la propia situación, etc. En este orden de ideas, el consentimiento informado es la expresión del principio ético de la autonomía dialógica. Por eso conviene cuidar de que no se quede en un requisito legal, que debe cumplimentar quien desee cubrirse las espaldas ante cualquier posible denuncia, porque en tal caso la medicina defensiva viene a ocupar el lugar de la convicción moral de que el paciente es un ser autónomo, cuya autonomía desea respetar quien ha entrado con él en una relación interpersonal, en una relación comunicativa. Un modelo semejante de consentimiento informado es fruto de una razón instrumentalizadora que ha olvidado la autonomía del paciente, si es que alguna vez supo de ella (...)^{[7]32}.

Ahora bien, ateniéndose a lo dicho por la jurisprudencia antes citada, parece inconcuso que este documento, referido a riesgos abstractos no puede tenerse como prueba del consentimiento informado sobre riesgos específicos ni de que el paciente tenga conocimiento claro y preciso de los mismos. Más bien, este tipo de formularios parecieran indicar que a los pacientes firman las autorizaciones como parte de un procedimiento rutinario. Pero además de la insuficiencia probatoria propia del formato obrante en el expediente, llama la atención que en el sub lite las autorizaciones no fueron cumplimentadas adecuadamente. Concretamente, en la autorización de la operación realizada el día 4 de noviembre de 1993 (en la que se produjo la fístula recto-uretral) no aparece consignado el nombre de la operación ni figura la firma del cirujano o del anestesiólogo, lo cual hace todavía menos claro que el paciente recibiera de éstos información precisa y suficiente para emitir una voluntad consciente y discernida. Por todo lo anteriormente dicho, para la Sala es claro que el actor no asumió los riesgos derivados de los procedimientos a los que fue sometido, razón por la cual se declarará la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales.

22.17. En la misma fecha se resolvió el caso de una señora que tenía una ránula en la boca y al someterse a la cirugía de extracción de la misma, se vio

³² [7] Adela Cortina, "Problemas éticos de la información disponible, desde la ética del discurso", en *Estudios de Bioética*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 54 y 55.

comprometida la glándula salival que tuvo que ser extraída durante el procedimiento sin consentimiento previo de la paciente³³:

La Sala observa que no obra en el expediente documento alguno que brinde certeza acerca de la aceptación por parte de la paciente para la práctica de la escisión de la rínula realizada el 12 de septiembre de 1997, ya que no aparece en el acervo probatorio ni, en especial, en la historia clínica. Por lo tanto no es exacta la consideración del a quo de inferir el consentimiento informado de la remisión de un profesional de odontología a otro médico y del hecho de que la paciente se sometió, acudió y efectuó tal procedimiento... Es menester concluir que como el consentimiento no se otorgó en el presente caso, los riesgos inherentes a la cirugía practicada a la paciente Consuelo Caro de Gutiérrez le son trasladados a la entidad demandada, y como quiera que estos riesgos se concretaron en la pérdida del conducto de Wharton y en la afectación parcial de gusto y de la motilidad de la lengua, estos daños le son imputables.

23. Para la Sala es claro entonces que las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado.

23.1. Uno es el caso de la falta total de consentimiento y otro cuando el paciente expresó la voluntad de someterse al procedimiento pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención.

23.1.1. Al respecto la Sala considera que el derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud solamente se ve satisfecho si se concibe el consentimiento informado como un acto responsable y respetuoso de las circunstancias particulares de cada persona y no como un formato genérico que firma el paciente pero que no da cuenta de haberle informado, no solamente en qué consiste la intervención y qué alternativas tiene, sino todos los riesgos previsibles y las secuelas o consecuencias de la operación. Como consecuencia de una concepción integral del consentimiento informado y de darle el lugar que se merece en la práctica médica, sólo puede entenderse como consentido un

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Con salvamento de voto de quien proyecta este fallo.

procedimiento si se demuestra que se asumió con seriedad y ética el suministro de suficiente información al paciente.

23.2. De otra parte, uno es el caso cuando las lesiones o secuelas son consecuencia del procedimiento no consentido y otro es el caso cuando las consecuencias adversas en la salud del paciente se originan en la patología previamente padecida por él y no en la intervención no consentida.

23.2.1. Existen casos en los que no todas o ninguna de las secuelas de una intervención no consentida son consecuencia de ella sino del devenir propio de la enfermedad del paciente. En ese caso resultaría exagerado y por demás injusto atribuir dichas consecuencias al cuerpo médico, en especial si partimos de la buena fe de los galenos, pues debe entenderse que la vocación del médico es siempre mejorar la salud del paciente y/o salvarle la vida en casos extremos. Para determinar si las secuelas de un procedimiento se originaron en la intervención no consentida o eran consecuencia natural de la enfermedad previamente padecida es menester contar con un dictamen pericial, concepto médico, historia clínica o con aquellas pruebas que permitan establecer una circunstancia o la otra.

23.3. Adicionalmente, uno es el caso cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la *lex artis* pero sin el mencionado consentimiento.

23.3.1. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral.

23.4 Finalmente es necesario mencionar la diferencia entre el paciente que asiste a la intervención de manera programada -y por tanto planeada- y el paciente que por las circunstancias de su salud se ve involucrado en intervenciones no programadas.

23.4.1. En tratándose de procedimientos programados, es posible, dependiendo del caso concreto, inferir el consentimiento tácito explicado por la Sala de Sección Tercera en la sentencia del 4 de abril de 2008, exp. 15737, pues el paciente mismo programa y gestiona su tratamiento, pero en intervenciones de emergencia o en general en aquellos procedimientos no programados, la demandada deberá

probar que obtuvo el consentimiento informado conforme a lo consignado en el párrafo 23.1.1. so pena de incurrir en falla del servicio.

24. En el **caso concreto**, la Sala tiene por probado que el señor Dalio Torrente Bravo padecía de una enfermedad, consistente en un “*tumor maligno formado por la multiplicación desordenada de células de un tejido - cáncer-*” a nivel del tercio medio derecho de la cara. Del mismo modo, es de anotar, que en la ciencia médica, este agente patógeno es tratable, pero en la mayoría de los casos es incurable, sin importar los medios utilizados. Pese a este diagnóstico, al actor se le realizó una cirugía con el fin de extraer éste lunar cancerígeno, la cual dejó como consecuencia la pérdida de la funcionalidad del párpado inferior derecho. En ese orden de ideas, con base en el material probatorio que reposa en el expediente, la Sala considera que la pérdida de la funcionalidad del párpado inferior derecho, obedece a la evolución de la enfermedad que aquejaba al actor, y no ocurrió porque las intervenciones quirúrgicas practicadas por el ISS., para mejorar la salud del paciente, se hubiesen realizado con negligencia, deficiencia o de forma tardía –lo cual no fue acreditado en el plenario-.

24.1. Con las pruebas arrimadas al proceso, especialmente la historia clínica del paciente, no se demostró que la pérdida de la funcionalidad del párpado inferior derecho padecida por el señor Dalio Torrente Bravo hubiese sido consecuencia de una posible falla médica.

24.2. La Sala encuentra acreditado que el personal médico y paramédico del ISS actuó con la diligencia requerida para la atención en debida forma de la enfermedad padecida por el señor Dalio Torrente Bravo. En efecto, en la historia clínica quedaron consignados la atención y los procedimientos realizados al paciente, así como la administración de los medicamentos para hacer más efectivo el tratamiento médico.

24.3. Por otra parte, la Sala no encuentra probado que el paciente haya autorizado expresamente las cirugías de “*Resección Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal*” y “*corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur*” como tampoco que haya sido informado claramente acerca de dichas intervenciones y de los riesgos que correría al someterse a éstas. Por tratarse de una cirugía programada con anticipación la Sala infiere la voluntad del paciente de someterse a la cirugía que le libraría del lunar cancerígeno que padecía, es decir, se infiere que las

mencionadas intervenciones realizadas al señor Dalio Torrente Bravo sí fueron consentidas, sin embargo, del acervo probatorio se deduce que no le fueron informados los riesgos y consecuencias de la operación, por lo que se evidencia un daño imputable al servicio médico del I.S.S.

24.4. Correspondía a la parte demandada probar que al paciente le fueron informados los riesgos y consecuencias de la cirugía previamente a la práctica de la misma, lo cual no ocurrió en este caso.

24.4.1. Es de anotar que a pesar de que el actor manifestó en la demanda y en las alegaciones que nunca se le informó de forma clara sobre las intervenciones que se le realizaron y los riesgos y consecuencias físicas que se podían desencadenar con su práctica, la parte demandada no demostró que este consentimiento informado sí fue obtenido y el *a quo* no se pronunció sobre el asunto, limitándose a declarar la inexistencia de una falla médica en los procedimientos realizados.

24.5. En aplicación de la jurisprudencia citada, la Sala considera que el ISS., es responsable por el daño ocasionado al demandante con motivo de la intervención quirúrgica realizada sin haberle permitido conocer los posibles efectos de las intervenciones realizadas, por lo cual ordenará a la demandada pagar al demandante la indemnización de los perjuicios morales derivados de este daño.

25. En los términos anteriormente expuestos, la Sala encuentra que no está demostrada la ocurrencia de una falla del servicio por parte de la demandada en cuanto a las intervenciones y tratamientos realizados en procura de mejorar el estado de salud del paciente. Sin embargo, al haberse realizado la cirugía de “*resección más colgajo*” y posteriormente la cirugía de corrección de las secuelas, sin suministrar la información suficiente al paciente, se le causó un daño moral que la demandada está en el deber de resarcir.

26. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las súplicas de la demanda.

27. En este punto la Sala advierte que el tema del consentimiento informado ha sido tratado con laxitud por parte de algunas clínicas, hospitales y en general, entidades prestadoras del servicio de salud en Colombia encargadas de efectuar tratamientos y procedimientos a los pacientes. Han llegado a esta instancia judicial formatos de consentimiento informado en los que se nota la falta de información suministrada al paciente, o formatos genéricos que no dicen nada y que no se

ajustan a la realidad del usuario. Esta situación vulnera los derechos de las personas que acceden al servicio de salud, y va en contravía con los objetivos del milenio, por esta razón, esta Corporación se ve en el deber de llamar la atención de las autoridades de salud para que tomen las medidas correctivas frente a la descrita circunstancia, aclarando que no basta con obtener la autorización del paciente (o de sus familiares en aquellos casos descritos en la ley), sino que debe informársele a cabalidad, en qué consisten los riesgos y las posibles secuelas derivadas de los procedimientos y tratamientos a realizar. Por esta razón la Sala exhortará al Ministerio de Salud para que imparta una directriz en esta materia encaminada a fortalecer la práctica de la obtención adecuada del consentimiento informado de los pacientes, que atienda a los parámetros explicados y en especial a la dignidad de los usuarios del sistema de salud.

28. De otra parte, conviene aclarar hasta dónde llega la responsabilidad de las instituciones médicas frente a las consecuencias de una intervención efectuada sin el consentimiento informado del paciente. Es decir, no todos los daños padecidos por las personas después de ser intervenidas quirúrgicamente son imputables a las clínicas u hospitales que fallaron en obtener el consentimiento informado del paciente. Algunas consecuencias o secuelas que sufre la persona, hacen parte del desarrollo de la enfermedad que padecían antes de ser tratados, por lo que resultaría injusto atribuir dichos resultados al servicio médico. Por esta razón la falla del servicio consistente en la falta de consentimiento informado antes de efectuar un procedimiento genera un daño autónomo que no se puede confundir con el resultado concreto de una intervención.

29. Finalmente, a juicio de la Sala no resulta sano extremar la exigencia del consentimiento informado a aquellos casos en los que en medio de una intervención quirúrgica de emergencia, en la que el paciente se encuentra anestesiado o inconsciente, y el galeno encuentra que debe hacer un procedimiento adicional para salvar la vida del paciente, tenga que abstenerse de actuar por falta del consentimiento sobre específicamente el procedimiento adicional no previsto en el preoperatorio. Lo anterior por cuanto de radicalizar así la relación medico-paciente se estaría partiendo de la mala fe del profesional de la salud, con el efecto práctico, perjudicial al usuario, de verse involucrado en dos cirugías en vez de una. Lo anterior no obsta para que de ser posible en cada caso los familiares del paciente bajo anestesia o inconsciente, puedan, si están presentes brindar las autorizaciones del caso.

IX. Indemnización de perjuicios

30. Se encuentra acreditado mediante prueba testimonial, que a consecuencia de las lesiones físicas posteriores a la práctica de las dos intervenciones quirúrgicas, el señor Dalio Torrente Bravo, sufrió una profunda tristeza, sin embargo, se insiste, no es éste el perjuicio moral a resarcir, sino aquel derivado de haber sido intervenido quirúrgicamente sin recibir información sobre las secuelas de la cirugía, por lo que hay lugar a acceder a la pretensión elevada, en un monto de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales.

31. Resulta claro entonces que lo que se compensa por daño moral no es el daño corporal consistente en las secuelas físicas del paciente, ni el daño a la salud, sino aquel sufrimiento padecido por él, al haber sido privado de conocer las consecuencias de la intervención realizada para poder decidir informadamente acerca de si se sometía o no a la cirugía, lo cual constituyó una vulneración a su intimidad y a su dignidad como ser humano, capaz de autodeterminarse y de decidir en coherencia con su proyecto de vida, si quería o no que se adelantara el aludido procedimiento irreversible.

32. Frente al núcleo familiar del señor Dalio Torrente Bravo, que consta de sus padres Gilberto Torrente y Olga Bravo, su compañera permanente Marilú Beltrán Lemus y Andrés Góngora Beltrán, hijo de Marilú, cuando ha tratado el tema de la prueba de la existencia de los perjuicios morales en los parientes del afectado, esta Corporación ha considerado que *“el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración del daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad³⁴ y primero civil³⁵”*.

32.1. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en que: *“a) la experiencia humana y las relaciones*

³⁴ Artículo 37 C.C.: “Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y los primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.”

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias; del 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, radicación n.º 13834; del 10 de julio de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación n.º 14083; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, radicación n.º 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 14335; del 10 de marzo de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación n.º 14808; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 16186; del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 28259.

sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes” (artículo 42 de la C.P.).

32.2. Por lo anterior, se incluirá en la condena la correspondiente indemnización a favor de la señora Teodolinda Martínez conforme lo deprecia la parte actora en el recurso de apelación.

Costas

33. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

34. En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera –Subsección “B”- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

REVOCAR la sentencia del 30 de octubre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales en liquidación, o a la entidad que haga sus veces, por el daño moral padecido por el actor, por habersele practicado las cirugías *-Resección Ca Basocelular + avance colgajo beal hexagonal y corrección de ptosis palpebral (cualquier técnica) con corrección quirúrgica de cicatriz o secuela de queadur-* sin advertirle los riesgos y consecuencias propias de esas cirugías.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales en liquidación, o a la entidad que haga sus veces, a pagar, por concepto de perjuicios morales, un monto de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor del señor Dalio Torrente Bravo y diez (10) salarios mínimos mensuales

legales vigentes a favor de Gilberto Torrente, Olga Bravo, Marilú Beltrán Lemus y Andrés Góngora Beltrán.

TERCERO: ORDENAR al Ministerio de Salud que imparta una directriz a todas las empresas e instituciones prestadoras del servicio de salud, hospitales, cajas de compensación y clínicas del país, encaminada a fortalecer la práctica de la obtención adecuada del consentimiento informado de los pacientes, que atienda a los parámetros explicados en esta providencia y en especial a la dignidad de los usuarios del sistema de salud.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: No condenar en costas.

SEXTO: Cumplir lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Por secretaría **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del proceso.

OCTAVO: En firme este fallo devolver el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DRA. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD MEDICA - Inexistencia de la relación causal entre la operación y la lesión

Fundamento mi desacuerdo con las consideraciones mayoritarias, expuestas para negar la indemnización por los daños derivados de la lesión en el párpado, dado que encuentro que, a la vez que se concluye que no existe relación causal entre operación y la lesión, se reconoce explícitamente la causalidad. La anterior contradicción es ostensible al considerar lo consignado textualmente en la sentencia. Así, por ejemplo, en el acápite correspondiente al análisis del caso se lee –se destaca-. (...) Al analizar la literalidad de lo dicho por la Sala en este párrafo, es posible identificar tres proposiciones distintas; “(i) La pérdida de funcionalidad del párpado es una secuela de la cirugía. (ii) La pérdida de la funcionalidad del párpado obedece a la evolución de la enfermedad del actor. (iii) La pérdida de funcionalidad del párpado no es consecuencia de la negligencia, deficiencia o tardanza de la intervención quirúrgica. Ahora bien, de la primera afirmación se deriva que la causa eficiente de la inmovilidad del párpado del actor radica en la realización de una cirugía que exigió la remoción de un lunar en el rostro y una sutura posterior de la piel, que conllevó a la inmovilidad del párpado izquierdo. En otras palabras, se sostiene que, de no haberse presentado la cirugía, no habría tenido lugar la pérdida de la funcionalidad del párpado. Por otra parte, se sostiene también que la pérdida de funcionalidad es consecuencia de la evolución de la enfermedad, es decir se trata de una secuela propia y directa del cáncer que motivó la intervención quirúrgica. Esto significa aceptar que la lesión se habría producido así el paciente no hubiera sido sometido a la operación. Como es evidente, las afirmaciones de que la lesión no se habría producido de no haberse dado la intervención quirúrgica y de que habría tenido lugar efectivamente, aún sin realizarse la operación, se excluyen entre sí.

EVOLUCION DE ENFERMEDAD - Eventos propios. Progresión de la patología / SECUELAS DE UNA INTERVENCION QUIRURGICA - No son consecuencias propias de la enfermedad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD MEDICA - Falla del servicio médico por los daños morales, fisiológicos y patrimoniales derivados de una cirugía pero no por omisión o inexistencia del consentimiento informado

La Sala no consideró la evolución natural de un lunar canceroso, pues, es de esperar que quien presenta uno llegue a desarrollar con el tiempo un cáncer que puede llevarlo eventualmente a la muerte. Sin embargo, entre los efectos comunes del cáncer no figura la pérdida de movilidad del párpado, al menos en las condiciones y en los plazos que aparecen probados en el caso. Así pues es factible suponer que, de no haberse efectuado la remoción del lunar, el paciente habría empeorado su salud o fallecido, pero no es tan razonable pensar que ello conllevaba la lesión estética y funcional específica que lo aqueja. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que no pueden considerarse como eventos propios de la evolución de la enfermedad aquellos que no se derivan directamente de la progresión de la patología, sino que implican la intervención de una agencia externa. En este sentido, es absolutamente imposible considerar que las secuelas de una intervención quirúrgica son consecuencias propias de la enfermedad, pues, claramente, este tipo de procedimientos se derivan del acto humano de adoptar una determinada ruta terapéutica. Por otra parte, aunque la intervención quirúrgica “está motivada” por la enfermedad y en cierto modo puede reputarse “necesaria”

dentro de un esquema de tratamiento, no existe en este supuesto una “necesidad causal” esto es un devenir fatal e inexorable en el orden de los hechos. Esto es, la sola situación de presentar un tumor canceroso no es causa directa e inexorable de una intervención quirúrgica, con afectación estética y funcional del párpado. Para la Sala la acción quirúrgica fue ajustada a las exigencias de la prudencia médica, de donde se debe entender que el daño se deriva de la enfermedad; empero ello no permite distinguir el ámbito y la naturaleza del juicio de causalidad, de orden fáctico y óntico, del juicio de reproche o el de imputación que pertenecen al plano de lo valorativo y lo deóntico. Por otra parte, en el razonamiento mayoritario observo una disyuntiva, esto es, la muerte o el deterioro de la salud del paciente dependen de la evolución de la enfermedad o de la deficiencia en la atención y solo de ellas y, así mismo, echo de menos las consideraciones sobre que las intervenciones médicas, realizadas de acuerdo con las prescripciones de la lex artis, pueden llegar a producir efectos negativos o, lo que es lo mismo, que hay secuelas necesarias en orden a evitar un mal mayor. (...) considero que en el caso sub examine no era posible negar la responsabilidad por ineficiente consentimiento informado, dada la causalidad de la lesión del párpado con la intervención, no con el curso natural de la enfermedad, me aparto de la postura mayoritaria. Considero y lo sostengo que lo procedente era reconocer la responsabilidad por los daños morales, fisiológicos y patrimoniales, derivados de la cirugía, en lugar de limitar el reconocimiento al mero desconocimiento del derecho fundamental a no ser sometido a intervenciones médicas, sin el debido consentimiento.

INEXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LAS FALLAS EN LA INFORMACION - El acto no genera una asunción de riesgo / CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASO DE EMERGENCIA - Relativización de la exigencia de este procedimiento / RECHAZO DE PROCEDIMIENTOS NO CONSENTIDOS - Pacientes en situación de emergencia. Disposición arbitraria de la integridad del paciente. Asunción de consecuencias de intervenciones contrarias a sus principios y creencias

No comparto la distinción señalada en la parte motiva de la sentencia, entre la inexistencia del consentimiento y las fallas en la información. Amén de irrelevante, a efectos de establecer la oponibilidad frente al paciente (bien sea que no haya consentido o lo haya hecho sin información suficiente, el acto no generaría una asunción del riesgo), la distinción parece desconocer la naturaleza misma del acto de consentir y la distinción entre el consentimiento y su manifestación interna. En efecto, el consentimiento es un acto de la voluntad que presupone el conocimiento. En este sentido, no se puede afirmar que consiente quien, a pesar de su asentimiento, no fue informado sobre aquello que parece aceptar y que de no ser informado no tendría que conocer. En estos supuestos puede existir, si se quiere, una apariencia, nunca una aceptación, jurídicamente relevante. Por otra parte, encuentro peligrosa la distinción entre los baremos del consentimiento en caso de urgencia. En efecto, creo que el criterio para determinar la exigibilidad del consentimiento no debe cifrarse tanto en la posibilidad de planeación del procedimiento, como en la capacidad de consentir del sujeto que ha de someterse al mismo, esto es, al grado de ejercicio de la potencia intelectual y volitiva en el caso concreto, así como de circunstancias relativas a la presencia de personas con aptitud para reemplazar válidamente al paciente imposibilitado o incapacitado para tomar su propia decisión (v.gr. padres). Esto debe tenerse en cuenta porque, a partir de la aceptación simplista de la regla de relativización de la exigencia de consentimiento en situaciones de emergencia, la amputación urgente de un miembro, en contra de la manifestación expresa e inequívoca de la voluntad del paciente adulto y con plena capacidad de consentir, no podría ser valorada como

un injusto por desconocimiento de la dignidad humana. Se llegaría así a la aceptación de una serie de prácticas médicas que, en aras de preservar el funcionamiento orgánico, dispongan arbitrariamente de la integralidad del paciente, obligándolo a asumir las consecuencias de intervenciones contrarias a sus más profundos principios y creencias (v.gr. caso de adultos que rechazan las transfusiones por motivos de conciencia).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660)

Actor: DALIO TORRENTE BRAVO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y MINISTERIO DE SALUD

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en el asunto de la referencia.

En el caso concreto, analizó la Sala la demanda formulada por el señor Dalio Torrente Bravo quien se sometió a una operación de “resección basocelular y avance de colgajo”, para hacer frente a un tumor maligno. Tras la operación, el paciente quedó con una cicatriz retraída en el pómulo derecho e imposibilitado para cerrar el párpado inferior, con la consecuente deformidad y las consecuencias relacionales que ello implica. Aduce la parte actora que la pérdida de la funcionalidad del párpado sobrevino como consecuencia directa de la operación; que dicho riesgo no le fue informado y que la intervención quirúrgica no satisfizo totalmente los requisitos de la *lex artis*.

Vistas las pruebas, la Sala ha tenido por cierto que los médicos tratantes no informaron adecuadamente al señor Torrente sobre los riesgos inherentes al procedimiento y que la intervención se ajustó por completo a las reglas técnicas y científicas. Igualmente, consideró que no existen razones para predicar la relación de causalidad entre la negligencia en la práctica de la cirugía y la lesión del párpado inferior. Consecuentemente, la Sala declaró la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por el daño antijurídico consistente en la deficiencia en la información sobre el procedimiento, aclarando que no hay fundamentos para declararla, respecto de la pérdida de funcionalidad del párpado.

Por otra parte, la sentencia en mención contiene un extenso estudio sobre el valor del consentimiento informado y las consecuencias de su inexistencia o sus defectos, en el que se destacan las siguientes tesis i) diferencia entre la inexistencia y la deficiencia del consentimiento, ii) la condición intrínseca de daño que comporta el desconocimiento del consentimiento informado, iii) la posibilidad de generación de responsabilidad por los daños derivados de un procedimiento cuyos riesgos no fueron informados, aún en los supuestos en los que no se verifica un desconocimiento de los protocolos técnicos o reglas de prudencia, (iv) la limitación de esta posibilidad a los casos en los que el daño no se deriva de la patología previa y v) distinción entre los baremos de exigencia de consentimiento y prueba del mismo, en los procedimientos programados y de urgencia, con el objeto de predicar un deber fuerte o de menor exigencia de información, inferido a partir de la intervención o exclusión del paciente, en la programación del tratamiento.

Habiendo expuesto lo anterior, advierto que discrepo tanto de las consideraciones relativas a la causalidad e imputabilidad del daño (*ratio decidendi*) como de algunas de las incluidas a modo de *obiter dicta* en la motivación.

1. Razones del desacuerdo con la *ratio decidendi*

Fundamento mi desacuerdo con las consideraciones mayoritarias, expuestas para negar la indemnización por los daños derivados de la lesión en el párpado, dado que encuentro que, a la vez que se concluye que no existe relación causal entre operación y la lesión, se reconoce explícitamente la causalidad.

La anterior contradicción es ostensible al considerar lo consignado textualmente en la sentencia. Así, por ejemplo, en el acápite correspondiente al análisis del caso se lee –se destaca–.

*En el caso concreto, la Sala tiene probado que el señor Dalio Torrente padecía de una enfermedad, consistente en un “tumor maligno formado por la multiplicación desordenada de células de un tejido –cáncer” a nivel del tercio medio de la cara. Del mismo modo, es de anotar, que en la ciencia médica, este agente patógeno es tratable, pero en la mayoría de los casos es incurable, sin importar los medios utilizados. Pese a este diagnóstico, al actor se le realizó una cirugía con el fin de extraer este lunar cancerígeno, **la cual dejó como consecuencia la pérdida de funcionalidad del párpado inferior derecho.** En ese orden de ideas, con base en el material probatorio que reposa en el expediente, la Sala considera que **la pérdida de funcionalidad del párpado inferior, obedece a la evolución de la enfermedad que aquejaba al actor, y no ocurrió porque las intervenciones quirúrgicas practicadas por el ISS, para mejorar la salud del paciente se hubiesen realizado con negligencia, deficiencia o de forma tardía –lo cual no fue acreditado en el plenario–.***

Mientras que en el punto 12.5, correspondiente a los hechos probados se lee:

Después de la cirugía al paciente le quedó una cicatriz retraída en el pómulo superior derecho, que produjo una ptosis palpebral, la cual le ocasionó la imposibilidad del párpado inferior derecho (...).

Al analizar la literalidad de lo dicho por la Sala en este párrafo, es posible identificar tres proposiciones distintas;

- “(i) La pérdida de funcionalidad del párpado es una secuela de la cirugía.
- (ii) La pérdida de la funcionalidad del párpado obedece a la evolución de la enfermedad del actor.
- (iii) La pérdida de funcionalidad del párpado no es consecuencia de la negligencia, deficiencia o tardanza de la intervención quirúrgica.

Ahora bien, de la primera afirmación se deriva que la causa eficiente de la inmovilidad del párpado del actor radica en la realización de una cirugía que exigió la remoción de un lunar en el rostro y una sutura posterior de la piel, que conllevó

a la inmovilidad del párpado izquierdo. En otras palabras, se sostiene que, de no haberse presentado la cirugía, no habría tenido lugar la pérdida de la funcionalidad del párpado.

Por otra parte, se sostiene también que la pérdida de funcionalidad es consecuencia de la evolución de la enfermedad, es decir se trata de una secuela propia y directa del cáncer que motivó la intervención quirúrgica. Esto significa aceptar que la lesión se habría producido así el paciente no hubiera sido sometido a la operación.

Como es evidente, las afirmaciones de que la lesión no se habría producido de no haberse dado la intervención quirúrgica y de que habría tenido lugar efectivamente, aún sin realizarse la operación, se excluyen entre sí.

Ahora bien, dejando de lado lo anterior, la consideración global de la sentencia permite inferir que, a pesar de haber reconocido explícitamente la relación de causalidad entre la cirugía y la lesión del párpado, la Sala consideró más plausible atribuir los daños a la evolución natural de la patología inicialmente sufrida. De hecho, esta consideración parece estar en el corazón de la *ratio decidendi* del fallo.

En este punto, llama la atención que la mayoría llega a esta conclusión sin justificar explícitamente las razones por las que la adopta. Más aún, como se dijo antes, en distintas partes del escrito parece aceptar datos que conducen a la conclusión contraria, esto es, la existencia de una relación de causalidad directa, necesaria y suficiente entre la intervención quirúrgica y el resultado dañoso.

Dejando de lado lo expuesto, interesa destacar que me aparto de la conclusión finalmente adoptada.

En efecto, la Sala no consideró la evolución natural de un lunar canceroso, pues, es de esperar que quien presenta uno llegue a desarrollar con el tiempo un cáncer que puede llevarlo eventualmente a la muerte. Sin embargo, entre los efectos comunes del cáncer no figura la pérdida de movilidad del párpado, al menos en las condiciones y en los plazos que aparecen probados en el caso. Así pues es factible suponer que, de no haberse efectuado la remoción del lunar, el paciente

habría empeorado su salud o fallecido, pero no es tan razonable pensar que ello conllevaba la lesión estética y funcional específica que lo aqueja.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que no pueden considerarse como eventos propios de la evolución de la enfermedad aquellos que no se derivan directamente de la progresión de la patología, sino que implican la intervención de una agencia externa. En este sentido, es absolutamente imposible considerar que las secuelas de una intervención quirúrgica son consecuencias propias de la enfermedad, pues, claramente, este tipo de procedimientos se derivan del acto humano de adoptar una determinada ruta terapéutica. Por otra parte, aunque la intervención quirúrgica “está motivada” por la enfermedad y en cierto modo puede reputarse “necesaria” dentro de un esquema de tratamiento, no existe en este supuesto una “necesidad causal” esto es un devenir fatal e inexorable en el orden de los hechos. Esto es, la sola situación de presentar un tumor canceroso no es causa directa e inexorable de una intervención quirúrgica, con afectación estética y funcional del párpado.

Ahora bien, aunque no aparezca explícitamente consignado, sería factible considerar que para la Sala la acción quirúrgica fue ajustada a las exigencias de la prudencia médica, de donde se debe entender que el daño se deriva de la enfermedad; empero ello no permite distinguir el ámbito y la naturaleza del juicio de causalidad, de orden fáctico y óntico, del juicio de reproche o el de imputación que pertenecen al plano de lo valorativo y lo deóntico.

Por otra parte, en el razonamiento mayoritario observo una disyuntiva, esto es, la muerte o el deterioro de la salud del paciente dependen de la evolución de la enfermedad o de la deficiencia en la atención y solo de ellas y, así mismo, echo de menos las consideraciones sobre que las intervenciones médicas, realizadas de acuerdo con las prescripciones de la *lex artis*, pueden llegar a producir efectos negativos o, lo que es lo mismo, que hay secuelas necesarias en orden a evitar un mal mayor.

Ahora bien, se podría entender que el razonamiento mayoritariamente aceptado partió de la premisa de que, en el caso *sub examine*, el régimen aplicable era el de la falla del servicio, de modo que el juicio sobre el nexo de causalidad no debe tener por objeto la acción médica sino únicamente la acción médica defectuosa, dado que los elementos configuradores de la responsabilidad en este caso han sido identificados por la teoría como (i) el daño, (ii) la falla en el servicio y (iii) el

nexo de causalidad entre los dos anteriores. Razonamiento del que me aparto pues fundar una decisión de responsabilidad en la falla en el servicio, aparte de que desconoce el artículo 90 de la constitución, es explícitamente negado en el proyecto (de hecho, en el párrafo inmediatamente anterior al que establece la aplicabilidad del régimen de falla del servicio).

Dado pues que considero que en el caso *sub exámine* no era posible negar la responsabilidad por ineficiente consentimiento informado, dada la causalidad de la lesión del párpado con la intervención, no con el curso natural de la enfermedad, me aparto de la postura mayoritaria. Considero y lo sostengo que lo procedente era reconocer la responsabilidad por los daños morales, fisiológicos y patrimoniales, derivados de la cirugía, en lugar de limitar el reconocimiento al mero desconocimiento del derecho fundamental a no ser sometido a intervenciones médicas, sin el debido consentimiento.

2. Razones del desacuerdo con algunas de las aseveraciones contenidas en el *obiter dictum*

Por otra parte, considero necesario expresar mi desacuerdo con algunas de las consideraciones contenidas a modo de *dicta* en la decisión.

En primer lugar, no comparto la distinción señalada en la parte motiva de la sentencia, entre la inexistencia del consentimiento y las fallas en la información. Amén de irrelevante, a efectos de establecer la oponibilidad frente al paciente (bien sea que no haya consentido o lo haya hecho sin información suficiente, el acto no generaría una asunción del riesgo), la distinción parece desconocer la naturaleza misma del acto de consentir y la distinción entre el consentimiento y su manifestación interna.

En efecto, el consentimiento es un acto de la voluntad que presupone el conocimiento. En este sentido, no se puede afirmar que consiente quien, a pesar de su asentimiento, no fue informado sobre aquello que parece aceptar y que de no ser informado no tendría que conocer. En estos supuestos puede existir, si se quiere, una apariencia, nunca una aceptación, jurídicamente relevante.

Por otra parte, encuentro peligrosa la distinción entre los baremos del consentimiento en caso de urgencia. En efecto, creo que el criterio para

determinar la exigibilidad del consentimiento no debe cifrarse tanto en la posibilidad de planeación del procedimiento, como en la capacidad de consentir del sujeto que ha de someterse al mismo, esto es, al grado de ejercicio de la potencia intelectual y volitiva en el caso concreto, así como de circunstancias relativas a la presencia de personas con aptitud para reemplazar válidamente al paciente imposibilitado o incapacitado para tomar su propia decisión (v.gr. padres). Esto debe tenerse en cuenta porque, a partir de la aceptación simplista de la regla de relativización de la exigencia de consentimiento en situaciones de emergencia, la amputación urgente de un miembro, en contra de la manifestación expresa e inequívoca de la voluntad del paciente adulto y con plena capacidad de consentir, no podría ser valorada como un injusto por desconocimiento de la dignidad humana. Se llegaría así a la aceptación de una serie de prácticas médicas que, en aras de preservar el funcionamiento orgánico, dispongan arbitrariamente de la integralidad del paciente, obligándolo a asumir las consecuencias de intervenciones contrarias a sus más profundos principios y creencias (v.gr. caso de adultos que rechazan las transfusiones por motivos de conciencia).

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO