

Honorables Magistrados

Sala Civil Familia Laboral

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar

Atte. Doctor OSCAR MARINO HOYOS GONZALEZ Magistrado Ponente

Proceso:	Verbal.
Demandante:	JOSEFA ARREGOCES GARCIA Y O.
Demandado:	CLINICA VALLEDUPAR Y O.
Radicado:	20001-31-03-002-2007-00162-01

VICTOR MANUEL CABAL PEREZ, abogado en ejercicio, conocido de auto dentro del proceso citado en la referencia, por medio del presente memorial, procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada en sub lite.

Debo dejar por sentado que el reparo que se le hace a la sentencia, no es otro que el manejo y prueba que se le dio por parte del operador judicial de primera instancia al tema del consentimiento informado, que como obligación galénica debe surtirse a favor de la paciente JOSEFA ARREGOCES GARCIA.

Esto dijo el A Quo, en su oportunidad:

*En ese escenario resulta claro para el despacho y contrario a lo que se afirmó en el hecho 7 de la demanda donde se niega la existencia del consentimiento informado del cual se tuvo conocimiento procesal únicamente a través del interrogatorio de parte a que fuere sometido el médico tratante también demandado ROMERO CHURIO, quien lo aportó en dicha diligencia, se constituye esta situación como lo señala el código general del proceso, en un indicio grave de conducta de parte pues no se trata lo mismo de negar la existencia del consentimiento informado, a la nueva posición jurídica que se ha adoptado en los alegatos cuando se ha señalado o se reconoce la existencia del documento pero se controvierte que no se entregó la suficiente información para que se procediera a obtener de manera voluntaria el consentimiento que a la postre resultó otorgado de manera expresa y documentada por la demandante ARREGOCES GARCIA. Visible a folio 196 del cuaderno de prueba de la parte demandante, y como fuera advertido aportado en diligencia de interrogatorio de*

parte del médico, galeno tratante y demandado en este asunto, aparece el consentimiento informado de procedimiento quirúrgico suscrito por la señora JOSEFA ARREGOCES, documento que no ha sido tachado por lo que debe tenerse como auténtico. Se refiere en el citado documento, del cual si bien habrá que reconocer dada la formas que presentan los escritos, su poca comprensión se puede entender y de lo cual se dio claridad en el propio interrogatorio, que el procedimiento quirúrgico es una tiroidectomía total, entendido que esa cirugía o procedimiento es, y con respecto a la información, dice hemorragia y se supo por el interrogatorio e inherentes. Ahora bien, se desprende de los decretos que reglamentan el consentimiento informado que, esta situación pre quirúrgica no demanda ninguna formalidad distinta a que ella sea constada en la historia clínica, de tal manera, que las intervenciones quirúrgicas en las distintas IPS, EPS y los médicos quedan exonerados de un sacramental formato para el consentimiento informado partiendo de ello tenemos que admitir que el documento que fue anexado en el interrogatorio de parte cumple con esa finalidad. Y surge entonces como interrogante si la paciente fue informada necesariamente de los riesgos previsibles de la cirugía de tiroidectomía total. Y en ese escenario, partiendo del indicio que se construye por conducta procesal de parte de la demandante al negar en su demanda la existencia de cualquier consentimiento informado surge también indiciario que la lesión padecida corresponde dada toda la literatura médica que hemos reportado, además del examen del dictamen médico pericial y el testigo técnico, además también de la declaración de una paciente del doctor ROMERO CHURIO, que funge como médico general igualmente, surge necesario entonces concluir o inferir que dentro de los riesgos inherentes a la cirugía debe incluirse necesariamente en cualquier información de riesgo por parte de un médico como ha sido acreditado con suficiente experiencia el demandado ROMERO CHURIO, que se indica al paciente dentro de los riesgos incluidos los inherentes a la intervención, la lesión del nervio laríngeo recurrente. Mal puede predicarse en el documento que se reporte como consentimiento informado necesariamente haya de detallarse todos y cada uno de los riesgos, insistimos nuevamente, la exigencia legal solamente limita el consentimiento informado a que se deje constancia de ello en la correspondiente epicrisis. Pero además aflora dentro del interrogatorio de parte, así como también, en la declaración de MARGARITA ALCALA MORALES, cuando se le preguntó que si previo al procedimiento de tiroidectomía practicado por el doctor ROMERO CHURIO, le informó a usted los riesgos contestó: si me informó y además lo sabía que se podía extirpar la paratiroides y podía haber trauma del nervio recurrente y podía haber también sangrado. Aparece además también dentro del interrogatorio, que por tratarse de una intervención de cuyo procedimiento resulta ser institucional la Clínica Valledupar, informa el interrogado, que dicho sea de paso no programa los pacientes si no se ha firmado ese formato de consentimiento informado, de tal manera que el cúmulo de pruebas indiciarias anteriormente indicados, llevan al

*despacho a la certeza de que en el presente caso la paciente hoy demandante, señora JOSEFA ARREGOCES GARCIA, si se le informó de manera oportuna los riesgos inherentes a la intervención de la cual iba a ser objeto, y aunado a ello lo que precedentemente ya se advirtió que la lesión del nervio laríngeo recurrente resulta ser una de las lesiones o riesgos inherentes a esa intervención y acreditada suficientemente la idoneidad del galeno que practicó dicha cirugía, se impone entonces al despacho desestimar las pretensiones de la parte demandante en consideración a los argumentos expuestos.*

Sea entonces lo primero, establecer si lo decido por el juez, encuentra consonancia con ley, la jurisprudencia y doctrina que sobre el tema han derramado bastante tinta.

Qué es consentimiento informado, como se obtiene el consentimiento informado, cuáles son sus requisitos, que debe contener, para este propósito nos remitiremos a la ley doctrina y la Jurisprudencia de las altas cortes.

### **CONSENTIMIENTO INFORMADO.** -

Se constituye el consentimiento informado en una obligación del médico por imperativo legal:

Art. 15 Ley 23 de 1981:

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.

Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y puedan afectarlo física o si quicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Art. 16 ibidem.

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

Y el Decreto 3380 de 1981 dice:

Art. 12.- El médico dejara constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla.

El Tribunal Nacional de Ética Médica en sentencia plena del 7 de septiembre de 1989 (Magistrado Ponente: Alejandro Posada Fonseca), expresó:

El Tribunal Nacional de Ética Médica habla de consentimiento idóneo y lo define de la siguiente manera:” El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o

rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación”

Dijo Corte Constitucional frente al tema del Consentimiento Informado en sentencia T-059/18 que:

*El consentimiento informado es el resultado lógico del ejercicio de los derechos constitucionales a recibir información y a la autonomía (arts. 16 y 20 C.P.). Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, que además ha concluido que este derecho adquiere un carácter de principio autónomo y que permite la materialización de otros principios constitucionales tales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo; así mismo, es un elemento indispensable para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de las personas.*

Y más adelante desarrolla:

*El derecho al consentimiento informado también materializa el derecho a la salud, pues implica la posibilidad de que los pacientes reciban información acerca de los procesos y alternativas que tienen en relación con la atención de la enfermedad que padecen. Así lo reiteró recientemente la Corte, en la Sentencia C-246 de 2017 e insistió en que el consentimiento debe cumplir con los siguientes requisitos:*

*“(i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos; (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento. Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito para los eventos en los que la intervención o el tratamiento son altamente invasivos. En este sentido, este Tribunal ha determinado que la complejidad de la intervención en la salud también es proporcional al grado de competencia del individuo. Además, para todos los casos se requiere que la persona pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo”<sup>[30]</sup>.*

*En relación con el carácter cualificado del consentimiento informado, la Corte Constitucional ha indicado que, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso del tratamiento médico, “más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada”<sup>[31]</sup>. Por ello, deben tenerse en cuenta una serie de variables que tendrán que ser ponderadas conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado<sup>[32]</sup>.*

*De esta manera, ha dicho este Tribunal, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: “(i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del paciente, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstas y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona”<sup>[33]</sup>. (Negrilla fuera del texto).*

Dicha jurisprudencia nos marca los lineamientos de la forma de obtener el consentimiento informado del paciente: deber ser expreso, y consignarse por escrito con la firma del paciente luego de ser debida y completamente informado, de manera que no cabe considerar el consentimiento tácito derivado de la circunstancia de que el paciente se sometió a la operación, como lo dijo el demandado JOSE ROMERO CHURIO, al formular la excepción de existencia de consentimiento informado cuando erradamente sustenta **“y es aceptada la intervención al punto que es programada”**

Este requisito **no se supe firmando unos formatos preimpresos** donde existe una serie de riesgos que son aplicables a todas las intervenciones de forma general, sino con información **específica** sobre los riesgos que comporta el procedimiento particular que se le va a realizar a ese paciente **específico**, donde es necesario que el paciente comprenda lo que se le está dando a conocer, por eso el médico debe utilizar un lenguaje claro, sencillo, teniendo en cuenta que el destinatario de la información, por regla general es lego en la materia, y **de lo que se trata no es que firme el formato, sino que comprenda lo que se le informa y consienta el plan terapéutico.**

Sobre este particular ha dicho el Consejo de Estado:

*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 que consiste la intervención y que 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, solo puede entenderse como consentido un procedimiento si se demuestra que se asumió con seriedad y ética el suministro de suficiente información al paciente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,*

sentencia 27 de marzo del 2014, C.P. Danilo Rojas Betancourt, exp. 26660, actor Dalio Torrente Bravo y O.)

Jurisprudencias como la extractada pueden consultarse en la siguiente línea jurisprudencial:

CSJ Civil Sentencia de 15 de septiembre de 2114, exp. 00052.

Corte Constitucional, Sentencia SU337- de 1999.

Corte Constitucional, Sentencia T401 de 1994.

Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016.

Bajo los parámetros legales y jurisprudenciales reseñados, debemos ver entonces ahora, las **consecuencias de la falta del consentimiento**.

Visto está que para que el acto médico se considere ajustado a la lex artis y por lo tanto su actuación apreciada como lícita, es necesario que el procedimiento esté precedido de un adecuado consentimiento informado, pues de lo contrario todo tratamiento que realice sobre el paciente no es legal, y por lo tanto, su actuación no está justificada, de forma que si de este se deriva un daño, comporta responsabilidad civil del profesional de la medicina que actuó sobre el paciente sin su anuencia, por cuanto dicho proceder implica que el galeno asume los riesgos propios de la intervención.

En relación con lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en sentencia del 15 de noviembre de 1995 consideró que el **solo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención 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 parálisis de las cuerdas vocales y ocasionar la disfonía que actualmente padece la señora Emilse Hernández de Perez, así se actuara con la diligencia y cuidado indispensables para esta clase de intervenciones quirúrgicas. Menos aún no se estableció que dicha señora hubiera sido informada de la ocurrencia de tales lesiones como un riesgo inherente a la tiroidectomía” (Consejo de Estado, Sala de lo Contigioso**

**Administrativo, Sección Tercera, C.P. Daniel Suarez Hernández, expediente 10301, actor: Emilse Hernández de Perez).**

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, M.P. WILLIAM NAMEN VARGAS, en sentencia del 17 de noviembre de 2011, Re11001-3103-018-1999-00533-01 condena al pago de indemnización por la circunstancia de que no se diligenció debidamente un formato de consentimiento informado, explica que este acto no es una simple formalidad, sino que es una expresión de la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, igualdad y libertad:

**Al respecto, adviértase la medular trascendencia del consentimiento informado, obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión no solo vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad, y libertad, sino la relación jurídica (...)**

En el mismo sentido, y destacando la importancia de manifestar al paciente las circunstancias relevantes del acto médico que este conozca o deba conocer, ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP., Pedro Octavio Munar Cadena, en sentencia del 19 de diciembre de 2005, exp 05001-3103-000-1996-5497-01:

**Como quiera que los negocios jurídicos de esta especie – y si el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud, la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos, y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas”.**

De forma que, si se omite informar sobre los efectos adversos del procedimiento médico, y esta adversidad se ve materializada en un daño que tiene previsto la ciencia médica, el daño se le traslada al omitente. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

**Es incontrovertible entonces que el consentimiento debe ir precedido de una información adecuada, esto es, suficiente en cantidad y calidad, pues no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento de quien lo otorga no sabe en qué ni porqué. Lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino,**

**como corresponde a su dignidad, y que esta información sea auténtica, completa y humana, como corresponde a algo tan trascendental como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o síquica” (Corte Constitucional Sentencia T-62 de 2004)**

Reparación que se impone, al desconocerse los derechos fundamentales del paciente y por ser un quebranto de la relación jurídica prestacional o asistencial médica, generando una íntima relación de causalidad –nexo causal- entre el incumplimiento del personal sanitario de obtener el consentimiento informado con cada detalle de información que correspondía y el daño sufrido por el paciente. Esta discusión la resolvió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de noviembre de 2012:

**“Para la Sala, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia no solo del quebranto a los derechos constitucionales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud, e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto” (ART 16 LEY 23 DE 1981), salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados” (art 15 ibidem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa, o trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expresas verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño”**

## **RIESGO INHERENTE**

Esto es en cuanto hace referencia al CONSENTIMIENTO INFORMADO, veamos ahora lo referente al riesgo inherente, que como lo dijo el operador judicial de primera instancia, es punto pacífico de la litis.

Con respecto al riesgo inherente, en la revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del estado, es un reciente artículo denominado la materialización del riesgo inherente y su diferencia con la culpa médica, el Dr. Andrés Felipe Villegas García apunta:

***"El riesgo inherente es aquella complicación que se puede presentar por la sola realización del acto médico como tal, y que tiene por causas la complejidad o dificultad del mismo, las condiciones del paciente o la naturaleza propia del procedimiento o de los instrumentos que se utilizan para llevarlo a cabo, el cual, una vez materializado o realizado, produce un daño físico o psíquico en***

***el paciente, sin que lo anterior implique una negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamento.***

*Ese riesgo es contemplado por la ciencia médica y detallado por la literatura científica que regula la materia específica. Incluso, es imposible sustraerlo o evitarlo en la práctica, entre otras, porque su aparición no depende del actuar del profesional de la medicina.*

*Al hablar del riesgo inherente se habla de una complicación justificada, y en ocasiones necesaria para poder efectuar el tratamiento invocado en aras de recuperar la salud del paciente. Dicha complicación hace parte del procedimiento mismo, y no hay posibilidades de impedirla, aunque la misma sea completamente previsible.*

*La materialización del riesgo inherente, es la realización en el paciente de un efecto nocivo que puede presentarse como una complicación o como un accidente propio del proceso médico o quirúrgico que se está efectuado. Este efecto nocivo se traduce en un daño a la integridad física o psíquica, la cual se ve lesionada aun que no exista un error en la práctica médica.*

*No podemos desconocer que el riesgo inherente es un riesgo en potencia, que el mismo no necesariamente se tiene que manifestar en la práctica de todos los procedimientos que lo conllevan. Es decir, es un fenómeno que puede darse, y su realización dependerá exclusivamente de circunstancias ajenas a la práctica misma del procedimiento médico”<sup>1</sup>.  
(Subrayado y negrillas fuera de texto original)*

*Más adelante continúa el doctrinante "Cuando se materializa un riesgo inherente y por ende se produce un daño en el paciente, nace la pregunta de si este, pudiera tener vocación indemnizatoria, y es allí donde la practica judicial no puede entrar a confundir la entidad propia de ese daño y de sus causas en aras de establecer responsabilidad civil.*

*(...)*

***Cuando hablamos de la materialización de un riesgo inherente, estamos aceptando que un daño fue causado en el desarrollo de un procedimiento***

---

<sup>1</sup> ANDRES FELIPE VILLEGAS GARCIA. “La materialización del riesgo inherente y su diferenciación con la culpa medica” revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, n. 24, noviembre de 2008, Bogotá, Edit, comlibros y Cia. Ltda., pp.10 y 11.

**médico o quirúrgico en el paciente, pero dicho daño no puede entrar a catalogarse como de culposo, por tener origen en un fenómeno ajeno al médico.<sup>2</sup>**

Y concluye, " El error estará en creer que la presencia física del médico y la aparición de un daño ya es suficiente para hablar de responsabilidad. Pensar de esta manera sería tanto como sostener que existe una presunción de responsabilidad o causalidad médica y no es así.

Ahora, sostener que el médico debe salir a demostrar que el daño no se debe a su conducta, sino a una causa extraña, equivaldría a sostener que la responsabilidad medica siempre será objetiva lo cual no es cierto.

En conclusión, no podrá confundirse daño con daño indemnizable, pues este último necesita de un factor de imputación que sirva para explicarlo y tornarlo en ilícito, así como tampoco podrá confundirse daño con culpa o con la prueba de la culpa, pues aquella es entendida como el factor subjetivo o la forma como despliega la conducta, y es claro que conducta, nexos causal y daño, son elementos diferenciales con independencia conceptual en la responsabilidad civil."<sup>3</sup>

Dice en su artículo el tratadista que: Sólo podría llegar a comprometerse la responsabilidad cuando exista, además de sus otros requisitos, una culpa del médico en su actuación como tal, o cuando falte a su obligación de disminuir la extensión o los efectos de la complicación, pues es claro que su obrar debe estar dirigida a contrarrestar la adversidad presentada en su paciente. **Pensamos también que existiría una culpa cuando el riesgo inherente no fuera advertido al momento del consentimiento.** (ANDRES FELIPE VILLEGAS GARCIA. "La materialización del riesgo inherente y sus diferenciaciones con la culpa médica" revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, n. 24, noviembre de 2008, Bogotá, Edit, comlibros y Cia. Ltda., pp.17 in fine)

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que la ocurrencia del riesgo inherente carece del carácter de indemnizable, toda vez que al aceptar la materialización se acepta la ocurrencia de éste, pero no quiere decir esto que se acepte que la materialización de éste sea consecuencia del actuar del médico, antes por el contrario, la concreción de un riesgo inherente excluye totalmente la posibilidad de imputarle responsabilidad al médico tratante ya que el riesgo inherente escapa en su producción al obrar del médico, **SALVO QUE ESE PARTICULAR RIESGO INHERENTE QUE SE MATERIALIZA EN EL TRANSOPERATORIO, no haya sido informado al paciente durante la obtención del consentimiento informado**, pues,

<sup>2</sup> Op. Cit., "la materialización del riesgo inherente y su diferenciación con la culpa medica", p. 12 y 13.

<sup>3</sup> Op. Cit., "la materialización del riesgo inherente y su diferenciación con la culpa medica", p.14 y 15.

tal como lo reseña el Dr. FRANCISCO BERNATE OCHOA, en su artículo Deber de Información, Consentimiento Informado y Responsabilidad en el Ejercicio de la Actividad Médica, *“El consentimiento adquiere una especial relevancia en materia de responsabilidad médica, en tanto que el mismo permite exonerar al profesional de la medicina en aquellos eventos en que interviene sobre la humanidad del paciente ocasionándole un menoscabo en su salud obrando con su aquiescencia.”*<sup>4</sup> (Subrayado fuera de texto)

Aterrizando las anteriores consideraciones al caso bajo estudio, nos corresponde necesariamente concluir, que como quiera que a la paciente JOSEFA ARREGOCES, jamás y nunca se le informó el riesgo inherente al procedimiento de lesión del nervio laríngeo recurrente, no hubo traslado del riesgo, y por ende en galeno demandado incurrió en culpa, por **negligencia** al no cumplir con sus deberes de información y debe por lo tanto ser declarado responsable de los daños causados a la demandante y su núcleo familiar, y culpa en la modalidad de **imprudencia** al operar sin el consentimiento a la paciente.

Sentados como están los conceptos, elementos regulaciones, doctrina y jurisprudencia sobre el Consentimiento Informado y el Riesgo Inherente, debemos ahora estudiar si dentro del proceso se probó en debida forma si la paciente JOSEFA ARREGOCES GARCIA, fue debidamente informada del riesgo inherente **lesión del nervio laríngeo-recurrente**, o si por el contrario el A Quo, incurrió en errores de hecho al pronunciar su sentencia que hoy se ataca por medio de este recurso.

El señor Juez de primera instancia al establecer como supuestamente demostrada la obligación de la obtención en debida forma del consentimiento informado, se hace valer de la prueba indiciaria y afirma en la sentencia que para ello tiene en cuenta:

- La experiencia, idoneidad del médico tratante, como indicio de que obtuvo en debida forma, el consentimiento informado de la paciente
- Indicio grave de parte, consistente en que no es lo mismo afirmar en la demanda que no se tomó el consentimiento informado de la paciente, a reconocer en los alegatos de conclusión que si hubo el consentimiento pero que este no es suficiente.
- Formato preimpreso de consentimiento informado que se aportó por parte del médico demandado JOSE ROMERO CHURIO, durante la diligencia de interrogatorio de parte a que fuera sometido, que no fue tachado y que a pesar

---

<sup>4</sup> [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_30.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_30.pdf)

de su poca legibilidad se supo por la misma diligencia que trata de riesgos inherentes.

- Declaración de MARGARITA ALCALA, donde ella afirma que cuando a ella el demandado ROMERO CHURIO, la intervino quirúrgicamente le informó los riesgos del procedimiento, amén de que ella los conocía por ser médico.
- La literatura aportada, el dictamen pericial.

### **IDONEIDAD DEL MEDICO TRATANTE**

La idoneidad del médico no sirve en este caso para construir el indicio, habida cuenta que el documento por él entregado que se califica como ilegible por el testigo LARA USTARIZ, por el juez como se escasa comprensión, y que debe ayudarse de medios probatorios para su interpretación, habla más, como se analiza más adelante, de la negligencia en su elaboración, de la violación de la obligación de resultado cual es la elaboración de una historia clínica legible tal y como se expuso en la jurisprudencia arriba citada

### **INDICIO GRAVE DE PARTE.** -

Yerra el juez de primera instancia al establecer este indicio, habida cuenta de que no tuvo en cuenta que, para la elaboración de la demanda, mi poderdante JOSEFA ARREGOCES GARCIA, debió solicitar por derecho de petición la historia clínica de su procedimiento, la cual le fue entregada, y al ser revisada y estudiada por el abogado que elaboró la demanda, se encontró que no había consentimiento informado, que no lo habían entregado.

Ahora, al momento de dar contestación a la demanda, y a pesar de saber que el factor de imputación de la misma es la ausencia de consentimiento informado, no se alega la existencia del mismo, y no se parta el documento como tal, es decir, no se hace entrega del documento que siendo responsabilidad de la IPS demandada los deberes de guarda y custodia de la historia clínica, hasta ese momento procesal, **NO SE SABÍA DE SU EXISTENCIA**. Si ese documento se hubiere aportado al momento de contestar la demanda, de proponer la excepción de consentimiento informado, otra conducta procesal hubiere sido exigible, se hubiere pensado hasta en una reforma de demanda, pero no guardaron el as bajo la manga

Este documento hace su entrada triunfal en el proceso, durante la audiencia de interrogatorio de parte, es decir casi a última hora apareció.

Ninguna otra conducta era de esperarse por la parte que represento (asaltados en nuestra buena fe al presumir que un documento tal como el consentimiento informado no existe puesto que no lo entregaron cuando se les solicitó a los demandados, que no lo entregaron como parte integrante de la historia clínica que es, al momento de contestar la demanda, y que aparezca a última hora), había que referirse a él en los alegatos, y referirse en la forma como se hizo.

Entonces, si hay un grave indicio de parte, lo es de la demandada, por ocultar la existencia del mismo, no entregarlo vía derecho de petición, al no aportarlo junto con la contestación de la demanda, y que aparezca de la forma que lo hizo.

### **FORMATO DE CONSETIMIENTO INFORMADO APORTADO EN LA DILIGENCIA DE INTERROGATIO DE PARTE.**

Pero si al análisis y estudio de ese peculiar documento nos centramos, encontraremos que como dije antes demuestra todo lo contrario a lo que dio por probado el juez en su sentencia.

En efecto, se trata de un folio aportado en copia simple, lo cual manifesté inmediatamente lo pusieron en traslado, folio escrito en pésima letra, ininteligible, del cual no se desprende en ningún momento la obtención de consentimiento informado alguno. No se sabe que dice, no se entiende recordemos lo que dijo el juez *Se refiere en el citado documento, del cual si bien habrá que reconocer dada la formas que presentan los escritos, **su poca comprensión***

Luego prueba es al grado de certeza que mi poderdante no fue informada debidamente tal y como lo reseñamos arriba

Se equivoca el A Quo, al darle valor probatorio, yerra también cuando afirma que se desprende del interrogatorio que el mismo documento que no entiende dice INHERENTES, ¿ahora cuáles son? No lo dice se limita a ese vocablo

No consta que allí diga eso, pero si aceptamos en gracia de discusión que ello es así, entonces no prueba nada distinto a que no se informó la lesión del nervio laringo recurrente como riesgo inherente del procedimiento. No se le dijo a la demandante que iba a quedar disfónica de por vida, que ello le ocasionaría un grave daño a su vida, a su trabajo, recordemos se ganaba la vida como visitadora médica, es decir, hablando, vendiendo de viva voz

**LUIS FERNANDO LARA USTARIZ**, el testigo experto que lleva la parte demádate para ensalzar las condiciones profesionales del demandado ROMERO CHURIO, al serle puesto de presente el documento para que conceptuara sobre si el riesgo inherente de lesión del nervio laringo recurrente fue informado, respondió:

**No puedo emitir ningún concepto porque no entiendo....**

**Se le informó algo que no sé qué es, no hay letra legible, hay (sic) puede decir cualquier cosa**

Honorables Magistrados el artículo 5 de la Resolución 1995 de 1999 preceptúa:

**“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”**

Siendo así las cosas, el demandado doctor JOSE ROMERO CHURIO, **no puede beneficiarse de su propia culpa**, ya que el incumplimiento del deber legal de elaborar una historia clínica clara, legible, y proceder a entregar un documento de la calidad tal que un colega no pueda afirmar que dice ahí, que el juez no entienda que diga ahí, porque es ilegible, demuestra es que la historia clínica elaborada por ese profesional no puede ser considerada de ninguna manera, es como si ese folio no existiera, **muestra es la negligencia con que fue elaborada, negligencia que alcanza al acto médico pretendido, es decir, la obtención en debida forma de un consentimiento informado, donde se hayan informado los riesgos propios de la cirugía a practicar**. Si es ilegible la prueba de la obtención del consentimiento, debe considerarse entonces que JOSEFA ARREGOCES GARCIA, recibió una información ininteligible, o no recibió ninguna información.

Como lo expresó el Magistrado Ramiro de Jesús Pasos:

**Aportar una historia clínica incompleta constituye –un hecho indicador- que permite inferir la falta de diligencia en la prestación de servicio – hecho indicado- ; lo anterior teniendo en cuenta que este documento no solo es el pilar basal que da fe de la calidad ofrecida en la atención médica hospitalaria, sino también porque es uno de los medios probatorios, que en compañía de reglas de la experiencia y la sana crítica, permiten de manera inequívoca la formación del grado de convicción del juez (C.E. Sección Tercera. Proceso 31182-2014).**

En este sentido ha coincidido la Corte Suprema de Justicia: **“tal compilación informativa en la que se individualiza a la persona que requiere de atención médica y se relata de forma discriminada la forma como se le presta, lo que comprende una descripción del estado de salud de arriba, los hallazgos de su revisión por el personal encargado, los resultados de las pruebas y exámenes que se practiquen, los medicamentos ordenados y su dosificación, así como todo lo relacionado con las intervenciones y procedimientos a que se somete, es una herramienta útil para verificar la ocurrencia de los hechos en que se sustentan los reclamos del afectado con un procedimiento de esa naturaleza.**

**Su conformación debe ser cronológica, clara, ordenada, y completa, pues, cualquier omisión imprecisión, alteración, enmendadura, cuando es sometida al tamiz del juzgador, puede**

**constituir indicio en contra del encargado de diligenciarla. (CSJ SC 5746-2014 del 14 de noviembre de 2014 rad. 11001-31-03-029-2008-00469-01).**

Y más recientemente, sobre el mismo aspecto señaló:

*“se resalta lo anterior por cuanto **la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa** – débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado del enfermo – viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. **Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusual a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes – la eventual responsable – no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no solo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica.** (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, sentencia de 2 de marzo de 2016, MP. Margarita Cabello Blanco, SC2506-2016, RAD. 05001-31-03-003-2000-01116-01).*

Solicito de los Honorables Magistrados se tenga en cuenta en este particular tema, el memorial presentado el 25/06/2010, donde se descubre el traslado de las excepciones propuestas por los demandados y que contiene los riesgos propios de la cirugía de tiroidectomía, los que deben ser informados, y cuya ausencia denota incumplimiento.

**EL TESTIMONIO de la DOCTORA MARGARITA ALCALA MORALES, Y LA ABUNDANTE LITERATURA APORTADA Y CONSULTADA. -**

Honorables Magistrados, estas pruebas no alcanzan a demostrar nada en el proceso. MARGARITA ALCALA MORALES, no presenció el acto pre quirúrgico de la demandante JOSEFA ARREGOCES GARCIA, así que no le consta que le hubieren informado los riesgos. Es más que a ella se los hubieran informado, no es prueba de que a la otra paciente se los hayan informado.

Pero lo grave del asunto, es que cuando el suscrito abogado le cuestiona: sírvase decirnos en que consiste el consentimiento informado RESPONDIO:

**Es un documento que se le entrega al paciente antes de la cirugía para que se sepa los riesgos que se puede correr en una cirugía y si el paciente está de acuerdo lo firma.**

Terrible y errada definición de consentimiento informado. Inadecuada totalmente. La testigo es médico, debe obtener de sus pacientes el consentimiento informado en todos los tratamientos que implementa y como se puede ver, desconoce que el consentimiento informado no es un documento, **el consentimiento informado es la**

certeza que tiene el profesional de la salud, de que el paciente entendió, comprendió, asintió, y aceptó someterse a un procedimiento quirúrgico una vez que recibió la información adecuada, oportuna, en lenguaje simple, comprensible que el médico le brindó sobre el procedimiento, los riesgos previstos, la alternativa terapéutica, o por otro lado, la facultad que tiene el paciente de negarse al mismo procedimiento, las consecuencias de dicha negativa; y ahí si acceder a la práctica de la cirugía. Ver página 5 de este alegato la jurisprudencia que allí se citó.

Entonces, si la testigo no sabe que es el consentimiento informado, como se obtiene, en que consiste, ¿cómo puede dar fe de que otra paciente SI RECIBIÓ LA INFORMACION PERTINENTE?

El mentado formato ilegible por demás aportado por el medico demandado, y este testimonio llevado al proceso por él mismo, solo denotan el absurdo paternalismo que aún persiste en los profesionales de la salud, que se niegan a reconocer en los pacientes, seres autónomos, poseedores de voluntad propia, de autonomía de la voluntad, y de capacidad de discernir y decidir. NO CONSTRUYEN INDICIO ALGUNO

Y en cuanto hace referencia a la literatura, pues lo mismo. Es decir, que se sepa por parte de los médicos que son los encargados de leérsela, de estudiársela, ya que el paciente necesariamente la desconoce, pues es lego en la materia, no prueba que el paciente la leyó, o que al paciente le pusieron de presente los riesgos que esos documentos médicos especializados contienen.

El juez yerra al elaborar unos indicios basados en testimonios y documentos que no alcanzan a demostrar diligencia y cuidado en quien debió transmitir una información, y que como se demostró no lo hizo

### EL INTERROGATORIO DE PARTE, Y LA CONFESION DEL DOCTOR JOSE ROMERO CHURIO

Y si del análisis de los supuestos indicios ya desvirtuados no basta para el quiebre de la sentencia, tenemos, por último, pero no por ello menos importante, la confesión del demandado conseguida en el interrogatorio de parte tan mentado por el A Quo

El operador judicial de primera instancia, yerra al no darle el valor que debe dársele a un medio probatorio como lo es el interrogatorio de parte, que lo que busca es el fin de la confesión, no valerse de ese medio probatorio para exonerar de la culpa al interrogado.

Efectivamente el juzgador de primera instancia, se valió de esta prueba para interpretar el jeroglífico que obra a folio 192 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, para exaltar las condiciones profesionales del galeno demandado, pero cercena la prueba cuando omite reconocer en la sentencia la confesión que allí se dio, y que de hacerlo otro hubiera sido el sentido de la misma, es decir, indudablemente habría concedido las súplicas de la demanda, como se pide hoy se haga

En el interrogatorio de parte, el galeno demandado dijo que a la paciente le fueron informados como riesgos hemorragia e inherentes, no dice lesión del nervio laríngeo recurrente. Y a folio 189 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, dicho medico dice: se puede presentar hematomas, comprime (sic) el cuello y sus componentes como la tráquea y la paciente puede presentar dificultad respiratoria severa que puede poner en peligro su vida, y en cuanto al procedimiento en si se da la lesión del nervio larido (sic) recurrente, que lleva a la disfonía, ronquera, o inclusive afasia.

Siguiendo en su interrogatorio, el galeno demandando con total desparpajo afirma: **En esta paciente que tenía un bocio multinodular y en el intraoperatorio se le encontró y el nódulo adherido a la tráquea que requirió disección del nervio larido (sic) recurrente, la sola disección puede producir neuro praxia....**

El suscrito abogado le interroga al demandado ROMERO CHURIO: ¿dijo en respuesta anterior que intraoperatoriamente hubo un hallazgo del tumor del lóbulo adherido a la tráquea, considera usted que esta información debía ser puesta en consideración de la paciente?

Y a renglón seguido el demandado doctor Romero Churio, sin rubor alguno **CONFIESA: en el momento no porque la paciente está anestesiada, pero posteriormente la paciente está consciente se le explico...**

**.. se le explico a la paciente que esa complicación era frecuente que este procedimiento y podía ser reversible y que está escrito en los libros y a veces es permanente la disfonía.**

Es decir, que frente al hallazgo intraoperatorio juicio del demandando ROMERO CHURIO, la paciente no debía tener oportunidad de saber su real estado de salud, de decidir sobre su propio cuerpo, de asumir el riesgo de la lesión del nervio, que podía constarle a la vida, o una incapacidad total como la que tiene hoy en día.

Nótese que el riesgo dejado de informar -lesión del nervio laringo recurrente – se produce en un 14% de las veces que se adelanta una tiroidectomía, según la prueba pericial admitida en el proceso (prueba que también demostró que resulta cierto que

previo al procedimiento quirúrgico, se debe obtener el consentimiento informado), es decir, de alta ocurrencia, por lo tanto de imperiosa manifestación, comunicación, no basta con decir “y (sic) inherentes” como lo afirma el A Quo, en su sentencia, no es al juez al que le corresponde entrar a establecer el riesgo, eso lo debía haber demostrado el médico tratante.

Reitero, **confiesa el medico demandado que solo hasta ese momento le informa sobre la materialización de un riesgo inherente** (neuro praxia, lesión del laríngeo recurrente), en qué consiste, y cuál es su pronóstico, ya que si hubiera obtenido el consentimiento informado en debida forma, si hubiera explicado los riesgos inherentes al procedimiento, **solo debía haberle dicho: tal y como lo teníamos previsto, se lesionó el nervio, y ya conoces las consecuencias, ya sabes cómo se trata, porque yo te lo dije anticipadamente, yo te lo advertí.**

Honorables Magistrados, el consentimiento informado, enfocado como derecho fundamental y pilar del principio de la autonomía y del respeto de la dignidad humana, implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual después de brindársele una SUFICIENTE información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, este decide prestar o no su conformidad para someterse a dicha intervención.

La abundante jurisprudencia citada demuestra que los jueces sancionan estas malas praxis por evidenciar negligencia médica en el cumplimiento de la obligación de información y en la forma como se realiza el consentimiento, subrayando la necesidad de proteger ***el principio de la autonomía del paciente***, cuya efectividad está ligada al consentimiento informado, para que la medicina no exponga a una persona al tratamiento que implique riesgo para su salud, sin que medie información adecuada sobre las implicaciones de la intervención.

La misma jurisprudencia que el A Quo, **ignora, evade, deja a un lado** (lo que configura un claro ERROR DE HECHO) ha castigado la omisión del deber de información y la falta de consentimiento informado, en cualquier intervención, exponiendo que el *paciente ha perdido la oportunidad de decidir libremente por lo que considere más conveniente a sus intereses, haciendo énfasis así a la responsabilidad por daño en la pérdida de la oportunidad* (C. De E. Sent. 24. 01. 2002. Rad. 23-26-000-1994-9875-01).

Y está claro que es razonable que un paciente debería estar informado de lo que se le va a hacer, para que se arme de valor y se haga cargo de la situación, de modo que pueda afrontar la situación. Todo ser humano en edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un asalto a consecuencia del cual es responsable por daños.

Hemos demostrado Honorables Magistrados, que con su actuar el demandado ilustre galeno JOSE MANUEL ROMERO CHURIO, **no comprendió, no asumió que estaba no ante una enfermedad, sino ante un sujeto de derechos portador de una enfermedad**, que actuó con total desprecio de sus derechos constitucionales (que la jurisprudencia reconoce y el operador judicial de primera instancia **ignora por completo**), que no hubo traslado del riesgo, situación que denota **culpa por negligencia** al omitir una obligación de resultado como lo es el levantamiento, la elaboración de la historia clínica clara, legible, que adelantó un procedimiento quirúrgico sin autorización del paciente lo que denota **imprudencia**, y que por ello la sentencia debe ser revocada en todas sus partes, y por ende, condenar a los demandados al pago de los perjuicios ocasionados con tamaño proceder accediendo a las súplicas de la demanda.

Quien suscribe,



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'V.M. Cabal', enclosed within a large, stylized loop that forms a partial signature or seal. Below the signature is a horizontal line.

VICTOR MANUEL CABAL PEREZ  
C.C. 8.723.896 DE BQUILLA  
T.P. 37.655 DEL C.S.J.

