

**SEBASTIÁN CAMILO MARÍN BARBA**

**RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUSENCIA DE DAÑO: a propósito de la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. (Maestría en derecho privado, persona y sociedad: con énfasis en responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado. 2019-2020).**

**BOGOTÁ D.C.**

**2021**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**Facultad de Derecho**  
**MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD: con énfasis en**  
**responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado.**

**Rector:** **Dr. Hernando Parra Nieto**

**Secretaria General:** **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

**Decana de la Facultad de Derecho:** **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Director del Dpto. de Derecho Civil:** **Dr. Felipe Navia Arroyo**

**Directora de tesis:** **Dra. Adriana Cely Rodríguez**

**Presidente de la tesis:** **Dr. Felipe Navia Arroyo**

**Examinador:** **Dr. Jorge Herrera**

**TESIS DE GRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD: con énfasis en responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado.**

*Por Sebastián Camilo Marín Barba.*

**Título:**

**RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUSENCIA DE DAÑO: a propósito de la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.**

Resumen:

Existe un importante antecedente jurisprudencial que, sin tener la fuerza de un precedente por no haber sido pronunciado por el órgano de cierre (Consejo de Estado), no pasa desapercibido por desarrollarse a través de un Tribunal Administrativo.

Se trata de la sentencia de segunda instancia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la que, a pesar de la demostración del cumplimiento de la obligación de medio en cabeza de los profesionales de la salud y la buena *praxis* médica, resuelve condenar por la omisión y/o información incompleta de los riesgos asociados a procedimientos quirúrgicos y que nunca fueron controvertidos a lo largo del debate probatorio.

Tal postura resulta controversial, no solo en cuanto al ámbito procesal se refiere (principio de congruencia y tarifa legal del consentimiento informado) sino por la certeza del daño como elemento constitutivo de la responsabilidad.

Palabras clave:

Responsabilidad médica. Consentimiento informado. Certeza del daño. Relación de causalidad. Daño a los bienes constitucional y convencionalmente amparados. Principio de congruencia.

**Title:**

**LIABILITY FOR OMISSION OF INFORMED CONSENT AND ABSENCE OF DAMAGE: regarding the judgment of November 27, 2019, delivered by the Administrative Court of Boyacá.**

Abstract:

There is an important jurisprudential antecedent that, without having the force of a precedent because it was not pronounced by the closing body (Council of State), does not go unnoticed because it was developed through an Administrative Court.

This is the second instance judgment of November 27, 2019, delivered by the Administrative Court of Boyacá, in which, despite the demonstration of compliance with the obligation of media in the head of health professionals and good practice, resolves to condemn for the omission and / or incomplete information of the risks associated with surgical procedures and that were never controversial throughout the evidentiary debate.

Such position is controversial, not only in terms of the procedural scope (principle of consistency and legal fee for informed consent) but also because of the certainty of the damage as a constitutive element of responsibility.

Key words:

Medical liability. Informed consent. Certainty of the damage. Causality. Damage to constitutionally and conventionally protected assets. Congruence principle.

**Sumario:** I. Análisis de la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. A. Observaciones generales sobre la sentencia y puntos de debate. II. Presupuestos de responsabilidad en la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. A. Generalidades sobre el consentimiento informado. a) El deber de información en la responsabilidad médica; b) ¿Existe tarifa legal del consentimiento informado?; c) Situaciones imprevistas que pueden alterar el consentimiento informado consentido previamente. B. Consecuencias de la omisión e incongruencias en el consentimiento informado. a) La omisión -completa o incompleta- del consentimiento informado ¿comporta un daño autónomo a la autodeterminación y libertad individual?; b) Si el

debate probatorio gira entorno a la praxis médica y se resuelve imputar responsabilidad por la omisión -completa o incompleta- del consentimiento informado ¿se vulneraría el principio de congruencia como expresión del debido proceso?; c) El consentimiento informado y la pérdida de oportunidad. III. Crítica a la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. A. Certeza del perjuicio. B. Elemento causal. IV. Conclusión.

## **Introducción**

El caso que estudiaremos a lo largo del documento nos permitirá analizar en detalle los elementos de la responsabilidad, en especial, en los eventos de litigios médicos circunscritos al reproche por las incongruencias del consentimiento informado.

La sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá excluyó la existencia de un daño y encontró probado el buen desarrollo de la práctica médica realizada, pero aun así, resolvió condenar por el reconocimiento oficioso del daño autónomo a la autodeterminación individual argumentando que la lesión no devenía del procedimiento de intervención quirúrgica sino de la imposibilidad que tuvo el demandante de elegir una segunda alternativa.

Consideramos que la decisión adoptada resulta controversial y da base para estructurar el problema jurídico a partir de la siguiente premisa: dada la demostración de la buena práctica médica y la inexistencia de un perjuicio qué reparar ¿es plausible condenar por incongruencias en el consentimiento informado?

Con base en la jurisprudencia y doctrina estudiadas, concluimos que la permisión del reconocimiento oficioso de daños constitucional y convencionalmente amparados no es óbice para olvidar que la responsabilidad por omisión e incongruencia del consentimiento informado tiene que estructurarse a partir de sus prepuestos y de no cumplirse no habría lugar a declararse, máxime cuando se comprobó la adecuada práctica médica.

Nuestro estudio se desarrollará a partir de tres capítulos. El objetivo del primero será exponer el escenario bajo el cual se desarrollarán los siguientes capítulos e identificar los puntos de debate. Durante el segundo capítulo, verificaremos la existencia de los presupuestos de la responsabilidad, principalmente, la certeza del daño; para ello, analizaremos el alcance del consentimiento informado, lo ordenado por el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y lo tratado por

la jurisprudencia nacional e internacional en cuanto a la información sucinta y detallada de los tratamientos médicos que se consideren pertinentes. Asimismo, para identificar los escenarios que configuran responsabilidad por la omisión e incongruencia en el consentimiento informado. Finalmente, expondremos las conclusiones con fundamento en los elementos de la responsabilidad.

### **I. Análisis de la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.**

A través de la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá se revocó la sentencia de primera instancia del Juzgado 12 Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar resolvió condenar por el reconocimiento –exclusivo- del daño autónomo a la autodeterminación individual derivado de presuntos errores en el consentimiento informado.

El proceso de reparación directa tuvo como fundamento fáctico una consulta del demandante el 26 de marzo de 2013 al cirujano general de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja por dolor abdominal y quien le diagnosticó ‘hernia inguinal izquierda’, razón por la cual ordenó su valoración por anestesiología para proceder a su intervención quirúrgica.

Con base en ese diagnóstico, el demandante fue intervenido quirúrgicamente por otro galeno quien después a la cirugía anotó dentro de la hoja de evolución: *‘Paciente POP de exploración hernia inguinal izq. Sin hallazgos.’*; así mismo, destacó, *‘Realiza exploración inguinal No se encuentra hernia Directa o Indirecta.’*

Dado el resultado negativo de la hernia confirmado a través de la exploración inguinal, el paciente evolucionó satisfactoriamente y se dio de alta al poco tiempo.

No obstante, el paciente interpuso una acción de reparación directa en contra de los centros médicos que le atendieron con sus respectivos llamados en garantía argumentando una falla en el servicio porque la cirugía a la que fue sometido había sido innecesaria producto de un error en el diagnóstico. Dentro de sus pretensiones intentó el reconocimiento del daño a la salud producto del corte en su cuerpo y de índole moral por las aflicciones presuntamente sufridas. Valga anotar que dentro de las pretensiones de la demanda nunca se reprochó alguna situación derivada del consentimiento informado.

El Juzgado 12 Administrativo Oral del Circuito de Tunja conoció en primera instancia de la demanda de reparación directa. En su sentencia desestimó la totalidad de las pretensiones de la demanda y entre otras consideraciones porque:

*“(…) de la lectura de la demanda y de la prueba obrante en el expediente, (…), se concluye que los dolores o padecimientos físicos alegados por el demandante, están asociados a la innecesaria práctica de la exploración quirúrgica a la región inguinal, no al diagnóstico, pues si bien este lo llevó a que en principio se debiera hacer una herniorrafía inguinal, ésta no se realizó por la duda presentada por el cirujano (…), por ello no hay lugar a concluir que el error en el diagnóstico tuvo como consecuencia una intervención médica equivocada y que producto de ella se produjo el daño aludido por el demandante, por el contrario, la habilidad y pericia del galeno, evidenciándose en el presente caso, que actuó con el debido cuidado y producto de ello, no sometió al paciente a una cirugía innecesaria, contrario a ello decidió responsable y profesionalmente disponer de la exploración inguinal para confirmar el diagnóstico, como método válido y aceptado por el ejercicio de la medicina.”*

Asimismo, consideró el a quo lo siguiente:

*“(…) el daño antijurídico alegado por el demandante, no se probó, pues no se demostró que haya existido un diagnóstico errado por parte del galeno de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, ni por el médico que le practicó el procedimiento de exploración inguinal izquierda, por ende el demandante, no fue sometido a una cirugía innecesaria por la Clínica Santa Teresa S.A., ni tampoco que el dolor en la zona intervenida haya sido por causa directa del procedimiento practicado, el cual era necesario para confirmar o descartar la necesidad de la herniorrafía inguinal (….)”*

De lo transcrito, se colige que el juez de primera instancia descartó las pretensiones cimentadas en el presunto error en diagnóstico como quiera que la cirugía finalmente practicada (exploración) se realizó precisamente para confirmar un aparente hallazgo de hernia, lo cual por demás era el mecanismo válidamente aceptado por la *lex artis*.

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia ratificando su punto de vista respecto a la cirugía innecesaria de exploración a la que fue sometido, la que le ocasionó problemas de salud como dolor y angustia cuando dicha situación se hubiese podido evitar realizando un diagnóstico inicial correcto; además, por los

perjuicios de daño a la salud en virtud del corte quirúrgico en su cuerpo. Dentro del recurso de apelación tampoco de reprochó alguna situación derivada del consentimiento informado.

El Tribunal Administrativo de Boyacá conoció en segunda instancia del proceso de reparación directa del asunto identificando los siguientes problemas jurídicos<sup>1</sup>: por un lado, si se configuraban los presupuestos del error en el diagnóstico ergo una falla en el servicio en cabeza de las entidades demandadas; y por otro, si al paciente se le practicó un procedimiento brindando toda la información pertinente o si por el contrario su omisión constituía un daño antijurídico.

Respecto del error en el diagnóstico, la prueba del daño y la falla del servicio, la Sala encontró probado que:

*“(...) el diagnóstico emitido el 26 de marzo de 2013 por el especialista de cirugía que lo valoró en consulta externa en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, **se ajustó a los síntomas referidos por el demandante, con el examen físico y el antecedente quirúrgico de 1993** por una hernia inguinal izquierda previa y pese a que el 30 de agosto de 2013, no se encontraron hallazgos de la hernia, la Sala no encuentra prueba directa y eficiente para acreditar las condiciones de procedencia del error en el diagnóstico como lo alega la parte actora.”*

Asimismo:

*“En virtud de lo anterior, la Sala no encuentra que el diagnóstico emitido de hernia inguinal izquierda recidivante, fue errado **y en tal sentido no se encuentra probado un daño.**” (Subrayado y negrilla propias)*

El Tribunal Administrativo de Boyacá sostuvo que el personal médico había actuado con pericia para identificar y confirmar el aparente hallazgo de hernia pese a que la sintomatología de

---

<sup>1</sup> Se consideró además el siguiente problema jurídico: “¿Deberá la Sala determinar si en el presente asunto se encuentra plenamente demostrado el daño alegado por los demandantes, consistente en el error de diagnóstico y si de las pruebas allegadas se cumplen los presupuestos de procedencia de la falla del servicio médico en este tipo de eventos que resulta imputable a las entidades demandadas y que conlleve a revocar la sentencia de primera instancia, o si por el contrario del análisis probatorio, no se acreditó el error de diagnóstico?”

consulta arrojaba otra situación y que se logró corregir mediante la exploración practicada, es decir, un despliegue de actuaciones ajustadas a la ciencia médica<sup>2</sup>.

Concluyó el *ad quem* de la siguiente manera:

*“En consecuencia para la Sala, **no se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad extracontractual en virtud de que el demandante no sufrió ningún daño, pues contó con un diagnóstico de acuerdo al examen clínico, su antecedente quirúrgico y sin que la parte interesada, aportara prueba eficiente de cuáles eran los recursos que no agotó el profesional (...)**” (Subrayado y negrilla propias).*

Respecto de la información suministrada al paciente para la realización de la intervención médica se encontró probado lo siguiente:

*Que al demandante ‘se le practicó exploración de la zona inguinal que no corresponde al procedimiento descrito en los dos consentimientos o autorizaciones, difiriendo así de la herniorrafía, en tanto la primera era para extraer la hernia diagnosticada por el médico (...) en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la segunda que fue la intervención quirúrgica tenían como fin confirmar el diagnóstico de una hernia, es decir, el diagnóstico del 26 de marzo de 2013, **así que el demandante se sometió a una intervención que pudo evitarse ofreciendo una segunda alternativa.**”*

Corolario de lo expuesto, consideró además que:

*“(...) no encuentra la Sala probado que al paciente se le hubiesen puesto de presente las dos opciones de manera clara.”*

Agregó:

*“En virtud de lo expuesto y los medios probatorios allegados, encuentra la Sala que el médico especialista que efectuó la consulta externa en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, el 26 de marzo de 2013, tampoco le informó al demandante de manera clara, precisa y oportuna las alternativas de tratamiento para el diagnóstico emitido que le permitiese el ejercicio del derecho a la autodeterminación y elección de continuar o no*

---

<sup>2</sup> En palabras del Tribunal Administrativo de Boyacá: “(...) si el médico actuó con la pericia y cuidado antes mencionada, su responsabilidad no queda comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco determinado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones”.

*con la tramitología de una intervención que se llevó a cabo solo hasta el 30 de agosto de 2013, es decir casi 5 meses después.”*

De las consideraciones de segunda instancia se aprecia que pese a descartarse un daño por la actividad médica propiamente dicha (error en el diagnóstico), hubo una alteración en la información suscrita por el paciente y el procedimiento realizado, como quiera que el consentimiento informado era de extracción y no de exploración inguinal y lo cual configuraría un daño autónomo a la autodeterminación personal.

El derecho a la autodeterminación fue estudiado por el *ad quem* de la siguiente manera:

*“Así las cosas, para esta Sala, la falta de consentimiento informado es una circunstancia que produce una trasgresión a los derechos constitucionales y convencionales del paciente (libre autodeterminación) que deben resarcirse bajo la tipología residual como lo estableció la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 ya que lo que se indemniza no es el dolor o sufrimiento provocado por no haber podido decidir si se asumían los riesgos de la intervención **sino la referida imposibilidad en sí misma, ya sea que se haya producido aflicción o no.**”*

Sobre el reconocimiento oficioso de tales derechos (constitucional y convencionalmente protegidos) afirmó el Tribunal Administrativo de Boyacá:

*“Reitera la Sala que en el caso de estudio, no se logró probar el error de diagnóstico alegado por los demandantes y en tal sentido los perjuicios a la salud, a la vida en relación solicitados en el libelo, son improcedentes tanto en su estudio, como en su reconocimiento.*

*No obstante lo anterior, como se dejó establecido en precedencia, al demandante, no se le informó de las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica del diagnóstico de hernia inguinal del demandante; conducta de las demandadas que vulneraron el derecho constitucional del demandante a la libre autodeterminación, pues el consentimiento que pudo haber dado, no respondió a una exploración, sino a la extracción de una hernia, que podrían haberla hecho rehusarse.”*

Además, que:

*“Este tipo de daño puede ser reconocido de oficio, conforme a lo dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, expediente 26251 (...).”*

Por todo lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá resolvió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar a las entidades demandadas con fundamento en la violación al derecho a la autodeterminación personal del demandante y en base a la permisión oficiosa del reconocimiento del daño a derechos constitucional y convencionalmente amparados.

La sentencia reseñada resulta controversial en la medida en que para la misma corporación era inexistente un error en el diagnóstico, la falla en el servicio y un daño, es decir, la ausencia de uno de los elementos de la responsabilidad y la responsabilidad misma. No obstante, erró al estructurar un daño autónomo a la autodeterminación personal por existir incongruencias en el consentimiento informado -pese a su existencia- lo cual, aparte de no haberse discutido a lo largo del proceso, mereció un reconocimiento oficioso desconociendo para nosotros no solamente el debido proceso -por no permitir a las demandadas defenderse entorno a la omisión de información-, sino también, el daño como factor indispensable para atribuir responsabilidad.

#### **A. Observaciones generales sobre la sentencia y puntos de debate.**

Son varios los puntos relevantes de la sentencia. En primer lugar, en cuanto al aspecto procesal circunscrito al desconocimiento de la relación deontológica de las pretensiones de la demanda, el recurso de apelación, los problemas jurídicos planteados por el Tribunal Administrativo de Boyacá y lo resuelto en la sentencia de segunda instancia.

Lo anterior, por cuanto ni en las pretensiones de la demanda ni en el recurso de apelación se hizo mención alguna a presuntas irregularidades del consentimiento informado y a lo largo del debate probatorio no se trató –ni por asomo- este aspecto, lo cual eventualmente comportaría una violación al principio de congruencia.

En segundo lugar, respecto de los presupuestos de la responsabilidad, especialmente, por la certeza del daño que, aunque desestimado por el *ad quem* resolvió condenar a la demandada.

Como tercer factor, los requisitos y alcance oficioso del reconocimiento de los bienes constitucional y convencionalmente amparados a la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de agosto de 2014.

La sentencia es importante, además, porque no es una providencia aislada de otras proferidas por altas corporaciones judiciales - cortes y tribunales- y en el derecho comparado.

En sentencia del 25 de septiembre de 2019 (Exp. 15001-33-33-004-2014-00093-01) de la misma corporación, esto es, del Tribunal Administrativo de Boyacá, se resolvió revocar la sentencia de primera instancia a pesar de que –al igual que la providencia en estudio- no se encontró acreditado el daño por parte de las demandadas, pero que en virtud de no haberse informado suficientemente sobre los riesgos de un procedimiento de implantación de un catéter, merecía condenar por 100 SMLMV por violación al derecho a la autodeterminación individual , sumado al reconocimiento de medidas de reparación no pecuniarias que, a ojos del Tribunal no resultaban suficientes para compensar el presunto daño<sup>3</sup>.

Por su parte, en sentencia del Consejo de Estado del 30 de noviembre de 2017 (Exp. 43378), la corporación condenó al Instituto de Seguros Sociales por omisión de consentimiento informado por la práctica de la salpingectomía bilateral a la demandante a pesar de haberse probado que el embarazo ectópico que ponía en riesgo su vida y que le anulaba toda posibilidad de fertilización natural, no era imputable a la entidad demandada sino a su situación de salud.

En el derecho comparado, la sentencia de 23 de abril de 2002, se la sección 5° de la Audiencia Provincial de Bizkaia (España) se trató un caso en el que una paciente tras una intervención de prótesis de rodilla, restaron secuelas derivadas de la lesión a un nervio. La demanda se planteó bajo una incorrecta *praxis* médica lo cual quedó desestimado tanto por el juzgado de primera instancia como por el segundo. Sin embargo, en las alegaciones finales la demandante

---

<sup>3</sup> En palabras del *ad quem* “(...) para la Sala de acuerdo a la revisión de las pruebas allegadas y especialmente, del dictamen aportado por la parte demandante, considera que si bien está demostrado el deceso de la señora (...) no está acreditado que el mismo obedeció a una la falla en la prestación del servicio médico por la inadecuada *praxis* médica o tuvo su origen en el servicio médico brindado por las entidades demandadas (...)”

Agregó: “Para la Sala, no se probó negligencia o desatención médica o del tratamiento indicado por alguna de las demandadas, ni se logró acreditar que el neumotórax fue producido por la inserción del catéter realizado el 13 de marzo de 2012, pues del registro de la atención reposa únicamente anotaciones clínicas que la paciente (...), sufrió una descompensación de sus signos vitales que generó una parada cardíaca, situación que puede ser causa de un neumotórax no exclusiva del implante del catéter.”

planteó un suministro indebido de la información de su cirugía lo cual fue analizado por la Audiencia Provincial de Bizkaia de la siguiente manera<sup>4</sup>:

*“Examinado el documento No. 1 se ha acompañado al escrito de contestación a la demanda, no puede decirse que estemos en presencia de un consentimiento informado, ya que puede observarse que se trata de un documento preimpreso, a falta solo de rellenar los espacios correspondientes al nombre del paciente, del doctor y de la indicación del tratamiento de que se trate, susceptible de ser empleado no solo cualquiera que sea el paciente sino también en todo tipo de tratamientos, y que solo de forma genérica contiene que el paciente ha sido informado (...)”*

Si en consideración de la doctrina el incumplimiento del deber de información desencadena en la responsabilidad del médico siempre y cuando esa culpa produzca un daño y que haya entre los dos una relación de causalidad<sup>5</sup>, resulta significativo analizar si, a pesar de la demostración del cumplimiento de la obligación de medio en cabeza de los profesionales de la salud, la buena praxis médica y la desestimación del daño -tal y como fue considerado por el Tribunal Administrativo de Boyacá-, es meritorio condenar por la omisión y/o información incompleta de los riesgos asociados a procedimientos quirúrgicos y que nunca fueron controvertidos a lo largo del debate probatorio.

Parafraseando parte de la cita doctrinal precedente, si el estado de salud de una persona se agrava, poco o nada tendría que ver el consentimiento informado por ser una circunstancia eminentemente formal, más no técnica y por lo tanto insuficiente para atribuir responsabilidad, tal y como fue decidido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 9 de agosto de 1991.

Las consecuencias de errores en la información suministrada durante un procedimiento médico abarcan, por un lado, un enriquecedor debate jurídico en torno a la certeza del daño como presupuesto de responsabilidad |en caso de demostrarse una adecuada *praxis* médica| y por

---

<sup>4</sup> Ateleta Bilbao, A. *Consentimiento informado y lex artis ad hoc, en Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*. Primera edición. Editorial Dykinson. 2013. Página 163.

<sup>5</sup> Navia, F., *“Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”*. Revista de Derecho Privado No. 11, Universidad Externado de Colombia. 2006.

otro, la relación de causalidad entre esa presunta omisión y el resultado; o, en otras palabras, si la falta de información es relación causal del acto final que se reprocha.

Los ejes centrales de algunos antecedentes jurisprudenciales relacionados con la sentencia objeto de estudio no necesariamente conllevan a la misma conclusión, pero sí al mismo análisis jurídico:

En la sentencia del 27 de noviembre de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá existía la sospecha de un diagnóstico de hernia. Aquí se actuó según la *lex artis* y el demandante no sufrió ninguna consecuencia negativa – o perjuicio- a su salud tal y como fue probado y considerado por esa corporación. La incongruencia del consentimiento informado respecto de la cirugía realizada se tendrá que analizar en su órbita causal, de certeza del daño y de su reconocimiento oficioso que muchas veces camina por un sendero muy cercano a la violación del principio de congruencia.

## **II. Presupuestos de responsabilidad en la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.**

### **A. Generalidades sobre el consentimiento informado.**

#### **a) El deber de información en la responsabilidad médica**

En cita del artículo 1° de la Ley 23 de 1981 *“El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.”*

El deber de información está supeditado a la autodeterminación del paciente que en palabras de la Corte Constitucional se estructura a partir de dos principios fundamentales: *“primero, la capacidad técnica del médico y, segundo, el consentimiento idóneo del paciente.”*<sup>6</sup> , entendiendo por el segundo la posibilidad que tiene el sujeto de aceptar o rehusar la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

Sobre el particular ha confirmado el Consejo de Estado *“que el derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía, así como de la titularidad que*

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 401 de 1994. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-401>

*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.”<sup>7</sup>*

La Corte Suprema de Justicia comparte lo descrito al discurrir que *“La violación del consentimiento informado cumple, entonces, dos funciones distintas en el instituto de la responsabilidad médica: i) respecto del daño al bien jurídico superior del derecho a la información (...)” y, ii) con relación a los daños a la salud o integridad física del paciente, es un factor jurídico de atribución de esos perjuicios a la conducta del médico cuando éste le cercena la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de su existencia.”<sup>8</sup>*

Así también ha sido compartido por la doctrina al resumir que el consentimiento supone dos condiciones fundamentales: el conocimiento previo que se tenga del paciente y de su condición clínica y, el uso de la sana crítica profesional<sup>9</sup>.

El alcance de la información dentro de los litigios originados por atenciones médicas tiene su raíz en el artículo 16 superior<sup>10</sup>, esto es, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses y decisiones, máxime cuando se trata de su vida e integridad personal.

Las consideraciones jurisprudenciales no demuestran otra cosa que lo regulado en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, puesto que, ante la necesidad de aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que se consideren indispensables y que puedan afectar física o síquicamente al paciente, se requerirá su consentimiento previa explicación de las implicaciones.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, no informar o informar de manera inadecuada al paciente comporta una culpa diferente de las actuaciones médicas propiamente dichas que comprometen la responsabilidad del galeno. No obstante, como lo veremos en los siguientes

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002. (Exp. 12706). Disponible en [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/141/S3/25000-23-26-000-1996-12661-01\(27493\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/141/S3/25000-23-26-000-1996-12661-01(27493).pdf)

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 2019. (Exp. 76001-31-03-014-2002-00682-01). Disponible en [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/08/SC2804-2019-2002-00682-01\\_compressed.pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/08/SC2804-2019-2002-00682-01_compressed.pdf)

<sup>9</sup> De Brigard, A., *“El consentimiento informado del paciente”*. Revista Colomb Gastroenterol 19 (4). 2004.

<sup>10</sup> ARTÍCULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

dos capítulos, en muchas ocasiones el consentimiento informado puede omitirse por circunstancias imprevisibles y en otras se cumple con la sola explicación verbal.

### **b) ¿Existe tarifa legal del consentimiento informado?**

Determinada la definición y el alcance del consentimiento informado, resulta oportuno preguntarse si tal deber se materializa a través de un requisito formal, o si por el contrario no existe tarifa legal para su demostración.

Nuestra legislación -a diferencia de otras como la española- no exige de modo imperativo formalidad alguna para el otorgamiento del consentimiento informado del paciente, sino que trae disposiciones tendientes a conferir la información adecuada independientemente del medio de comunicación.

A modo de ejemplo, la Resolución 13437 de 1991 por medio de la cual se constituyen los comités de Ética Hospitalaria y se adopta el Decálogo de los Derechos de los Pacientes, dispone en el numeral 2° del artículo 1°, el derecho de los pacientes a *‘disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.’*

Nótese que el espíritu de la norma es sugerir y no imponer una obligación de extender una formalidad escrita.

Por su parte, el artículo 12° del Decreto 3380 de 1981 por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981, dispone que *‘El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.’* Es decir, que la obligación alude solamente a la ocurrencia del hecho de la advertencia, pero no a que se señalen todos y cada uno de los riesgos informados.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de diciembre de 2018 con ponencia de la Dra. Margarita Cabello se comparte la apreciación de líneas anteriores de la siguiente manera:

*“En lo que toca con el consentimiento informado, a pesar de ser usual que se obtenga y deje documentado en una especie de formato, muchas veces preestablecido, firmado*

*por el paciente o sus familiares, sin la esperada descripción de lo que se informó (información que debería referirse a los riesgos insignificantes comunes, así como a los graves comunes y raros, y no solo a los previstos. Y debe además abarcar las opciones o alternativas con las que cuenta el paciente, los riesgos de cada una, entre otros elementos de valía) tal documento constituye un anexo de la historia clínica, pero ciertamente, como se ha venido sosteniendo, **no es la única forma de probar que el deber de información profesional fue cumplido por el personal médico a cargo de la prestación del servicio (...)***

Las reglas de la experiencia indican que en muchas ocasiones por más diligencia que exista entorno a la información sucinta de todos y cada uno de los riesgos asociados a un procedimiento, el tecnicismo y lenguaje propio de la medicina se torna incomprensible, difuso y olvidadizo para su receptor. De allí que se opte por preestablecer formatos que contengan información clara, puntual y sencilla para los pacientes y sin perjuicio de la complementación verbal.

Aunque parecería no existir camisa de fuerza sobre el medio de comunicación del consentimiento informado, surge la duda si debido a la solemnidad de la historia clínica, el consentimiento informado debe constar igualmente por escrito por ser un anexo de ella.

Sobre este punto, señala la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud:

**“ARTICULO 5. GENERALIDADES.** *La Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.”*

Y agrega:

**“ARTICULO 11. ANEXOS.** *Son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes.”*

Se interpreta que no existe solemnidad alguna para el nacimiento del consentimiento informado. Pero al estudiar su prueba y al constituir un anexo de la historia clínica, se colige que debería seguir la misma suerte.

En otras palabras, sería tanto como afirmar que el consentimiento informado no se cimienta a partir de un requisito *ad substantiam actus*, pero sí eventualmente por un requisito *ad probationem* por considerarse un anexo de un documento solemne como lo sería la historia clínica y sin que se excluya la posibilidad de complementación verbal tal y como fue analizado en ideas precedentes.

No ocurre lo mismo en el derecho comparado: parte de la doctrina en México considera que no existe un suficiente desarrollo de la figura del consentimiento informado en ese país, como quiera que, en algunas ocasiones tiende a confundirse con una autorización de ingreso a centros médicos pero que en todo caso se eleva por escrito:

*“La autorización escrita y firmada por el paciente para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios para llegar a un diagnóstico o para atender el padecimiento que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.”<sup>11</sup> (Negrilla y subrayado propio).*

Ha considerado la doctrina que *“(...) esta autorización de ingreso no tiene nada que ver con el consentimiento informado y con la información que se le está proporcionando al paciente durante su estancia hospitalaria. Esta autorización hay que recabarla, pero no suple el consentimiento informado; independientemente de la carta de ingreso de un hospital en México, se requiere que, a su vez, el médico que está llevando a cabo el procedimiento elabore una carta de consentimiento informado, cuestión que muy pocos médicos conocen y llevan a cabo.”<sup>12</sup>*

---

<sup>11</sup> Artículo 80, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de mayo de 1986. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 2018, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LGS\\_MPSAM\\_170718.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MPSAM_170718.pdf)

<sup>12</sup> Fonseca, J. *Consentimiento informado. Estudio de derecho comparado México-España*. Única edición. Editorial Tirant to Blanch. 2021. Página 88.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 41 de 2002 de España es claro en señalar que el consentimiento informado debe emitirse por escrito<sup>13</sup>. No obstante, en algunas sentencias se ha flexibilizado la posibilidad que además pueda complementarse de forma verbal<sup>14</sup>.

**c) Situaciones imprevistas que pueden alterar el consentimiento informado consentido previamente.**

Según lo explicado, la inexistencia del consentimiento informado es una causal de responsabilidad por el desconocimiento al derecho de autodeterminación del paciente siempre y cuando cause un perjuicio.

También dijimos que, ante la capacidad y consciencia del paciente es menester que el galeno permita su completa información ya sea verbal y/o escrita para decidir entorno a su vida e integridad personal.

En otras ocasiones, dicho consentimiento no puede ser obtenido por diferentes circunstancias de emergencia o incapacidad del paciente, lo que no necesariamente comportaría la responsabilidad del galeno.

El Dr. Felipe Navia Arroyo en su artículo sobre “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica” comenta y se pregunta al respecto lo siguiente:

*“El caso más frecuente es el del cirujano, autorizado por el paciente para llevar a cabo una determinada intervención, de acuerdo con el diagnóstico que se ha hecho de su enfermedad, que se encuentra, en el trámite de la misma, con que es necesario hacer, sin dilación, otra intervención o ampliar la que se está haciendo, por ejemplo, cuando aparece un tumor maligno no diagnosticado previamente.*”

---

<sup>13</sup> En España el art. 10 de la Ley 41/2002 establece que; 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones. 2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

<sup>14</sup> Marín Velarde, A. *Obligación de actividad versus obligación de resultado en Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*. Primera edición. Editorial Dykinson. 2013. Página 65.

*¿Debe concluir la intervención dentro de los límites precisos de la autorización con la que cuenta, cerrar al paciente, esperar a que despierte y, una vez en ese estado, informarle de la nueva situación y obtener el asentimiento para llevar a cabo la nueva intervención que su estado de salud requiere? O, por el contrario, puede proceder directamente, sin nuevas consultas, ¿partiendo de la base de que la autorización para la primera intervención supone un consentimiento tácito para la otra?”<sup>15</sup>*

Guardando las proporciones, el ejemplo práctico que nos trae la doctrina tiene una relación fundamental con los hechos de la sentencia estudiada: a pesar de las sospechas: ¿debió el galeno proceder con la intervención de extracción de hernia porque así había sido consentido previamente por el paciente?; ¿debió realizar el proceso de extracción para evitar una eventual demanda por la incongruencia en el consentimiento informado suscrito?; acaso el proceso de extracción de hernia ¿no hubiera sometido al paciente a un riesgo innecesario castigado igualmente por la ética médica?

Si respondiéramos según el criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá, sería tanto como exigirle al galeno que, pese a la sospecha de apendicitis, ordenara su extracción y durante la cirugía, al evidenciarse la inexistencia del diagnóstico de todas maneras la extrajera porque el consentimiento informado había sido para su extracción y no para la confirmación de la sospecha.

Lo quiero decir es que, nuestro ejemplo real hubiera podido arrojar un resultado distinto e igualmente -a ojos del Tribunal- reprochable para los demandados, porque si la exploración inguinal hubiera confirmado la hernia de todas maneras se hubieran realizado dos intervenciones (de exploración y extracción) y solamente sobre una de ellas era congruente el consentimiento informado.

En relación con el ejemplo consideró el Dr. Navia:

*“Esta posibilidad representa, a todas luces, una ventaja para el paciente, en la medida en que se le ahorran los riesgos de una nueva anestesia y de una nueva cirugía, así como incurrir en mayores gastos.*

---

<sup>15</sup> Navia, F., “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”. Revista de Derecho Privado No. 11, Universidad Externado de Colombia. 2006.

*Menores riesgos y menores costos permitirían, razonablemente, suponer que si el paciente se hubiera encontrado en estado de conciencia, habría autorizado la ampliación de la intervención del médico, circunstancia que justificaría la acción directa del médico.*

*Sin embargo, una presunción irrefragable en tal sentido equivaldría a dejar de lado el necesario respeto por la dignidad y la autonomía del paciente, quien perfectamente podría negarse a someterse a la intervención, aun si ella es absolutamente indispensable para su salvación. Esta consideración impondría la conclusión de que el médico nunca puede actuar directamente; que debe esperar a que el paciente recupere el conocimiento para solicitar su autorización y que si no lo hace, es plenamente responsable de los daños que pueda sufrir: morales y patrimoniales, en caso de mejoría; corporales, morales, a la vida de relación y patrimoniales en caso de agravación, invalidez o muerte, tal como lo vimos al examinar la hipótesis de rechazo del tratamiento, una vez recibida la información pertinente.”<sup>16</sup>*

En nuestro criterio, para obtener un nuevo consentimiento no es necesario esperar la recuperación del paciente, en tanto comportaría evidentemente un riesgo innecesario y sancionable según la ética médica, y en cuanto el mismo artículo 15 de la Ley 23 de 1981 avala la omisión de dicho consentimiento en los casos en que no fuera posible su obtención<sup>17</sup>.

De tal suerte que, la decisión de confirmar el diagnóstico de hernia, aunque no se hubiera materializado en un consentimiento informado, no era razón suficiente para deducir una violación a la autodeterminación del paciente porque era mucho más oportuna la confirmación del diagnóstico, que la extracción de una hernia inexistente por una simple formalidad.

Entre otras situaciones imprevistas que solamente mencionaremos y que pueden alterar el consentimiento informado están: el grave riesgo para la salud pública (ejemplo, la cuarentena del paciente ante una infección desconocida y contagiosa); los pacientes que son incapaces

---

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Solorzano, J. Vargas-Chaves, I.; y Alzate, Daniel., *Consentimiento Informado*. Única edición. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez. 2019. Página 49.

de decidir; la renuncia del paciente y el denominado privilegio terapéutico, esto es, información que decide omitir el médico ante la probabilidad de alterar el estado psíquico del paciente<sup>18</sup>.

## **B. Consecuencias de la omisión e incongruencias en el consentimiento informado.**

Se ha explicado un marco general sobre las consecuencias de la omisión del consentimiento informado. A continuación, se intentará ilustrar específicamente los diferentes escenarios de responsabilidad.

### **a) La omisión -completa o incompleta- del consentimiento informado ¿comporta un daño autónomo a la autodeterminación y libertad individual?**

Dentro de las obligaciones médico – paciente encontramos un abanico de posibilidades circunscritas por un lado a obligaciones de medio, que por regla general cobijan la *praxis* médica, y por otro, de resultado entre las que se encuentra el suministro de información<sup>19</sup>.

Ya dijimos que el suministro de información comporta un deber para el médico y un derecho para el paciente en relación con ‘(...) *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.*’<sup>20</sup>

Al margen de algunas variaciones en su denominación, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia reconocen como categoría autónoma de reparación de perjuicios inmateriales, la vulneración a derechos constitucionales fundamentales.

La Corte Suprema de Justicia, por un lado, lo define como “(...) *el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera personal (...)*”

---

<sup>18</sup> Vera, O., “El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica”. Revista Médica Vol.22 no. 1. La Paz (Bolivia). 2016.

<sup>19</sup> Las obligaciones de resultado en escenarios médicos cobijan, además, otras situaciones. El Dr. Fernando Hinestrosa anota “(...) *Es el caso de algunas prestaciones médicas, quirúrgicas o paramédicas, de que son ejemplo los exámenes clínicos, las transfusiones, la anestesia, la cirugía plástica, si que también las obligaciones de proveedor, fabricante, distribuidor, frente al consumidor a propósito de la calidad y sanidad del producto, respecto de las cuales la tendencia es a considerar que el profesional o quien interviene en el proceso industrial y comercial asumen una obligación de garantía.*”. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones*. Tercera edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2015. Página 250.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002. (Exp. 12706). Disponible en [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/141/S3/25000-23-26-000-1996-12661-01\(27493\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/141/S3/25000-23-26-000-1996-12661-01(27493).pdf)

El Consejo de Estado, por su parte, no trae una definición concreta dentro de la sentencia de unificación de agosto de 2014. Empero, aduce que corresponde a un “(...) *daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales (...)*”.

Para nosotros esta nueva categoría de perjuicio inmaterial es tan etérea como confusa y más aún cuando lo analizamos bajo el contexto de la inexistencia de una indebida práctica médica (Sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá).

Al respecto, compartimos algunas de las críticas constructivas que realiza la Dra. María Cecilia M´Causland Sánchez:

*“Si se entiende que el daño a los derechos fundamentales se configura por la sola lesión del derecho, **al margen de sus consecuencias**, la responsabilidad que surge se torna principalmente **sancionadora** y, eventualmente preventiva y pierde, de esa manera, su función esencial, la reparación, en cuanto **la atención se pone en la conducta del ofensor y no en la afectación del ofendido.**” (Subrayado y negrilla propia)<sup>21</sup>*

Al relacionar la cita anterior con nuestra sentencia, encontraríamos que, ante la inexistencia de un perjuicio (consecuencia negativa del daño) para la víctima, la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá enfocó su atención en la conducta del médico -por no acatar el consentimiento informado suscrito- y no en la afectación del ofendido.

Es más, al considerar la sentencia del 27 de noviembre de 2019 en su página 54 que “(...) *la falla en el servicio en el sub iudice, consiste en la falta de consentimiento informado antes de efectuar un procedimiento, **el cual genera un daño autónomo, que no se puede confundir con el resultado concreto de la intervención (...)***”, está desconociendo que el daño se clasifica por las consecuencias que produce y no por sus causas con lo cual -en palabras de la Dra. M´Causland- “(...) *olvida que todo daño -material o inmaterial- supone la violación de un derecho constitucional -algunos de los cuales caben en la categoría de derechos*

---

<sup>21</sup> M´Causland, M., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2015. Página 43 y 44.

*fundamentales-, **pero sus efectos son los que determinan las afectaciones sufridas por los perjudicados.***<sup>22</sup>

La categoría bajo análisis es supremamente ambigua, pero mucho más cuando la relacionamos con el objeto de nuestra tesis. Las dos definiciones traídas por las altas cortes hacen pensar que el daño a los derechos fundamentales y constitucionales es una lesión que no tiene en cuenta el perjuicio entendido como las consecuencias negativas de la lesión.

A la pregunta del acápite, podemos concluir que la omisión -completa o incompleta- del consentimiento informado sí comportaría un daño autónomo a la autodeterminación y libertad individual siempre y cuando fuera de la mano con una consecuencia negativa para la víctima. Tal y como sería, por ejemplo, cuando el cirujano estético decide implantar arbitrariamente un injerto de una parte del cuerpo diferente a la inicialmente informada y ocasionando una cicatriz, o más palpable, cuando el galeno decide hacer una transfusión de sangre para salvar la vida de un devoto -testigo de Jehová- y a sabiendas de la prohibición por parte de su religión<sup>23</sup>.

Nuestra sentencia exhibe otro panorama: los procedimientos médicos se ajustaron a la *lex artis* y el mismo *ad quem* descartó un daño, por lo tanto, la decisión de reconocer oficiosamente un daño autónomo a la autodeterminación individual no solamente desconoce la piedra filosofal de la responsabilidad -el daño- sino que además cae en la etérea y confusa clasificación explicada, por considerar la lesión al derecho en sí mismo y no respecto de sus consecuencias negativas, que son -sin duda- las que merecen ser reparadas.

**b) Si el debate probatorio gira entorno a la praxis médica y se resuelve imputar responsabilidad por la omisión -completa o incompleta- del consentimiento informado ¿se vulneraría el principio de congruencia como expresión del debido proceso?**

Tanto la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han definido la congruencia interna y externa de la sentencia en varias sentencias, a saber:

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 476 de 2016. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-476-16.htm>

En sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 26 de julio de 2012 (MP. Carmen Ortiz de Rodríguez) se dispuso que *“Este marco normativo describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre las partes motiva y resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación (congruencia externa).”* (Negrilla fuera de texto)

Asimismo, la Corte Constitucional al establecer que:

*“La congruencia de la sentencia es tanto externa como interna. La primera supone la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación o las excepciones. De la congruencia externa de la sentencia se deriva que, salvo disposición legal en contrario, se vulnera cuando una decisión va más allá de lo pedido, bien porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas en la demanda (sentencia ultra petita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extra petita), o, finalmente, cuando la decisión no abarca la totalidad de los extremos planteados en la litis (sentencia infra petita). La segunda, esto es, la congruencia interna, supone la armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo, tendiente a garantizar la certidumbre acerca del alcance de la decisión (...)”* (Negrilla fuera de texto)<sup>24</sup>

Ahora bien, es sabido que en atención del artículo 29 superior el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el principio de congruencia *“como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”.*<sup>25</sup>

Se interpreta que la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho judicial, es decir, a actuaciones judiciales en las cuales el juez asume una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia de tutela 455 de 2016. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-455-16.htm>

<sup>25</sup> Ibid.

Para el caso que nos ocupa, se evidencia que las pretensiones de la demanda se redactaron en petición de reparar los daños ocasionados por un error en el diagnóstico; y que, en ningún hecho del escrito, se mencionó, reprochó y/o relacionó lo correspondiente al consentimiento informado el cual sirvió como fundamento para revocar la sentencia de primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Si bien, el Tribunal aduce en la página 49 de su sentencia que no comporta una modificación de la *causa petendi* establecer de oficio un régimen de responsabilidad diferente al pretendido cuando se ajuste a los hechos probados en el proceso, es importante señalar que tal posibilidad es viable en la medida que se respeten las garantías del derecho de defensa y el principio de la congruencia.

No resultaría acertado que se hiciera uso de la facultad de interpretación de la demanda que tiene el juez para conceder aquello que no fue solicitado, o cuya causa no fue alegada y probada durante el proceso, toda vez que dicha facultad **sirve para dar claridad a aquello que se considere vago u oscuro, pero no para agregar nuevas situaciones al proceso que podrían comportar una alteración al derecho de contradicción y el principio de congruencia**<sup>26</sup>.

Llama la atención, además, que la sentencia de segunda instancia se pronunció más allá de lo apelado, trasgrediendo el artículo 328 del Código General del Proceso que es claro en señalar que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley<sup>27</sup>.

En ese orden de ideas, se advierte una violación al principio de congruencia como expresión del debido proceso por considerarse y fallarse situaciones ajenas a los argumentos traídos por el apelante; y en especial, porque ni los hechos y las pretensiones de la demanda estuvieron

---

<sup>26</sup> So pena de buscar la verdad, el juez no podría fallar más allá de lo pedido, máxime cuando hubo circunstancias no sometidas a contradicción. Detalla la doctrina: *“Así, pues, el Juez como director del proceso, puede apartarse de los conceptos presentados por el demandante, pues tiene el deber en todos los casos de esclarecer la verdad real, sin que tal posición desconozca la congruencia de la sentencia”*. Parra, J., *Manual de Derecho Probatorio. Décimo octava edición. Bogotá D.C., Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2011. Página 224.*

<sup>27</sup> No está demás traer a colación el denominado sistema de la *reformatio in pejus* que en palabras del profesor Hernán Fabio López refiere a *“(…) cuando solo apela una de las partes, no puede el juez de segunda instancia hacer más gravosa la situación, por cuando se supone que el recurso se interpuso respecto de lo desfavorable de la providencia, motivo por el cual los poderes de decisión del ad quem se limitan sobre aquello que perjudicó al apelante (…)*”. López, H., *Procedimiento Civil. Undécima edición. Bogotá D.C., Editorial Dupre. 2012. Página 817.*

relacionadas con el consentimiento informado, fundamento del reconocimiento de un daño autónomo a la autodeterminación y libertad de decisión por -aparentemente- no existir prueba del consentimiento informado y haberle obstruido al paciente conocer las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una herniorrafía o la exploración quirúrgica.

### **c) El consentimiento informado y la pérdida de oportunidad.**

A lo largo del segundo capítulo, hemos analizado las diferentes consecuencias de la omisión e incongruencias en el consentimiento informado, tanto desde el punto de vista procesal, como desde el sustancial.

Por una parte, concluimos que la omisión y/o incongruencia de la información al paciente podría comportar una responsabilidad en el marco del daño a bienes constitucional y convencionalmente amparados siempre y cuando constituya un perjuicio. Por otro lado, que la posibilidad del reconocimiento oficioso del daño a los bienes constitucional y convencionalmente amparados camina por un estrecho camino en relación con la violación al principio de congruencia puesto que, la facultad de interpretación de la demanda que tiene el juez para conceder aquello que no fue solicitado, sirve para dar claridad a aquello que se considere vago u oscuro, pero no para agregar nuevas situaciones al proceso.

Estas dos consecuencias, tan debatibles, enriquecedoras y pertinentes para analizar en detalle lo ocurrido con la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, nos da pie para estudiar tangencialmente otro escenario: la pérdida de oportunidad.

Dentro de las consideraciones de la sentencia se mencionó -pero no se explicó- que al paciente le habían cercenado la posibilidad de decidir.

Más exactamente, anotó el Tribunal lo siguiente:

*“Que al demandante ‘se le practicó exploración de la zona inguinal que no corresponde al procedimiento descrito en los dos consentimientos o autorizaciones, difiriendo así de la herniorrafía, en tanto la primera era para extraer la hernia diagnosticada por el médico (...) en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la segunda que fue la intervención quirúrgica tenían como fin confirmar el diagnóstico de una hernia, es decir, el diagnóstico del 26 de marzo de 2013, **así que el demandante se sometió a una intervención que pudo evitarse ofreciendo una segunda alternativa.**”*

Aunque la corporación no profundizó acerca de la imposibilidad de solventar la intervención quirúrgica, vale la pena acotar que esa misma consideración ha sido tomada en cuenta por el Consejo de Estado para explicar otro evento de responsabilidad derivado de la pérdida de oportunidad de decidir.

En sentencia del 24 de enero de 2002 del Consejo de Estado con ponencia del magistrado Jesús María Carrillo Ballesteros, se resolvió un recurso de apelación en contra de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró infundadas las pretensiones de la demanda, respecto de un caso cuyo demandante fundamentó por la presunta falla en el servicio médico al someterse a una cirugía de tumor en el cuello y que desencadenó en una parálisis parcial de su cuerpo.

El Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal y en su lugar condenó a los demandados por no haberse suministrado información acerca de los eventuales riesgos que podían ocurrir con la cirugía, a pesar de que en su parecer *“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.”*

En esta sentencia, el Consejo de Estado encontró probado lo siguiente:

*“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.”* (Subrayado y negrillas propias)

Para llegar a su conclusión, la corporación estudió la certeza del daño, partiendo del hecho de que, en el caso en concreto, la pérdida de la oportunidad permitiría indemnizar un daño eventual, más no cierto.

En sus palabras:

*“La pérdida de una oportunidad como perjuicio futuro siendo creíblemente irremediable también puede implicar repercusiones futuras, porque o bien se prolonga en el tiempo*

*como la pérdida de la posibilidad de una situación superior, o de una curación, o de obtener asistencia alimentaria.”*

Además:

*“En el caso subanálisis, la oportunidad habría consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que se los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.”*

En otros términos, de lo traído por el Consejo de Estado a través de esta sentencia, se colige que ante la omisión en la información de los riesgos asociados al procedimiento quirúrgico: primero, es posible estructurar la responsabilidad bajo el escenario de la pérdida de oportunidad de decidir, en tanto si el paciente hubiera conocido los graves riesgos posquirúrgicos, habría tenido la capacidad plena de aceptarla o rehusarla. Segundo, que esta figura -pérdida de oportunidad- se cimienta bajo un daño probable, más no cierto. Y tercero, que, en semejanza a lo estudiado a lo largo del documento, la buena *praxis* médica no fue suficiente para exonerar de responsabilidad a los demandados.

El Dr. Juan Carlos Henao explica la pérdida de oportunidad en el escenario de un perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente y considera que la indemnización por este concepto procede en proporción a la probabilidad de ocurrencia de la oportunidad<sup>28</sup>.

Dado que no existe un daño 100% cierto, más, sin embargo, probabilidades significantes de su ocurrencia por la pérdida de oportunidad, el Dr. Henao en cita del Consejo de Estado francés trae como metodología de calificación de la certeza cuando *“el demandante prueba que se habría presentado posibilidades serias de éxito<sup>29</sup>”*; o, cuando el demandante alega no haber tenido la posibilidad de obtener la curación de una enfermedad, en los eventos en los que el hospital no prestó la atención adecuada.

Por otro lado, comenta igualmente la doctrina que *“es necesario verificar siempre, antes de acudir a la pérdida de oportunidad, si quien demanda se encontraba en una situación con un*

---

<sup>28</sup> Henao, J., *El Daño*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2007. Página 160.

<sup>29</sup> *Ibid.* Página 165.

*curso causal ya iniciado, donde solo tenía oportunidades de concreción del resultado esperado, bien de no morir, de no empeorar, de ganar un proceso judicial, etc. (...)*<sup>30</sup>

Si el demandante, además, no estructuró su demanda en aras de demostrar la pérdida de la oportunidad, no es plausible que el juez considere ni resuelva su reconocimiento, tal y como fue estudiado en decisión del 4 de agosto del año 2014 por la Corte Suprema de Justicia y del 15 de junio de 2016.

Sobre este punto añade la doctrina:

*“No puede entonces el juez, en los procesos de responsabilidad médica, ordenar la indemnización de los perjuicios pretendidos por causa diferente a la solicitada; es decir, si en la demanda lo que se busca es la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de la muerte o la lesión del paciente, mal haría el juzgador en otorgar tal indemnización, pero por haberse presentado un daño por pérdida de oportunidad. Una decisión en tal sentido sería incongruente por haberse otorgado lo pedido por una causa jurídica diferente a la expresada en la demanda.”*<sup>31</sup>

En nuestro parecer, si de pérdida de oportunidad se tratase, la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia del 27 de noviembre de 2019 tampoco fue concluyente, porque no se analizó con grado de probabilidad el evento en el que el demandante se hubiese rehusado a practicarse una exploración inguinal por las dudas que generaba su sintomatología. Al contrario, de los hechos narrados por el *ad quem* se colige que inclusive el accionante quiso con vehemencia practicarse la extracción de la hernia.

De tal manera que, la afirmación del Tribunal relativa a **‘que el demandante se sometió a una intervención que pudo evitarse ofreciendo una segunda alternativa’**, aparte de no fundamentarse, se cae por su peso porque no hubo un análisis de la probabilidad de ocurrencia y la concreción del presunto resultado alternativo apreciado por el Tribunal -rehusarse a recibir la cirugía- tampoco fue comprobado. En gracia discusión, si el fundamento de sus tesis fuera la pérdida de la oportunidad, hubiera incurrido en una violación al debido proceso por un reconocimiento *extra petita*.

---

<sup>30</sup> Giraldo, L., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*. Segunda edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2018. Página. 89.

<sup>31</sup> *Ibid.* Página 380.

### III. Crítica a la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Ya se han dado, a lo largo del documento, pinceladas de las críticas a la sentencia. Es momento para sintetizar los puntos relevantes de análisis y concluir lo que a nuestro parecer debió considerarse por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

#### A. Certeza del perjuicio.

La autoridad judicial en la sentencia del 27 de noviembre de 2019 encontró una violación al derecho a la autodeterminación personal ***el cual genera un daño autónomo, que no se puede confundir con el resultado concreto de la intervención.***

Dentro de las motivaciones del fallo se intentó explicar, además, una suerte de pérdida de oportunidad porque ***el demandante se sometió a una intervención que pudo evitarse ofreciendo una segunda alternativa.***

El estado de cosas nos permite hacer la siguiente crítica:

El daño es una lesión injustificada de un bien jurídico y el perjuicio son las consecuencias negativas que esa lesión produce. La diferenciación es compartida y pertinente para los efectos de nuestra objeción<sup>32</sup>.

Pese a que en ocasiones se utilizan indistintamente las expresiones daño y perjuicio, lo que es objeto de indemnización son los perjuicios y no los daños.

Desde la doctrina francesa se suelen señalar como condiciones del perjuicio su carácter de personal, directo y cierto. Sobre la certeza, anota Pedro Zapata García que es un concepto verosímil, en el sentido de que *“(...) es quimérico asegurar la certeza de un daño que al momento de pronunciarse sobre su resarcimiento aún no se ha producido”*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> En palabras de la doctrina: *“(...) el significado daño es el de lesión del interés protegido, toda vez que se hable de daño injusto como elemento objetivo del hecho ilícito, o de daño –evento para aludir, en esta segunda versión, a la injuria sufrida por la víctima; en cambio, cuando se habla de daño en relación con el resarcimiento, la expresión cobra el significado de pérdida patrimonial, ganancia frustrada, sufrimiento moral padecido por la víctima del ilícito, esto es, el significado de perjuicio susceptible de valoración económica en tanto que objeto de reparación o compensación.”* Visintini, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?* Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2015. Página 107.

<sup>33</sup> Zapata, P., *Fundamentos y límites de la Responsabilidad del Estado*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2019. Página 182.

Agrega que el daño futuro no es por definición cierto, pero que “(...) *dadas las condiciones actuales, tenemos buenas razones para creer que sucederá.*”<sup>34</sup>

En todo caso, se comparte que el concepto cierto hace referencia a un antónimo de eventual o hipotético, de difuso e irreal, por lo que la certeza no es más que la verdadera existencia de un algo, que, para efectos de la responsabilidad, es la materialización de una situación negativa que debe ser recompuesta.

La certeza del perjuicio estudiado dentro la sentencia del 27 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá no se compadece con el análisis jurídico realizado a lo largo de la tesis.

En primera medida, porque la misma autoridad judicial lo descartó al no encontrar configurada la falla en el servicio médico. Como segundo aspecto, porque razona que la lesión a la autodeterminación del paciente -materializada por la incongruencia del consentimiento informado- se aleja por completo del resultado de la intervención quirúrgica, lo cual, en otras palabras, equivale a decir que sancionó un daño sin verificar sus perjuicios, enfocando su atención en la conducta del agente y no en la lesión del paciente<sup>35</sup>. Finalmente, porque en el marco de la pérdida de la oportunidad, tampoco se ve con claridad un daño con razones para creer que sucederá, en tanto no fue estudiado en la sentencia y en cuanto de nada se colige que el paciente se hubiera rehusado al procedimiento médico.

No estamos diciendo que las objeciones precedentes sean antagónicas con escenarios de responsabilidad médica, pero que, por lo menos en nuestra sentencia estudiada no se evidenciaron. Además, porque un derecho constitucional y convencionalmente amparado debe reconocerse a partir de un perjuicio cierto, más no, por una lesión en sí misma alejada de las

---

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> La intención sancionadora percibida en la sentencia y al margen de las consecuencias negativas del daño, es casi comparable con el denominado daño punitivo que castiga al agente más allá del marco del daño probado. Sobre el particular se resalta: “*En varias sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la improcedencia de la aplicación del denominado “daño punitivo”*”. Y agregó: “*(...) La reparación como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (...)*”. M’Causland, M., *Tipología y reparación del daño no patrimonial*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 159.

consecuencias negativas que esta o una situación intrínsecamente relacionada pudo ocasionar<sup>36</sup>.

Dado que, dentro de la sentencia del 27 de noviembre de 2019 el paciente no sufrió un perjuicio -tal y como quedó probado- no era plausible reconocer oficiosamente un daño a la autodeterminación personal porque no podría entrelazarse con ninguna situación que comportara un daño cierto. Así, ante la inexistencia de un daño y de un perjuicio cierto, la responsabilidad no se encontraba estructurada y debió exonerarse a los demandados.

## **B. El elemento causal.**

Creemos que la incongruencia del consentimiento informado suscrito para la herniorrafía inguinal y no para la exploración, poco o nada tuvo que ver con el fundamento de la revocación del fallo de primera instancia.

Para determinar la causa, resulta didáctico recurrir al ejercicio deductivo enseñado en las aulas: ¿el no hallazgo de la hernia hubiese ocurrido, con o sin el consentimiento de una autorización para una exploración abdominal?

La respuesta es sí, porque bien se hubiera optado por la herniorrafía o por la exploración inguinal, la hernia no existía; lo que en otras palabras quiere decir que el no hallazgo hubiese ocurrido independientemente del formato del consentimiento informado suscrito, y al no alterar el estado de cosas, no guarda una relación de causalidad.

Compartimos la deducción del Tribunal Administrativo de Boyacá al señalar que el personal médico de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja actuó conforme a la *lex artis*, lo cual significa que no hubo ningún error al verificar el diagnóstico de hernia a través de una exploración.

Si esto es así, la motivación que tuvo el *ad quem* para imputar responsabilidad, desde otra arista, resultaría tautológico porque acepta que se actuó según la *lex artis*, pero, al mismo tiempo castiga haberse hecho la exploración abdominal.

---

<sup>36</sup> Sobre el particular, vale la pena destacar algunas consideraciones de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla con base en antecedentes jurisprudenciales: “Así pues, cuando el paciente ha sido expuesto a riesgos previsibles de los cuales no ha sido informado y en consecuencia, de los cuales no ha consentido, se estima que la responsabilidad del médico queda comprometida **cuando haya una relación de causalidad entre la falta de información y el daño causado, es decir, siempre que se pruebe que el daño proviene de un riesgo que debió ser advertido o informado y no lo fue (...)**”. (Negritas propias). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Responsabilidad médica en la especialidad civil*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., 2019. Página 116.

Este último análisis refuerza lo considerado en el acápite anterior: el Tribunal Administrativo de Boyacá fundamentó un fallo condenatorio sin observación del perjuicio y enfocándose en la actividad del médico y no en la lesión al paciente.

Compartimos la idea de que, en algunos eventos y en especial en este, los requisitos formales -entiéndase la historia clínica y el consentimiento informado- en nada influyeron dentro del nexo causal del daño que se quiso indemnizar -error en el diagnóstico- dado que, el presunto error en el diligenciamiento del consentimiento conllevó a una culpa inocua que no tuvo incidencia en el hecho médico reprochado<sup>37</sup>.

Si de pérdida de oportunidad se tratase, compartimos la idea del doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, en el sentido de que en materia médica no puede aplicarse en algunos eventos esta teoría si se tiene en cuenta que lo cierto, es una incertidumbre respecto de las posibilidades frustradas, que para nuestro caso sería la hipotética decisión del demandante de rehusarse a practicarse la cirugía. Es decir, aspectos que sí deben estar en relación de causa a efecto con la presunta incongruencia del consentimiento informado que debía arrojar una probabilidad cierta del resultado<sup>38</sup>.

En ese orden de ideas, la obligación formal de elevar un consentimiento informado acorde al procedimiento quirúrgico realizado no es causa adecuada del no hallazgo de la hernia, ni tampoco de la violación a la autodeterminación individual porque no ocasionó ninguna consecuencia negativa que debiera repararse.

#### **IV. Conclusión.**

**La responsabilidad por omisión e incongruencia del consentimiento informado tiene que estructurarse a partir de sus prepuestos y de no cumplirse no habría lugar a declararse, máxime cuando se comprobó la adecuada práctica médica.**

A partir de un caso práctico y controversial fue posible estudiar transversalmente los fundamentos de la responsabilidad.

---

<sup>37</sup> Bolívar, P., *Aspectos jurídicos de la historia clínica*. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Responsabilidad Civil y del Estado. Tomo 1. Bogotá D.C., 2019. Página 697.

<sup>38</sup> Tamayo, J. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Editorial Legis. 2007. Página 291.

La sentencia del 27 de noviembre de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá no es una providencia aislada, por lo que los ejes centrales de algunos antecedentes jurisprudenciales no necesariamente conllevan a la misma conclusión, pero sí al mismo análisis jurídico.

El estudio nos permitió identificar la problemática entorno al reconocimiento oficioso de los derechos constitucional y convencionalmente amparados. Las consideraciones del Tribunal Administrativo de Boyacá al señalar que la lesión a la autodeterminación individual por la incongruencia del consentimiento informado **genera un daño autónomo, que no se puede confundir con el resultado concreto de la intervención**, materializa la idea de la ambigüedad de la categoría y la percepción de estar indemnizándose una lesión sin tener en cuenta las consecuencias negativas del daño.

Esta tipología de perjuicio inmaterial configuró en nuestro caso una la violación al principio de la congruencia, puesto que, las pretensiones de la demanda se redactaron en petición de reparar los daños ocasionados por un error en el diagnóstico; y en ningún hecho del escrito, se mencionó, reprochó y/o relacionó lo correspondiente al consentimiento informado el cual sirvió como fundamento para revocar la sentencia de primera instancia.

Cuando el litigio se circunscribe a obligaciones de resultado enmarcadas en el deber de información, son realmente controversiales las posturas respecto de la certeza del perjuicio y la relación de causalidad. En nuestro estudio, evidenciamos que la misma autoridad judicial descartó el daño y la falla en el servicio médico de lo cual se interpreta no solamente la falta de certeza del daño sino su existencia misma, por lo tanto, la piedra angular de la responsabilidad.

La relación causal tampoco escapa del juicio: el no hallazgo de la hernia hubiese ocurrido independientemente del formato del consentimiento informado suscrito, y al no alterar el estado de cosas, no guarda una relación con el resultado.

A nuestro parecer, el personal médico se encontraba habilitado para actuar según su sapiencia para confirmar el presunto hallazgo de hernia, aún si se hubiera firmado un consentimiento informado de exploración abdominal. Creemos que para obtener un nuevo consentimiento no es necesario esperar la recuperación del paciente, en tanto comportaría evidentemente un riesgo innecesario y sancionable según la ética médica, y en cuanto el mismo artículo 15 de la Ley 23 de 1981 avala la omisión de dicho consentimiento en los casos en que no fuera posible su obtención.

Todas las anteriores consideraciones para concluir que, en nuestro criterio, el Tribunal Administrativo de Boyacá debió en su sentencia del 27 de noviembre de 2019 abstenerse de revocar el fallo de primera instancia por no encontrar probado un perjuicio que reparar, máxime, cuando quedó demostrada la debida actuación médica.

En gracia discusión, si los demandantes hubiesen alegado una incongruencia en el consentimiento informado, el Tribunal debió deducir que la discrepancia debía guardar una relación causal con el perjuicio ocasionado y dada la inexistencia de este último, no era posible su reconocimiento.

Finalmente, que tampoco se configuraban los requisitos de la pérdida de la oportunidad al no comprobarse con grado de probabilidad que de haberse puesto de presente al paciente la cirugía exploratoria, este se hubiese rehusado a practicarse la extracción.

Nuestra tesis no trae otra conclusión diferente a confirmar que la responsabilidad por omisión e incongruencia del consentimiento informado tiene que estructurarse a partir de sus prepuestos y de no cumplirse no habría lugar a declararse, sobre todo cuando quedó comprobada la correcta y adecuada práctica médica.

## **Referencias.**

### **Doctrina.**

1. Ateleta Bilbao, A. *Consentimiento informado y lex artis ad hoc, en Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*. Primera edición. Editorial Dykinson. 2013.
2. Bolívar, P., *Aspectos jurídicos de la historia clínica*. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Responsabilidad Civil y del Estado. Tomo 1. Bogotá D.C., 2019.
3. De Brigard, A., “*El consentimiento informado del paciente*”. *Revista Colomb Gastroenterol* 19 (4). 2004.
4. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Responsabilidad médica en la especialidad civil*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., 2019.
5. Fonseca, J. *Consentimiento informado. Estudio de derecho comparado México-España*. Única edición. Editorial Tirant to Blanch. 2021.

6. Giraldo, L., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*. Segunda edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2018.
7. Henao, J., *El Daño*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2007.
8. Hiestrosa, F., *Tratado de las obligaciones*. Tercera edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2015.
9. López, H., *Procedimiento Civil*. Undécima edición. Bogotá D.C., Editorial Dupre. 2012.
10. Marín Velarde, A. *Obligación de actividad versus obligación de resultado en Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*. Primera edición. Editorial Dykinson. 2013. Página 65.
11. M'Causland, M., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2015.
12. M'Causland, M., *Tipología y reparación del daño no patrimonial*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2008.
13. Navia, F., "Consentimiento informado y responsabilidad civil médica". Revista de Derecho Privado No. 11, Universidad Externado de Colombia. 2006.
14. Parra, J., *Manual de Derecho Probatorio*. Décimo octava edición. Bogotá D.C., Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2011.
15. Solorzano, J. Vargas-Chaves, I.; y Alzate, Daniel., *Consentimiento Informado*. Única edición. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez. 2019.
16. Tamayo, J. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Editorial Legis. 2007.
17. Vera, O., "El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica". Revista Médica Vol.22 no. 1. La Paz (Bolivia). 2016.
18. Visintini, G., *¿Qué es la responsabilidad civil?* Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2015.
19. Zapata, P., *Fundamentos y límites de la Responsabilidad del Estado*. Única edición. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2019.

## **Jurisprudencia.**

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2017 (Exp. 43378).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002 (Rad. 12706).

Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 401 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 2019. (Exp. 76001-31-03-014-2002-00682-01).

Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión. Sentencia del 27 de noviembre de 2019 (Exp.15001-33-33-012-2014-00244-01).

Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 25 de septiembre de 2019 (Exp. 15001-33-33-004-2014-00093-01).

Sentencia de 23 de abril de 2002, se la sección 5° de la Audiencia Provincial de Bizkaia (España).

### **Leyes y reglamentos.**

Constitución Política de Colombia

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Ley 23 de 1981 (Colombia).

Ley 41 de 2002 (España).