



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL-De médico de confianza, a causa de perforación de intestino delgado a paciente, durante la práctica cirujía de extracción de vesícula. Riesgos inherentes al procedimiento quirúrgico. Diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado. Incidencia de la magnitud anormal de la herida en la determinación de la culpa contractual médica. Verificación de la existencia de consentimiento informado específico. Daño indemnizable. (SC7110-2017; 24/05/2017)

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Naturaleza jurídica de principio jurídico autónomo. Derecho fundamental del paciente. Clasificación. Características de la información otorgada. Reiteración de la sentencia de 15 de septiembre de 2014. Desarrollo del principio de autonomía de la voluntad. Su omisión conlleva a la culpa del médico por sí misma. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

Explica la Corte “En ese orden de ideas, la información dada debe ser: i) veraz, en cuanto el médico no puede omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin de que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible.”

PRAXIS MÉDICA-Se orienta en función de los principios de beneficencia y no maleficencia o *primum non nocere* del paciente. El desarrollo de las técnicas galénicas supone la experimentación y la investigación científica en favor de la población y de los futuros pacientes. Propósitos de la profesión médica. Prohibición de someter al paciente a riesgos injustificados. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

LEX ARTIS-Superación del criterio de anormalidad, permite inferir su carácter antijurídico. Criterio del riesgo general de la vida o del riesgo permitido. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

RIESGO INHERENTE-Al acto médico. Concepto. Su materialización no genera un daño de carácter indemnizable al no preceder de un comportamiento culposo. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

DAÑO INDEMNIZABLE-Cuando se materializa un riesgo inherente al acto médico, el daño no tiene carácter indemnizable al no preceder de un comportamiento culposo. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS-Determinación de las obligaciones de medio o de resultado. Reiteración de la sentencia de 30 de enero de 2001. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual frente a médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

CULPA PROBADA-Principio general en materia de responsabilidad médica contractual, salvo las estipulaciones especiales de las partes. Incidencia de la magnitud anormal de la

herida en la determinación de la culpa médica a causa de la perforación del intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. Riesgos inherentes al procedimiento quirúrgico. (SC7110-2017; 24/05/2017)

PRESUNCIÓN DE CULPA-Que se aplica frente a obligaciones de resultado en materia de responsabilidad médica. (SC7110-2017; 24/05/2017)

OBLIGACIÓN DE MEDIO-Regla general en el régimen de obligaciones entre médico y paciente de acuerdo al artículo 104 de la Ley 1438 de 2011. Exoneración en materia de responsabilidad médica se acredita con prueba de la debida diligencia y cuidado. Diferencia frente a las obligaciones de resultado. Reiteración de la sentencia de 5 de noviembre de 2013. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

OBLIGACIÓN DE RESULTADO-Opera la presunción de culpa. Reiteración de la sentencia de 13 de septiembre de 2002. Exoneración en materia de responsabilidad médica mediante la prueba de un elemento extraño que destruya el nexo causal entre la conducta imputada y el daño. Diferencia frente a las obligaciones de medio. Reiteración de la sentencia de 5 de noviembre de 2013. (SC7110-2017; 24/05/2017)

CAUSA EXTRAÑA-Prueba necesaria para exonerarse en materia de responsabilidad médica cuando median obligaciones de resultado. (SC7110-2017; 24/05/2017)

PRUEBA TESTIMONIAL-Apreciación de declaración de médico e informe de patología, del que se aduce error en la transcripción de la magnitud de la herida, causada en el intestino delgado a paciente mientras se le practicaba cirugía de extracción de vesícula. Requisitos formales de la declaración de terceros. (SC7110-2017; 24/05/2017)

PRUEBA TESTIMONIAL TÉCNICA-Estudio de yerro de derecho por negación de su eficacia probatoria en proceso de responsabilidad médica contractual derivada de perforación del intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

DICTAMEN PERICIAL-Inexistencia de yerro de derecho por corresponder la crítica a la objetividad de la prueba y no a su eficacia jurídica. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual derivada de perforación del intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula. (SC7110-2017; 24/05/2017)

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA-Estudio de cargo por yerro derivado de la falta de aplicación de los estándares o criterios excepcionales de flexibilización de la carga probatoria en materia de responsabilidad médica contractual. Doctrina jurisprudencial que acepta la aplicación de la culpa virtual o el principio res ipsa loquitur. Reiteración de la sentencia de 22 de julio de 2010. (SC7110-2017; 24/05/2017)

ERROR DE DERECHO-Estructuración. Reiteración de las sentencias de 19 de octubre de 2000, 23 de junio de 2011 y 30 de mayo de 2014. Ineficacia del cargo sobre la prueba testimonial técnica para desvirtuar todos los soportes del fallo. Reiteración de las sentencias de 6 de agosto de 1958, 22 de julio de 1975, 27 de junio de 2005 y 3 de junio de 2014. (SC7110-2017; 24/05/2017)

APRECIACIÓN PROBATORIA-El yerro por omisión se estructura cuando el contenido objetivo del respectivo medio determina la decisión. Distinción frente a la deficiencia de expresión de los medios probatorios. Reiteración de las sentencias de 5 de mayo de 1998, 17 de mayo de 2001 y 4 de diciembre de 2008. Ruptura del fallo debe fundarse en la certeza y no en la duda. Reiteración de la sentencia de 7 de febrero de 2012. (SC7110-2017; 24/05/2017)

Fuente formal:

Artículos 1, 12 y 16 de la Constitución Política.

Artículo 1604 numeral 3 del Código Civil.

Artículo 177, 187, 217, 219, 227 inciso 3ª, 228 numeral 1 y 368 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 167, 211, 212, 220 inciso 3ª y 221 numeral 1º del Código General del Proceso.

Artículo 15 de la ley 23 de 1981.

Artículo 104 de la Ley 1438 de 2011.
Artículos 9 al 13 del Decreto 3380 de 1981.
Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud.

Fuente jurisprudencial:

Contrato de prestación de servicios médicos:

CSJ Civil Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, exp. 5507.

Obligación de medio:

CSJ Civil Sentencia de 5 de noviembre de 2013, exp. 00025.

Obligación de resultado:

CSJ Civil Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199.

Causa extraña:

CSJ Civil Sentencia de 31 de mayo de 1938 (XLVI-573).

Consentimiento informado:

CSJ Civil Sentencia de 15 de septiembre de 2014, exp. 00052.
Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999.
Corte Constitucional, T-401 de 1994.
Corte Constitucional, T-477 de 1995.
Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016.
Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994.

Carga Dinámica de la Prueba:

CSJ Civil Sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 0042.

Apreciación probatoria:

CSJ Civil Sentencia de 4 de diciembre de 2008, exp. 9354.
CSJ SC 5 de mayo de 1998 (CCLII-1355).
CSJ SC 092 de 17 de mayo de 2001, exp. 5704.
CSJ Civil Sentencia de 27 de febrero de 2012, exp. 00537, reiterando CVII-289 y CCXXXI-645.

Error de derecho:

CSJ Civil Sentencia de 30 de mayo de 2014, exp. 00080.
CSJ Civil de 19 de octubre de 2000, exp. 5442.
CSJ Civil de 23 de junio de 2011, exp. 00388.

Técnica de casación:

CSJ Civil Sentencia de 3 de junio de 2014, exp. 00218.
CSJ SC 134 de 27 de junio de 2005.
CSJ SC G. J. Tomos LXXXVIII-596, 6 de agosto de 1958.
CSJ SC CLI-199 de 22 de julio de 1975.

Fuente doctrinal:

Consentimiento informado:

Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado. Ignacio Sancho Gargallo. Working Paper n°:209. Barcelona, abril de 2004. www.indret.com.

Riesgos inherentes:

RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824 y 1304.

Asunto:

Pretenden los demandantes que se declare responsable a médico de confianza, por la negligencia en la prestación de los servicios médicos de su familiar, con la consiguiente condena al pago de los perjuicios causados a ésta y a su esposo, hijos y nietos. El galeno se opuso a las pretensiones, alegando inexistencia de culpa y haber actuado con diligencia y cuidado. Las aseguradoras llamadas en garantía, también se opusieron e indicaron que la perforación del intestino era un riesgo inherente al

procedimiento practicado. El Juzgado de primera instancia desestimó las pretensiones al no encontrar demostrada la culpa ni el nexo causal, decisión que fue confirmada por el Tribunal, quien señaló que no fueron demostrados los perjuicios reclamados en la demanda. Contra dicha providencia los actores interpusieron recurso de casación, concediéndose sólo para una de las partes, quien planteó tres cargos con fundamento en errores de hecho y de derecho. La Corte NO CASA la sentencia al no hallar demostrados los errores de hecho endilgados por el casacionista.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC7110-2017

Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01

Aprobado en Sala de veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Se decide el recurso de casación de Alberto Velásquez Martínez contra la sentencia de 9 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por el recurrente, conjuntamente con Luz Helena Fernández Correa, Sergio, Alejandro, Felipe, Santiago y Mauricio Velásquez Fernández, Andrés y Santiago Velásquez Montoya, frente a Juan José Uribe Pardo, con la intervención de La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, la Aseguradora Solidaria de Colombia Limitada Entidad Cooperativa y Liberty Seguros S.A., llamadas en garantía.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El *petitum***. Los actores solicitaron declarar al demandado responsable por la negligencia en la prestación de los servicios médicos a Luz Helena Fernández Correa, con la consiguiente condena al pago de perjuicios causados a ésta y a sus allegados, esposo, hijos y nietos.

1.2. **La causa *petendi***. Las súplicas se soportaron en los hechos que en lo pertinente se compendian:

1.2.1. El médico de confianza de la citada señora, frente al padecimiento de migraña frecuente que sufría, recomendó extirpar la vesícula para así obtener mejoría.

1.2.2. En consulta con el especialista, el ahora interpelado, la paciente le informó su historial clínico, como “*discinesia biliar con antecedentes de obesidad y cirugía previa infraumbilical por tumor de ovario e histerectomía*”.

1.2.3. Pese a lo anterior, el convocado concluyó en la necesidad de practicar, sin brindar otras alternativas, una “*colecistectomía laparoscópica*”, ni informar en forma detallada el procedimiento ni las posibles secuelas.

1.2.4. El 15 de abril de 2004, entre las 6 y 8 de la noche, el demandado practicó la cirugía, según su aseveración, sin complicaciones. En la historia clínica se hizo constar que treinta horas después la intervenida sintió un fuerte dolor abdominal.

1.2.5. El 17 de los mismos mes y año, a las 3:00 a.m., Luz Helena Fernández Correa fue operada nuevamente, descubriéndose que en la intervención anterior se perforó el intestino delgado, lo cual ocasionó un shock séptico.

1.2.6. A las 8:55 a.m. de esa data, se dejó anotado en la historia clínica: *“Herida 0.4 cm en intestino delgado (yeyuno) por adherencia (sic) a región periumbilical salida de material intestinal a cavidad. Necrosis grasa periumbilical”*.

1.2.7. La patóloga Constanza Díaz G., ese mismo día, dio cuenta del análisis de *“un segmento de intestino de 6 cm. de longitud y que presenta una herida de 3 cm. de diámetro”*, con unas horas de evolución, puesto que *“el proceso inflamatorio peritoneal que tiene todavía algunos abscesos ya comienza a mostrar proliferación fibroblástica”*.

1.3. Los escritos de réplica. El demandado se opuso a las pretensiones, alegando inexistencia de culpa, haber actuado con diligencia y cuidado, al aplicar todos sus conocimientos en procura de dar el mejor tratamiento a la enferma.

Las llamadas en garantía también lo hicieron con similares argumentos, en especial, porque la perforación del intestino era un riesgo inherente al procedimiento practicado y fue oportuna y eficazmente tratado.

1.4. El fallo de primera instancia. El 20 de febrero de 2012, el Juzgado Doce Civil del Circuito Adjunto de

Medellín, desestimó la demanda al no encontrar demostrada la culpa del demandado ni el nexo causal.

2. LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

2.1. Resuelve el recurso de apelación de Liberty Seguros S.A. y del extremo actor. Según el Tribunal:

2.1.1. La carga de demostrar la culpa en el ejercicio de la actividad médica, al involucrar obligaciones de medio, correspondía a la parte demandante, y esto no fue cumplido. Y la perforación del intestino, al ser un riesgo inherente a la cirugía practicada, por sí, no acreditaba la mala o deficiente aplicación del procedimiento quirúrgico por el médico especialista Juan José Uribe Pardo.

2.1.2. El dictamen rendido por María Constanza Pérez Restrepo, sobre que el comportamiento galénico del demandado fue adecuado, diligente y cuidadoso, merecía credibilidad, dado que no se probó el error grave endilgado y se basó en la experiencia y los conocimientos de la perito, así como en el estudio de la historia clínica y de la literatura y de los conceptos de profesionales especializados.

Las inferencias en contrario contenidas en el experticio del médico Luis Armando Cambas Zuluaga, aportado con la demanda, carecían de soporte, pues solo tomó como objeto de análisis la historia clínica, y además fue desvirtuado con la declaración del galeno Norman Spir Yepes, quien atendió a la intervenida en la Unidad de Cuidados Intensivos.

Este último profesional, en efecto, declaró que el primer día del post-operatorio la paciente presentó compromiso sistémico de compensación severa “*SIRS séptico*”, como respuesta exagerada del organismo, dadas las condiciones especiales de ella, dirigida a combatir el “*stress propio de cualquier situación médica o quirúrgica*”.

Los médicos Joaquín Tiberio Valencia Cárdenas, Luis Ignacio Londoño y Adolfo León Uribe, calificados debidamente como testigos técnicos, una vez examinaron la historia clínica y el video de la cirugía, consideraron adecuado el procedimiento, en tanto acerca de la perforación intestinal producida indicaron que era “*inherente o propia*” a la operación.

En el interrogatorio de parte, el demandado Juan José Uribe Pardo, reiteró lo dicho anteriormente, todo conforme a la *lex artis*, y confirmó la obtención del consentimiento informado.

Lo vertido por el galeno Jesús Vásquez Arango, no podía apreciarse, pues fue tenido como técnico cuando así no fue pedido. Y quienes practicaron la segunda operación quirúrgica, Diego Alfonso Lalinde, Julián Betancourt (infectólogo), Juan Diego Ciro Quintero (anestesiólogo) y Diego Gaviria Henao (cirujano oncólogo), simplemente narraron las condiciones que presentaba la afectada, pero sin determinar las causas.

2.1.3. En lo demás, Javier Orozco Mora, Gerente de la Clínica Las Américas, memoró las políticas de la institución acerca del deber de los médicos de ilustrar a los usuarios de los servicios de salud sobre cualquier procedimiento y de obtener el consentimiento informado, todo lo cual efectivamente fue cumplido; y añadió que en el caso la incisión del intestino era un riesgo propio de la cirugía practicada, sobre todo *“por las adherencias previas abdominales en región periumbilical”* de la paciente.

La información que el demandado debía dar a la señora Luz Helena Fernández Correa, relacionada con la operación y los posibles inconvenientes, también quedó demostrada con la historia clínica, al consignarse: *“se explica a la paciente el procedimiento y la posibilidad de cirugía abierta por la historia de L.E. y sus complicaciones”*; y el consentimiento informado, con el documento *“autorización”* rubricado por la misma interesada, donde igualmente se indicó que ella *“recibió la información específica para el caso (...) recomendado, sus riesgos, etc.”*.

2.1.4. La culpa virtual, a partir de la demostración de ciertos indicios, por ejemplo, el derivado de la perforación del intestino, no tenía aplicación, pues acreditado había quedado que ese daño era un riesgo inherente a la cirugía, menos cuando las condiciones personales de la intervenida, *“obesidad y cirugía anterior en cavidad abdominal”*, aumentaban la posibilidad de su ocurrencia.

2.2. En ese orden, el *ad-quem* confirmó el fallo del juzgado, decisión contra la cual la parte demandante se alzó extraordinariamente, concediéndose el recurso únicamente respecto de Alberto Velásquez Martínez.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los tres cargos formulados por el recurrente se resolverán en el mismo orden, aunque aunados los dos primeros, dada su conexidad, como en su momento se verá.

4. CARGO PRIMERO

4.1. Acusa la violación de los artículos 1494, 1613, 1614, 2341, 2343 y 2747 del Código Civil, como consecuencia de la comisión de errores de hecho probatorios. En sentir de la censura, el Tribunal:

4.1.1. Pretirió apreciar el testimonio de Constanza Eugenia Díaz González y el informe de patología suscrito por ella, demostrativos de que la incisión del intestino de la demandante Luz Helena Fernández Correa, era de tres centímetros, esto es, de un tamaño inusitado.

4.1.2. Tergiversó el libelo genitor y su contestación, al calificar la obligación del médico convocado como de medio y no de resultado, cuando en tales piezas procesales se afirmó que la cirugía practicada tenía como propósito extirpar la vesícula y ese fue el objeto cumplido.

4.1.3. Cercenó las declaraciones de Diego Alfonso Lalinde Sierra, Julián Alberto Betancourt Martínez, Juan Diego Ciro Quiero y Diego Gaviria Henao, de quienes dijo no habían manifestado las causas de la segunda intervención, cuando expresamente la indicaron.

El primero, al referir “(...) *un postoperatorio inmediato de una laparatomía exploración secundaria a ruptura de vesícula hueca, peritonitis y shock séptico (...)*”; el segundo, al recordar la laparoscopia de la paciente y detectar luego “(...) *una perforación intestinal (...)*”; el tercero, al señalar “(...) *el shop séptico y la falla orgánica múltiple secundaria a una peritonitis, secundaria a una cirugía de vesícula (...)*”; y el último, al manifestar el “(...) *cuadro séptico originado en una perforación de intestino secundaria a intervención inicialmente practicada: laparoscopia (...)*”.

4.1.4. Omitió valorar las pruebas que corroboraban las complicaciones sufridas por Luz Helena Fernández Correa, a saber: la constancia expedida en ese sentido por el médico José Alberto Pabón Pérez, quien reconoció ese documento al momento de rendir testimonio, y el interrogatorio absuelto por el mismo demandado, al aceptar las consecuencias de la cirugía cuando respondió la pregunta trece.

4.2. Según el impugnante, el tamaño de la perforación intestinal, tres centímetros, definida así en el informe de patología, al igual que las secuelas de esa lesión, reseñadas en la historia clínica, y lo declarado por los médicos Lalinde, Betancourt, Ciro y Gaviria, habrían permitido concluir que “(...) *el cirujano sí incurrió en culpa (...)*”.

Los errores denunciados, dice, llevaron al Tribunal a violar las normas de la responsabilidad demandada, y de contera, las atinentes a la indemnización de los perjuicios; y a dejar de apreciar las pruebas de los daños causados.

En la misma línea, a desconocer la doctrina sobre flexibilización de la carga de la prueba en esta clase de procesos, pues no obstante creerse que la laceración en cuestión fue un riesgo propio de la operación, cierto es, los jueces pueden “(...) fundar su decisión sobre hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante (...)”.

4.3. Solicita, por lo tanto, casar la sentencia recurrida y en sede de instancia acceder a las pretensiones.

5. CARGO SEGUNDO

5.1. Denuncia trasgredidas las mismas normas señaladas en el cargo anterior, pero esta vez a raíz de la violación medio de los artículos 219, 227-3, 237, 238 y 241 del Código de Procedimiento Civil.

5.1.1. El Tribunal, sostiene el casacionista, incurrió en error de derecho al apreciar el dictamen de María Constanza Pérez Restrepo, pues pese a estar en entredicho por fundarse en conceptos de otros profesionales y no en los propios, no resolvió la objeción planteada sobre la base de la falta de idoneidad de la perito para emitir el resultado,

aduciendo que ello ha debido alegarse al momento del nombramiento de la auxiliar de la justicia y que se trataba de simples argumentos para que la prueba no sea valorada; además, sin tener en cuenta, respecto de la pericia de Alexandra Duque Castaño, dirigida a demostrar el error grave enrostrado, que no se rindieron las aclaraciones y complementaciones pedidas por enfermedad de la experta.

Igualmente, al restarle mérito a la declaración del médico Luis Armando Cambas Zuluaga, y por ahí derecho, al concepto emitido por éste, solo por estar fundado en la historia clínica y aparecer rebatido por el galeno Norman Spir Yepes, cuyo testimonio no podía admitirse, dada la indignación humana que dijo sentir como prestador del servicio y del comentario descalificador hacia su colega.

Así mismo, al valorar como técnicos los testimonios de Joaquín Tiberio Valencia Cárdenas, Luis Ignacio Londoño y Adolfo León Uribe, inclusive el de Norman Spir Yepes, no pedidos de esa manera; y al negarle mérito probatorio a la versión de Luis Armando Cambas Zuluaga, por no solicitarse en ese sentido, cuando si lo fue. Todo, porque esa fue la razón para no apreciar lo declarado por Jesús Vásquez Arango, pese a ser llamado como testigo calificado.

5.1.2. Concluye el censor, si el *ad-quem* no incurre en los errores de derecho identificados, habría ordenado concluir el dictamen para demostrar las objeciones contra la prueba pericial, o desechado ésta, al igual que los testimonios indebidamente incorporados como técnicos, o

permitido discutir esa experticia con el concepto y la declaración de Cambas Zuluaga, impetrada de esa manera.

5.2. Así las cosas, solicita casar la sentencia recurrida y en sede de instancia acoger las pretensiones.

6. CONSIDERACIONES

6.1. En el sustrato de los dos cargos, como se observa, resulta pacífico que durante la cirugía practicada a Luz Helena Fernández Correa, efectivamente, se le perforó el intestino delgado, generando complicaciones en su salud.

La polémica, entonces, se reduce a establecer si la lesión en cuestión obedecía a un riesgo inherente al procedimiento aplicado, cual se sostiene en la providencia confutada; o si el tamaño extraordinario o inusitado de la perforación, *per se*, era suficiente para concluir la ausencia de una atención médica adecuada, diligente y cuidadosa, según alega el recurrente.

El estudio aunado de las dos acusaciones, consiguientemente, se justifica. Primero, por cuanto en común denuncian la violación de unos mismos preceptos sustantivos; y segundo, porque en la base del ataque, la culpa enrostrada a la parte demandada, derivada de la supuesta magnitud considerable de la lesión, en realidad pende de verificar si ese hecho es o no cierto.

6.2. Con ese propósito, se advierte, en la sentencia confutada, las pretensiones fueron desestimadas por

razones distintas a la falta de prueba de la incisión o de las secuelas seguidas. Por esto, el raciocinio del Tribunal, en el sentido de atribuir lo ocurrido a una contingencia aneja a la intervención, necesariamente, comprendía acreditadas todas esas circunstancias.

Así las cosas, el juzgador acusado, sin más, no pudo omitir las pruebas indicativas de la lesión, ni de las complicaciones sufridas, originadas en la cirugía, por la demandante Luz Helena Fernández Correa. En concreto, el testimonio del médico José Alberto Pabón Pérez, la constancia por él expedida y el interrogatorio del demandado, como se alega en el cargo primero, porque cual se observa, todo ello lo tuvo por establecido.

6.3. Ahora, si para el recurrente, en contra del *ad-quem*, la culpa del médico demandado, Juan José Uribe Pardo, aparecía demostrada en el proceso, para ser consecuentes, su discurso debe entenderse en el marco de las obligaciones de medio, precisamente, por corresponder al lugar donde esa carga probatoria tenía que cumplirla.

6.3.1. Suficientemente es conocido, en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “*estipulaciones especiales de las partes*” (artículo 1604, *in fine*, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

Como tiene explicado la Corte, “(...) [s/i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado”¹ (subrayado fuera de texto).

¹ CSJ. Civil. Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002, expediente 6199.

En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es el mismo. En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

En este último caso, porque como desde antaño ha sentado esta Corporación, “[l]a prueba (...) no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable (...)”².

La diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, por tanto, sirve para facilitar y solucionar problemas relacionados con la culpa contractual médica y su prueba, sin perjuicio, claro está, de otras reglas de morigeración, cual ocurre en los casos de una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares, todo según las circunstancias en causa, introducidas ahora por el artículo 167 del Código General del Proceso.

6.3.2. El meollo del asunto, entonces, se encuentra en establecer cuándo la relación entre el profesional de la salud y el usuario, calificada ahora como de “*medio*” por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, deja de ser tal.

² CSJ. Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938 (XLVI-573).

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que “(...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”³.

En esa dirección, la Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que “(...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

“En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el

³ CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”⁴.

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la *lex artis*, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

⁴ CSJ. Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, expediente 00025.

De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida. Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, *verbi gratia*, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros.

6.3.3. En el caso, si la censura alega que el elemento subjetivo de la responsabilidad médica demandada fue demostrado, el Tribunal de manera alguna pudo incurrir en el error de hecho que se le imputa en el cargo primero, respecto de la apreciación de la demanda y su contestación.

6.3.3.1. Ante todo, por cuanto la reclamada culpa probada del galeno demandado, responde al principio general de las obligaciones de medio. Luego, si desde esa perspectiva fue definido el pleito, solo que, con independencia del acierto, para el juzgador acusado dicho requisito no había sido demostrado, todo aparece coherente.

6.3.3.2. En segundo lugar, porque en el evento excepcional de una prestación de resultado, la acusación ha debido encauzarse bajo la égida de la presunción de culpa,

considerando, en ese preciso tópico, que el demandante se encontraba relevado de cualquier carga probatoria.

6.3.3.3. Con todo, si eso era lo pretendido, no obstante, sostenerse que la culpa galénica fue acreditada, el incumplimiento enrostrado tendría que estar atado, en consecuencia, a una obligación de resultado.

La cirugía practicada a la señora Luz Helena Fernández Correa, es cierto, tuvo como mira extirpar la vesícula y esto fue cumplido. El error de hecho denunciado, entonces, se habría estructurado en el caso de haberse prometido expresamente que la intervención no tendría ninguna complicación, pero esto no fue así, puesto que como en el mismo cargo primero se acepta, los efectos de la extracción, en cuanto a la salud de la paciente, “(...) es claro que no podía asegurarlos el cirujano (...)”.

El Tribunal, por consiguiente, acertó al soltar el pleito asido de la culpa probada, puesto que así el objetivo dicho se haya verificado, el procedimiento quirúrgico aplicado, en sí, constituía la obligación del médico convocado. Ahora, si el mismo era libre de contingencias o de peligros, el error de facto estaría en haberlos dejado establecidos, pero como nada al respecto se polemiza, por el contrario, se admite que nada sobre el particular el galeno podía asegurar, la conclusión sobre que la “(...) cirugía por sí no acredita mala práctica ni culpa en el médico (...)”, no es equivocada.

6.4. Sentado lo dicho, pasa a estudiarse si el médico Juan José Uribe Pardo, no ejecutó con diligencia, pericia y

cuidado el procedimiento de extirpación, cuestión que, al decir de la censura, aparecía probado con el simple tamaño inusitado de la perforación del intestino de Luz Helena Fernández Correa, tres centímetros, según el testimonio y el informe de la patóloga Constanza Eugenia Díaz González, medios todos pasados de largo por el *ad-quem*.

6.4.1. Suficientemente es conocido, los errores de hecho probatorios se identifican con la constatación física de los distintos medios de convicción en el proceso, ya al suponerse, ora al preterirse; o con la fijación de su contenido objetivo, en el género de tergiversación, luego de constatada su existencia material, tanto por adición como por mutilación.

La estructura de un yerro de omisión, sin embargo, solo acaece si el contenido objetivo del respectivo medio determina la decisión. De ahí, cuando no se menciona en la sentencia impugnada una prueba en particular, cuyo texto carece de virtud para cambiar el resultado, el error no se configuraría, pues en ese evento se entiende que el elemento demostrativo fue valorado de manera implícita.

En tal caso, se trataría, en palabras de la Corte, de una simple “(...) *‘deficiencia de expresión’ de los medios y no un error de ‘apreciación probatoria’, o como en otra ocasión lo señaló, ‘no se presume ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas’ (...)*”⁵.

⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 4 de diciembre de 2008, expediente 9354, reiterando fallos de 5 de mayo de 1998 (CCLII-1355) y 092 de 17 de mayo de 2001, expediente 5704.

6.4.2. En el *sub-lite*, contrastado el fallo impugnado, ciertamente, el Tribunal ninguna referencia hizo a la declaración ni al informe de la patóloga Constanza Eugenia Díaz González.

Empero, en la hipótesis de la acusación, el error de facto denunciado tendría ocurrencia si dichas pruebas indicaban que la lesión causada a Luz Helena Fernández Correa, durante la intervención quirúrgica, en efecto, era de tres centímetros, esto es, de una magnitud inusitada, al margen de las consecuencias jurídicas que pudieran seguirse de ese hecho.

Sobre el particular, en su objetividad, la testigo, relacionado con el informe de patología, señaló que la secretaria “(...) incurrió en un error de transcripción (...)”, pues lo copiado por ella “(...) como 4 o 5 centímetros (...)”, en realidad fue “(...) dictado como 4 o 5 milímetros (...)”, y que “(...) este tipo de errores son muy frecuentes en los dictados de especímenes quirúrgicos (...)”.

En el cargo primero, el recurrente sostiene que cuando en ese sentido “(...) se le preguntó a la deponente si pudo haber una mala anotación, simplemente dijo que pudo ser una equivocación, pero no afirmó que la hubo (...)”.

Frente a lo anterior, surge claro, el yerro de hecho es inexistente, porque si la declarante alude a la equivocación en su informe, lo deja en entredicho. Con mayor razón, cuando la censura edifica el error sobre la base de afirmar

la supuesta dubitación de la testigo y no que ésta, en forma cierta, haya descartado la ambivalencia en la transcripción.

Y bien se sabe, en casación, la “(...) *ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda*, en tanto que ésta *‘jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes discrecionales’ del juzgador (...)*”⁶.

6.5. En otro apartado del cargo primero, se acusa al Tribunal de haber cercenado los testimonios de los médicos Diego Alfonso Lalinde Sierra, Julián Alberto Betancourt Martínez, Juan Diego Ciro Quiero y Diego Gaviria Henao, de quienes se dijo no habían manifestado las causas de la segunda cirugía practicada a la señora Luz Helena Fernández Correa, cuando expresamente la indicaron.

6.5.1. Los errores de hecho probatorios en casación no solo deben ser manifiestos, producto de la simple y llana confrontación entre lo observado o dejado de ver por el juzgador acusado y la materialidad u objetividad de las pruebas, sino también trascendentes, esto es, que de no haberse cometido, la decisión habría sido distinta.

6.5.2. Pues bien, en el caso, el juzgador de segundo grado dejó dicho que los mentados declarantes, a raíz de la segunda intervención practicada a la señora Luz Helena Fernández Correa, simplemente habían dado a conocer las circunstancias en que se encontraba la paciente, así como

⁶ CSJ. Civil. Sentencia de 27 de febrero de febrero de 2012, expediente 00537, reiterando CVII-289 y CCXXXI-645.

el tratamiento aplicado, “(...) *sin que determinen la causa de ello (...)*”.

Si bien esto último se aparta del contenido objetivo de la prueba testifical, pues los deponentes ligaron su urgente participación posterior a la cirugía reciente de laparoscopia abdominal y a la perforación intestinal ocurrida durante ese procedimiento, cierto es, ninguno atribuyó la ocurrencia de la lesión a la negligencia, a la impericia o a la falta de cuidado del médico demandado, al punto que ni siquiera hicieron referencia a la supuesta magnitud de la herida.

El cercenamiento de lo atestiguado por los médicos arriba citados, consecuentemente, en la óptica de la incidencia, carece de entidad para derruir la sentencia combatida, puesto que apreciadas las citadas declaraciones en toda su dimensión, nadie indica el hecho a partir del cual, en sentir del recurrente, era dable tener por acreditada la culpa contractual galénica. En concreto, el afirmado tamaño inusitado de la laceración.

6.6. En el cargo primero también se reprocha al Tribunal por no haber dejado demostrado el elemento subjetivo de la responsabilidad médica, a partir de la situación misma ocurrida, en particular, las secuelas en la salud de Luz Helena Fernández Correa, derivadas la perforación, y la importancia de la herida.

6.6.1. El trasfondo del ataque implica aceptar que el éxito de la pretensión indemnizatoria pendía de demostrar,

entre otras cosas, la culpa del médico demandado Juan José Uribe Pardo, bien por la actividad directa del extremo demandante, como regla general, ora por la aplicación de otros estándares o criterios excepcionales de flexibilización en esa precisa materia, como supra se anticipó.

Esto último, al ser factible, en doctrina de esta Corporación, “(...) *que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) (...); o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur [la cosa habla por sí misma] (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’ (...)*”⁷.

Lo anterior, desde luego, atendiendo las circunstancias específicas en causa, dado que la aplicación literal del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, podía dar al traste con el derecho reclamado, no obstante existir particularidades especiales que daban lugar a dinamizar o a superar esa regla general probativa.

⁷ CSJ. Civil. Sentencia de 22 de julio de 2010, expediente 0042.

6.6.2. En el caso, para el casacionista, la culpa investigada brotaba de la situación misma, esto es, aparecía acreditada, considerando que la “(...) *magnitud de la herida fue considerable o anormal (3 cms) (...)*”.

En esa lógica, en el evento de ser una lesión moderada o insignificante, ello conduciría a una doble significación. De un lado, en coherencia con el juzgador de segundo grado, se trataría de un riesgo inherente a la cirugía; y de otro, ninguna secuela habría causado a la salud de Luz Helena Fernández Correa, o si la hubo, sería leve. Ergo, incontestablemente, todo gira alrededor de la supuesta dimensión inusitada de la herida.

El *ad-quem*, empero, no pudo incurrir en el error de facto en este otro apartado enrostrado, pues el hecho fundante de la conclusión, el tamaño “*anormal*” de la perforación, no aparecía indicado ni en el informe, ni en la declaración de la patóloga Díaz González, tampoco por los médicos Diego Alfonso Lalinde Sierra, Julián Alberto Betancourt Martínez, Juan Diego Ciro Quiero y Diego Gaviria Henao, según líneas arriba quedó analizado.

Con todo, el punto concreto en cuestión para nada jugaba en la determinación de la culpa galénica, porque como la misma especialista en ese ramo de la medicina, Constanza Eugenia Díaz González, lo manifestó, “(...) *[c]ualquier solución de continuidad en la pared del órgano hueco que permita la salida de materia fecal o alimento al peritoneo va a producir las mismas consecuencias, la dimensión no es el hecho relevante (...)*”.

6.7. Lo demás se reduce a establecer si el juzgador acusado incurrió en error de derecho al valorar las pruebas pericial y testimonial en que asentó la conclusión, según la cual el procedimiento aplicado por el médico Juan José Uribe Pardo a la paciente Luz Helena Fernández Correa, fue adecuado, diligente y cuidadoso; o si cayó en la misma especie de yerro, al restarle eficacia demostrativa al concepto y a la declaración de otro profesional de la medicina, entre otras, que mostraban lo contrario.

6.7.1. Los errores de derecho en el proceso de valoración de las pruebas atañen a su contemplación jurídica, en aspectos relacionados con su consagración, oportunidad, regularidad, conducencia y apreciación en conjunto.

Se configuran, por consiguiente, cuando a un medio prohibido, incorporado extemporánea o irregularmente al proceso, o inidóneo para acreditar determinado hecho, se le confiere, sin embargo, eficacia demostrativa; o cuando la valoración conjunta de las pruebas trasgrede las reglas de la lógica, de la ciencia o de la experiencia. Igualmente, en contraste, en los casos en que se le niega tal mérito, pese a estar permitido o ser regular, tempestivo, conducente o coherente con los demás medios de convicción.

Presuponen, como es apenas natural entender, que el sentenciador no se equivocó al constatar la existencia material de los medios en el proceso, tampoco al fijar su

contenido objetivo. De ahí, el recurrente, al estructurar el error de derecho, debe hacerlo sobre la base de aceptar tales tópicos, esto es, que la prueba, al decir de la Corte, “(...) fue exacta y objetivamente apreciada pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia (...)”⁸.

6.7.2. Con relación a la declaración de terceros, la regularidad, en punto de postulación de la prueba, está sujeta a la expresión del nombre, el domicilio y la residencia de los testigos, así como a la enunciación sucinta de su objeto, como lo exige el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, y en la misma dirección, el artículo 212 del Código General del Proceso.

Se trata de requisitos formales, unos, dirigidos a identificar el órgano de la prueba, y otros, a establecer su pertinencia, utilidad o conducencia, todo a efectos de resolver sobre su admisibilidad. Los primeros, en sí, se refieren a la persona del declarante, sin ninguna calificación adicional; y los segundos, al hecho investigado, al margen del contenido intrínseco del testimonio.

Por esto, ni las condiciones específicas del testigo, ni la extensión del hecho objeto de declaración, constituyen exigencias para solicitar y decretar la prueba, pues son cuestiones que surgen después, en concreto, con su materialización. En efecto, como introito del interrogatorio,

⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 30 de mayo de 2014, expediente 00080, reiterativa de las sentencias de 19 de octubre de 2000, expediente 5442, y de 23 de junio de 2011, expediente 00388.

la edad, la profesión u ocupación, o los estudios realizados por el deponente (artículos 228, numeral 1° del Código de Procedimiento Civil y 221, numeral 1° del Código General del Proceso); y en su desarrollo, inclusive en función de esas calidades, la calificación y el rechazo de las preguntas (artículos 227, inciso 3° del Código de Procedimiento Civil y 220, inciso 3° del Código General del Proceso), en cuanto no es dable admitir cuestiones que “(...) *tiendan a provocar conceptos del declarante (...), excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia (...)*”.

Así las cosas, el juzgador comete error de derecho cuando constatada la existencia de un testimonio técnico, le niega, sin embargo, eficacia demostrativa, por no haberse impetrado como tal, porque esa exigencia no aparece dispuesta en el ordenamiento para postular la prueba.

6.7.3. Aplicadas las anteriores directrices en el *sub-lite*, pronto se advierte, el Tribunal de manera alguna se equivocó al contemplar en el campo jurídico los testimonios evocados para concluir que la conducta del demandado Juan José Uribe Pardo, durante el procedimiento quirúrgico aplicado a Luz Helena Fernández Correa, fue adecuado, diligente y cuidadoso, inclusive que la lesión causada durante la intervención constituía un riesgo inherente a la cirugía.

6.7.3.1. Las declaraciones de Joaquín Tiberio Valencia Cárdenas, Luis Ignacio Londoño, Adolfo León Uribe y

Norman Spir Yepes, profesionales en la salud, por cuanto así no hubiesen sido solicitados como técnicos, siéndolos, ello no obstaba su mérito jurídico.

6.7.3.2. El testimonio de Norman Spir Yepes, particularmente, en punto del sentimiento de indignación manifestado y el comentario contra el concepto y lo atestiguado por el galeno Luis Armando Cambas Zuluaga, porque si tales cosas lo descalificaban, lo sería en el campo objetivo, que no en el jurídico, pues para el efecto se debía aceptar que el sentenciador no se equivocó en aquel terreno.

En consecuencia, si existían circunstancias que afectaban la credibilidad o imparcialidad del deponente (artículos 217 del Código de Procedimiento Civil y 211 del Código General del Proceso), no obstante, se le concedió eficacia probatoria, debe seguirse que al denunciar el recurrente la comisión de un error de derecho, el punto fue superado por el *ad-quem*. Seguramente, al corroborar el dicho del testigo con lo manifestado por los médicos Joaquín Tiberio Valencia Cárdenas, Luis Ignacio Londoño y Adolfo León Uribe.

De ahí, si en algún yerro al respecto incurrió el Tribunal al ponderar lo vertido por Norman Spir Yepes, no lo sería en lo tocante con su regularidad, idoneidad o conducencia, sino derivado de la contemplación de las pruebas en conjunto. Sin embargo, como nada sobre el particular desarrolla la censura, al punto que ni siquiera denuncia trasgredido el artículo 187 del Código de

Procedimiento Civil, se entiende que en esa dirección el encadenamiento probatorio estuvo acertado.

6.7.3.3. Por lo mismo, al salir indemne en casación el ataque contra el dicho del galeno Norman Spir Yepes, el juzgador de segundo grado no pudo incurrir en error de derecho al traerlo para infirmar el concepto y la declaración del médico Luis Armando Cambas Zuluaga, en pro de la culpa investigada, sin importar, según lo supra indicado, que éste haya sido citado o no como testigo técnico.

Al fin de cuentas, siguiendo la lógica de lo discurrido, cualquier error probatorio en la apreciación del dictamen y el testimonio de Luis Armando Cambas Zuluaga, pendía del error de eficacia demostrativa enarbolado alrededor de lo expuesto por Norman Spir Yepes. Ergo, al no estructurarse este último, aquello tampoco, sin más, pudo configurarse.

6.7.4. Llegado a este estadio del análisis, la conclusión del Tribunal sobre que “(...) *no se probó la culpa del médico (...)*”, pues la “(...) *ocurrencia de un riesgo en (...)* una cirugía por sí sola no acredita mala práctica ni culpa (...)”, seguiría soportada en los testimonios de Joaquín Tiberio Valencia Cárdenas, Luis Ignacio Londoño, Adolfo León Uribe y Norman Spir Yepes.

Lo anterior, inclusive, en la hipótesis de haber incurrido el *ad-quem* en error de derecho al no apreciar la declaración de Jesús Vásquez Arango, bajo la consideración de no haberse pedido como técnico, siéndolo. Igualmente, en el caso de caer en la misma especie de yerro, al conferirle

eficacia demostrativa al dictamen de María Constanza Pérez Restrepo y colegir de allí que el “(...) procedimiento adelantado por el Dr. Uribe Pardo fue el adecuado para la paciente, mostrando diligencia y cuidado en su comportamiento médico (...)”.

Esto, porque cuando la sentencia acusada, al decir de la Corte, “(...) se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aún en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada”⁹.

6.7.4.1. Con todo, el error de derecho enarbolado alrededor de la prueba pericial, es inexistente, porque el Tribunal, como lo afirma la propia censura, “(...) despachó la objeción (...)”, al considerar que las razones de la misma no constituían error grave. Por esto, resulta contradictorio afirmar que el “(...) juzgado “(...) no decidió la objeción, que tampoco decidió expresamente la segunda instancia (...)”.

(i) En consecuencia, otorgada eficacia probatoria al “(...) concepto objetado (...)”, son palabras de la censura, para nada jugaba el calificado por el recurrente accidentado trámite de la objeción y la protesta por la falta de

⁹ CSJ. Civil. Sentencia de 3 de junio de 2014, expediente 00218, reiterando sentencia 134 de 27 de junio de 2005 y G. J. Tomos LXXXVIII-596 y CLI-199.

conclusión del periodo probatorio en el trámite incidental, incluyendo las aclaraciones y complementaciones del dictamen para demostrar el error grave, porque si en sentir del juzgador acusado, se trataba de argumentos para que la pericia no fuera valorada, la supuesta irregularidad quedaba asociada con una objeción inexistente.

(ii) Entonces, todo se asocia con la idoneidad del auxiliar de la justicia, pero de cara a la prueba, pues mientras para el impugnante no “(...) *emitió conceptos propios, ni calificados (...)*”, en cuanto anunció que requería “(...) *profesionales con una preparación específica (...)*”; para el Tribunal, la experta tomó “(...) *como base sus conocimientos y consultas en diferentes medios autorizados sobre literatura médica, con otros profesionales especializados en la materia, estudiando la historia clínica y demás partes pertinentes del proceso (...)*”.

El error de derecho probatorio, en punto de la versación de la perito, por lo tanto, no se estructura, pues como se observa, las críticas contra sus conclusiones no fueron rechazadas simple y llanamente por preclusión. Desde luego, una cosa es la oportunidad para reclamar sobre las condiciones especiales del auxiliar de la justicia, según el *ad-quem*, al momento de la designación, cuestión que en los términos de la acusación se entiende que no se realizó, y otra, distinta, ponderar, entre otras cosas, la competencia del experto, una vez presentado el trabajo.

(iii) La censura, en otro segmento del cargo segundo, señala que el Tribunal atribuyó a la auxiliar de la justicia, “(...) *sin ser cierto (...)*”, haber “(...) *respondido cada uno de los interrogantes formulados (...)*”.

Como lo anterior responde a la objetividad de la prueba y no a su eficacia jurídica, el error de derecho se descarta por completo. Ahora, ubicada la Corte en el cauce respectivo, se ve relevada de responder, pues no diciéndose más que lo transcrito, el error de hecho se enuncia, pero no se desarrolla, dado que si para el *ad-quem*, contrario a lo alegado por el recurrente, “(...) *hubo respuesta a cada uno de los interrogantes formulados (...)*”, se imponía ponerse de presente cuáles preguntas no fueron contestadas.

6.7.4.2. De otra parte, alrededor de lo discurrido en punto de la declaración de Jesús Vásquez Arango, el error de derecho tampoco se estructura.

Ante todo, porque la precisión aludida por la censura, simplemente la trae como parámetro de comparación, en cuanto si se pidió como testigo técnico y fue negado su mérito creyéndose no haberse pedido en ese sentido, debió negarse también eficacia demostrativa a las declaraciones de “(...) *quienes no fueron convocados en esa condición (...)*”.

En segundo lugar, porque si el testimonio tenía que valorarse, háyase o no pedido como técnico, el recurrente no indica si el deponente se refirió a la culpa del demandado. Desde luego, si la mencionó, el error sería

intrascendente, puesto que las declaraciones que salieron ilesas en casación, seguirían sosteniendo la sentencia impugnada; y si declaró la diligencia y cuidado del médico interpelado, en fin, se trataría de una prueba corroborante.

6.8. Los cargos primero y segundo, en consecuencia, no se abren paso, aún por encima de los defectos técnicos enrostrados en uno de los escritos de réplica, pues como se observa, resistieron un análisis de mérito.

7. CARGO TERCERO

7.1. Enrostra la violación indirecta de los artículos 2341, 2343 y 2347 del Código Civil, 13, 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, 9 y 10 del Decreto 3380 de 1991.

7.1.1. Lo anterior, en sentir de la censura, al dejar establecido el Tribunal, sin estar demostrado, el consentimiento informado específico para el caso, esto es, donde se haya consignado los riesgos de común ocurrencia, como la lesión del intestino, y la disposición de asumirlos la paciente.

En efecto, el consentimiento emitido lo fue de manera genérica para la Clínica Las Américas y no frente a Juan José Uribe Pardo, inclusive conferido en épocas posteriores al problema generado con la cirugía, y en el proceso no existía otro documento al respecto firmado por la interesada, ni siquiera la historia clínica unilateralmente

levantada por el demandado, como así éste lo admitió al responder la pregunta siete del interrogatorio.

7.1.2. El error de hecho probatorio, dice, llevó al juzgador acusado a violar las normas citadas, porque la falta de ese consentimiento informado, sin más, hacía responsable al médico.

7.2. Solicita, en consecuencia, casar la sentencia censurada y resolver favorablemente las pretensiones.

8. CONSIDERACIONES

8.1. Como se observa, para el casacionista, la omisión de la obligación de obtener el consentimiento informado o ilustrado, específico y no genérico, por sí, conllevaba la culpa del médico demandado Juan José Uribe Pardo.

8.2. Desde el juramento hipocrático, los médicos deben orientar la práctica médica en función de los principios de beneficencia y de no maleficiencia o *primun non nocere* del paciente. El primero, dirigido a ayudar de manera positiva a su bienestar; y el segundo, a evitar que su daño físico o síquico se incremente.

El desarrollo de las técnicas galénicas supone la experimentación y la investigación científica en favor de la población y de los futuros pacientes, pues el propósito de la profesión médica no sólo implica producir mayor bienestar posible para una gran cantidad de personas (principio de utilidad), sino también distribuir los servicios de salud de

manera equitativa a la totalidad de los habitantes, en desarrollo del mandato según el cual todos deben tener igual acceso a los beneficios de la ciencia (principio de justicia).

En los Estados fundados en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (artículos 1º, 12 y 16 de la Carta Política), para la intervención en el cuerpo de un individuo debe por lo general contarse con el permiso o la autorización del propio afectado (principio de autonomía y libertad). La práctica médica, entonces, se encuentra sometida a varios principios esenciales, los cuales tienen no sólo bases constitucionales sino también un claro soporte en normas internacionales de derechos humanos.

De ahí, el consentimiento informado o ilustrado materializa el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental, por lo tanto, de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento sugerido por el galeno, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo.

Por esto mismo, el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 (Ética Médica), exige al médico no exponer al paciente a *“riesgos injustificados”* y a solicitar autorización expresa *“para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible”*, previa ilustración de las consecuencias que de allí se deriven.

El precepto citado se complementa con los artículos 9° al 13 del Decreto 3380 de 1981, donde se prevén como *“riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo”*; se impone la obligación de enterar al enfermo o a su familia de los efectos adversos y se establece los casos de exoneración de hacerlo, con la exigencia de dejar expresa constancia de su agotamiento o la imposibilidad de llevarlo a cabo; y se deja la salvedad de que por la imprevisibilidad connatural a la profesión, *“el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”*.

El principio de autonomía como el derecho al libre desarrollo de la personalidad en aspectos de la salud, fueron desarrollados en la Resolución 13437 de 1991 del entonces Ministerio de Salud *“[p]or la cual se constituyen los Comités de Ética Hospitalaria y se adopta el Decálogo de los Derechos de los Pacientes”*, [este último ya aprobado en 1981 por la Asociación Médica Mundial en Lisboa], al determinar en el artículo 1°: *“Todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social: 1°. Su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a las instituciones de salud que le presten la atención requerida, dentro de los recursos disponibles del país. 2°. Su derecho a disfrutar de una*

comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve”.

En suma, la ley le otorga al paciente el derecho a ser informado respecto de la dolencia padecida, esto es, saber a ciencia cierta cuál es el diagnóstico de su patología, como también a consentir o rechazar el tratamiento o la intervención quirúrgica ofrecida por el galeno.

En ese orden de ideas, la información dada debe ser: i) veraz, en cuanto el médico no puede omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin de que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible.

En la misma dirección, el Tribunal Supremo Español, al decir que *“(...) ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta,*

veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento debidamente informado (...) [STS (1ª) 27 abril 2001, RJ 2001/6891]". En otro fallo insistió "*(...) en que la información ha de ser de forma clara y comprensible para el enfermo o los familiares que deben prestar el consentimiento en su representación (...) [STS (3ª) 4 de abril de 2000, RJ 2000/3258]*"¹⁰.

Como lo tiene explicado esta Corporación, "*(...) la manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no es otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado (...)*"¹¹.

Así las cosas, en definitiva, la información debe circunscribirse a la necesaria, incluyendo las alternativas existentes, para que el paciente entienda su situación y pueda decidir libre y voluntariamente. Por lo mismo, ha de enterársele sobre la enfermedad de su cuerpo (diagnóstico), el procedimiento o tratamiento a seguir, con objetivos claros (beneficios), y los riesgos involucrados.

¹⁰ Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado. Ignacio Sancho Gargallo. Working Paper n°:209. Barcelona, abril de 2004. www.indret.com"

¹¹ CSJ. Civil. Sentencia de 15 de septiembre d 2014, expediente 00052.

El consentimiento informado puede ser cualificado, cuando la información a suministrar debe ser persistente o permanente, detallada, valorada, ante todo, en casos invasivos, experimentales, ubicados en la frontera del conocimiento científico. Es autorizado o sustituto en el caso de los menores y discapacitados mentales evento en los cuales los padres, representantes legales o curadores, deben intervenir permanentemente en el cuidado de la persona para obtener el pronóstico o para prever la enfermedad, diagnosticarla, tratarla, etc.

En otras hipótesis el consentimiento es generalizado, expuesto en proformas, en fórmulas sobre los procedimientos médicos a realizar, los servicios, diagnósticos terapéuticos rutinarios sean manuales o técnicos, sin mayores particularidades. Puede revestir el carácter de presunto, como en los casos de urgencia cuando lo otorgan parientes o cercanos; expreso, cuando claramente se suministra la información requerida al paciente para obtener su determinación; o viciado, cuando media el engaño en la información otorgada. El presunto, algunas veces coincide con el tácito o implícito, como el previsto en las disposiciones para la obtención de componentes anatómicos con respecto a fallecidos, por ejemplo, para extraer las córneas.

El consentimiento informado, por regla general, es parte integral del derecho fundamental a la salud, no obstante, también reviste el mismo carácter, de tal modo que en la relación médico paciente, éste tiene el derecho a

ser informado de los alcances del tratamiento o del procedimiento, en forma *adecuada y suficiente, de modo que equilibre discreción e información.*

El galeno con la información que proporciona debe permitir la autodeterminación del policitado, para obtener su aquiescencia a fin de que voluntariamente se someta a la intervención, se concientice y asuma los riesgos y *beneficios de la terapia; y finalmente, tome su determinación sin coacción ni engaño*¹²; por supuesto, cuando es plenamente capaz y no está afectado por alguna de las circunstancias que lo tornen discapacitado o le impidan otorgar el consentimiento libremente, porque para éste último evento debe darse tránsito a la autorización del representante para el vertimiento del consentimiento sustituto.

El consentimiento informado como derecho tiene límites, y como regla tiene excepciones. Hoy, adquiere una importancia especial por virtud del principio de autonomía de que es titular el paciente, porque además de constituir un deber galénico y un derecho del usuario del servicio, se ancla en los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, y en el consecuencial derecho a la información; de modo que hoy no es viable ver la relación médico paciente desde un criterio paternalista como acontecía, dada la trascendencia de la libertad y del principio de autodeterminación (*pro libertatae*) del paciente; es decir, así

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999. Sobre este mismo tema confrontar las sentencias de *ibidem* Corporación T-401 de 1994 y T-477 de 1995.

se garantiza el principio de la autonomía de la voluntad del aquejado.

La autonomía expresada en el consentimiento, es interdependiente de los principios de beneficencia, de utilidad ligado con la investigación y la experimentación, de justicia, en cuanto que por virtud del derecho a la igualdad todas las personas pueden acceder al beneficio de la ciencia médica.

Todos esos principios y derechos se fincan en una fuerte textura con raigambre en la dogmática civil, pues se hallan fundamentados en los deberes primarios y secundarios de conducta que regulan la relación obligatoria contractual de naturaleza médica, y están relacionados rectamente con los derechos clásicos de la vida e integridad física y moral como obligada garantía, de la libertad de conciencia, la autonomía personal que prohíba la codificación civil clásica. Esos principios también se aposentaron en las constituciones decimonónicas, hoy revitalizadas vigorosamente, ante el empuje del nuevo modelo, el Estado Constitucional y Social de Derecho, y por el indudable espectro constitucional y social que reviste el derecho civil.

El derecho al consentimiento informado exige para el paciente una información asequible y veraz, tanto de su enfermedad como de los procedimientos médicos, de los efectos principales y secundarios, de las disyuntivas terapéuticas y de los medicamentos para el mejoramiento

de su salud, de tal manera que pueda adoptar la decisión acerca del acto médico quirúrgico en relación con su propia vida, o ya sea para paliar su dolor o curar su enfermedad, o sobre la intervención de que pueda ser objeto su cuerpo.

Coetáneamente, conlleva la obligación o deber jurídico para el galeno de advertir y señalar en forma principal los riesgos que comporta el acto. Esta información suministrada por el facultativo, halla respuesta en el consentimiento que otorga el paciente para aceptar o inclusive para ejercer la facultad de no consentir el camino de la cura, porque bien pudiera, si fuere plenamente capaz, abogar por el derecho a la muerte digna.

En consecuencia, deónticamente, el consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, tiene la categoría de principio autónomo. Ello es relevante en tanto al elevar su naturaleza jurídica a la categoría de principio, su alcance normativo cobra efectos interpretativos diferentes en relación (ponderación) con otros principios constitucionales y en la garantía de ciertos derechos fundamentales:

“(...) El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo

*de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana (...)*¹³.

En Colombia, aun cuando ya lo había perfilado esta Sala, el carácter de principio jurídico autónomo, fue reconocido por la jurisprudencia constitucional, al señalar: *“(...) La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio”*¹⁴.

Aunque la anterior jurisprudencia no haga referencia expresa a la Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, es diáfana su alusión y asunción por esa doctrina de los postulados del autor, especialmente en lo concerniente a la distinción entre reglas y principios. Para Alexy, como rasgo diferencial de los principios jurídicos, contrario a las reglas, pueden ser cumplidos en diferentes grados, atendiendo a las posibilidades fácticas y jurídicas reales,

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994.

razón por la cual han de entenderse como *mandatos de optimización*¹⁵.

Bajo esta concepción teórica, si el consentimiento informado es un principio autónomo, entonces, ha de ser realizado (optimizado) en la mayor medida de lo posible conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas que rodeen el caso. Ello implica además, que al tratarse de un principio, no puede concebirse jurídica y éticamente como una regla, es decir, no puede ser simplemente cumplido o incumplido. En esa línea, transitando aquélla Corte, en el precedente citado, por vía de la senda alexiana ha dicho:

*“(...) Con todo, el consentimiento informado tiene dos características que lo hacen particular. Por un lado, se trata de un principio constitucional, lo cual significa que la información que el médico le suministra al paciente no siempre resulta exigible en igual grado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales a priori, dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado (...)”*¹⁶.

8.3. En el caso, la parte recurrente acepta que la señora Luz Helena Fernández Correa, efectivamente, emitió un consentimiento informado, aunque lo califica como genérico y no específico, en cuanto se omitió ilustrar en forma expresa a la paciente la posibilidad de la lesión del

¹⁵ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, Fontamara, México, 2010.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-850 de 2002.

intestino durante la cirugía, para que así ésta pudiera decidir autónomamente si asumía o no ese riesgo.

8.3.1. Si la censura sostiene que ese requisito en concreto, a cargo del médico demandado, no fue acreditado, no obstante, el Tribunal lo dio “(...) *por establecido, sin estarlo* “(...)”, todo se reduciría a un problema de suposición de prueba, desde luego, en la hipótesis de aceptarse que los medios singularizados en el cargo, esto es, la histórica llevada por el médico en su consultorio y unas autorizaciones firmadas por la paciente (folios 160, cuaderno 1, y 460, 470, 490 y 519, cuaderno 5), únicamente contenían un asentimiento ilustrado genérico.

Se precisa, sin embargo, el requisito echado de menos por la censura, el consentimiento informado específico, el *ad-quem* lo encontró acreditado en otra autorización suscrita por la paciente, vista a folios 30/32, cuaderno 1, donde ella señaló “[r]especto a mí la decisión sobre la aplicación del (los) procedimiento(s) que me (al) paciente (...) le ha(n) recomendado el (los) Dr(es) Juan José Uribe Pardo y que según él (ellos) se denomina(n) científicamente cole lap (sic) y sobre la posibilidad de someterme(lo) a los procedimientos conexos y complementarios con el (los) anterior(es) o que sean necesarios para efectos de un mejor diagnóstico de mi(s) (las) enfermedad(es) y/o la atención de los hallazgos y complicaciones que yo pueda tener”.

Seguidamente, allí mismo manifestó que el galeno “(...) *tratante antes mencionado* (...)” le había dado la información

específica sobre su caso “(...) *el procedimiento que se me podía (...)*” realizar y en concreto el recomendado, “(...) *la justificación de su posible aplicación, la preparación para el mismo, en qué consisten las incomodidades que puede producir, sus posibles riesgos [los cuales acepto expresamente] (...)*”.

El error de hecho por suposición de pruebas, en consecuencia, es inexistente, porque si en algún yerro de la misma estirpe se incurrió, habría que buscarlo en ese documento, pero como nada sobre el particular se cuestiona, esto significa que esa conclusión probatoria, sigue amparada por la presunción de legalidad y acierto, suficiente, por sí, para seguir sosteniendo en el punto la decisión. Con todo, desde la perspectiva de la tergiversación de la prueba, la falta no se estructuraría, pues como lo pone de presente la transcripción, lo relacionado con el consentimiento informado específico fue cumplido.

8.3.2. El error de hecho tampoco se observa en la respuesta a la pregunta siete del interrogatorio, porque en lugar de confesar el médico Juan José Uribe Pardo que no obtuvo el consentimiento informado específico, afirma lo contrario, en cuanto dice que explicó los “(...) *procedimientos o conductas a seguir, con riesgos y complicaciones y que la única oportunidad que ella tenía para el alivio de su enfermedad era la colesistectomía y después de dar las explicaciones verbales, se consigna en la histórica clínica las partes fundamentales de dicha explicación (...)*”.

Si bien ahí mismo admite como verdad que, relacionado con el consentimiento informado, no hay documentos distintos al calificado como genérico, la confesión estaría ligada a otro hecho, esto es, a la inexistencia de otras pruebas para demostrar el consentimiento informado específico, y no que éste no se hubiere dado. Ahora, si la prueba del hecho el Tribunal la encontró en otro documento, se entiende que tuvo por desvirtuada esa confesión, así sea de manera implícita, en cuyo caso el problema no sería del contenido intrínseco del interrogatorio, sino del encadenamiento probatorio, respecto de lo cual en el cargo se guarda absoluto silencio.

8.4. En todo caso, dado que se trata de una cuestión de grado, determinar si en el asunto sometido a la Corte, la paciente recibió en forma autónoma el nivel de información adecuada para someterse a una intervención sanitaria, obliga al intérprete a ponderar en cada caso ciertas variables o elementos, ampliamente desarrollados en la jurisprudencia constitucional¹⁷:

8.4.1. El carácter más o menos invasivo del tratamiento. La cirugía de extracción por laparoscopia implica un grado de invasión mínima, ello hace que se trate de una técnica comúnmente aceptada por la comunidad médica para realizar la extracción de la vesícula biliar.

8.4.2. El grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. La cirugía de

¹⁷ Corte Constitucional, *Ibid.*

extracción de la vesícula biliar por laparoscopia o colecistectomía es considerada uno de los avances quirúrgicos más importantes de los últimos tiempos, razón por la cual es ampliamente aceptada por la comunidad médico científica.

Adicionalmente, debe considerarse para el caso concreto, el galeno demandado es un profesional connotado, que cuenta con la capacidad técnica y la competencia para diagnosticar y practicar el procedimiento quirúrgico de laparoscopia. Esa situación era de pleno conocimiento de la señora Luz Helena Fernández Corea, toda vez que fue el gastroenterólogo, doctor Felipe Franco Baena, de quien recibía tratamiento médico desde hacía dos años, el primero en diagnosticar la discinesia biliar y quien le sugirió que para superar los síntomas de dicha afección era necesaria la extracción de la vesícula, a través de la técnica de laparoscopia; razón por la cual, le recomendó y remitió al consultorio del doctor Juan José Uribe Pardo, especialista reconocido en la comunidad médica en la práctica de este procedimiento quirúrgico; e inclusive, lo llamó telefónicamente para conseguir una atención más inmediata (Fls. 2 y 3, C-1).

8.4.3. La urgencia del tratamiento. De acuerdo a los datos que reposan en la historia clínica, no hubo lugar a demora en la realización del procedimiento, por cuanto la cirugía se llevó a cabo el 15 de abril de 2004, un día después de la consulta (14 de abril de 2004) con el Dr.

Uribe Pardo, una vez confirmado el diagnóstico de discinesia biliar (Fls. 159 y 160, C-1).

8.4.4. El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Previo a la práctica de la cirugía el médico cirujano informó a la paciente que además de los riesgos inherentes al procedimiento, por virtud de los antecedentes registrados en su historia clínica, la práctica de la intervención quirúrgica podría conllevar un grado de afectación mucho mayor en su salud.

8.4.5. La afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica. De acuerdo a los antecedentes la cirugía se imponía como medio curativo o paliativo.

8.4.6. La existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos. El médico cirujano puso en conocimiento de la paciente que además del procedimiento de laparoscopia, existía la opción terapéutica de la colecistectomía tradicional, la cual traducía resultados similares o comparables al inicialmente referido, solo que este caso se realiza a través de incisión, razón por la cual, una vez conocidos los antecedentes clínicos, se sugirió la práctica del primero. Esta información ya era de conocimiento de la señora Luz Helena Fernández Correa, pues como se anotó anteriormente, fue su gastroenterólogo tratante, doctor Felipe Franco Baena, el primero en

diagnosticar la discinesia biliar, y quien le aconsejó la extracción de la vesícula a través de laparoscopia, para lo cual le recomendó acudir al consultorio del doctor Juan José Uribe Pardo.

8.4.7. La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. La paciente es una persona adulta con plenas facultades mentales, suficiente autodeterminación y nivel socio-cultural necesario para comprender, como policitada, en forma autónoma las implicaciones directas y colaterales que conllevaba el procedimiento quirúrgico en su persona.

8.4.8. La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito. En el caso en cuestión, el médico tratante puso en conocimiento de la paciente que sus antecedentes médicos (obesidad y laparatomía infraumbilical) constituían condicionantes que dificultaban la realización del procedimiento, y que podrían disminuir las probabilidades de éxito de la intervención (Fl. 160, C-1).

En el punto, resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposo.

Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de

planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución. Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, apareja la existencia de ciertos **riesgos inherentes** a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.

La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos: de riesgo, el cual, según la RAE, es *“contingencia o proximidad de un daño (...). Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro (...). Estar expuesto a perderse o a no verificarse”*¹⁸; e inherente entendido como aquello: *“Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello”*¹⁹. Por lo tanto, debe juzgarse dentro del marco de la responsabilidad médica que riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente

¹⁸ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 1304

¹⁹ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824.

pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la *lex artis*.

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursione por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano. De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de *la lex artis*, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento.

Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuentemente,

reparables “*in natura*” o por “*equivalente*”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.

En estas lides, cuando ha existido lesión, y simultáneamente se demuestra negligencia en el facultativo, debe hallarse un baremo o límite, el cual se halla en la normalidad que demanda la *Lex Artis*, a fin de disponer cuando fuere del caso lo consecuente con el extremo pasivo, y determinar el momento en que se incursiona definitivamente en el daño antijurídico.

El criterio de normalidad está ínsito en la *lex artis*, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la *Lex Artis*, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.

Aquí nos adentramos en el campo del criterio del riesgo general de la vida o del riesgo permitido. No deben ser imputados al demandado aquellos daños que sean materialización de los riesgos normales o permitidos en la vida en sociedad. Así por ejemplo, el ingreso de una persona en el hospital para curarse de una agresión, sin embargo, cuando sale le cae una teja, implica una relación

causal entre la agresión y la teja? ¿Si no hubiera sido agredido, la teja no le hubiera caído? ¿En este evento, existe una materialización del riesgo normal o general?

En consecuencia, los errores cobijados por el marco de excusabilidad, se relacionan con los que ocurren a pesar de la idoneidad y de la experiencia médica, punto en el cual, es bueno señalar que los médicos, están guiados, en general, por un régimen de obligaciones de medios (salvo algunas excepciones), no son infalibles, porque muy a pesar suyo y del cuidado, es probable, el paciente resulte lesionado.

8.5. El cargo tercero, por lo tanto, también resulta infundado.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 9 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por el recurrente, Alberto Velásquez Martínez, y Luz Helena Fernández Correa, Sergio, Alejandro, Felipe, Santiago y Mauricio Velásquez Fernández, Andrés y Santiago Velásquez Montoya contra Juan José Uribe Pardo y la citación de La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, la Aseguradora Solidaria de Colombia Limitada Entidad Cooperativa y Liberty Seguros S.A., llamadas en garantía.

Las costas en casación corren a cargo del demandante recurrente. En la liquidación respectiva inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que la demanda fue replicada por la demandada opositora.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
(Presidente de la Sala)

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Ausencia justificada)

LUIS ALONSO RICO PUERTA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA