

ISS - Acción de reparación directa. Caducidad / ACCION DE REPARACION DIRECTA - ISS. Caducidad de la acción / JURISDICCION COMPETENTE - ISS. Acción de reparación directa

En cuanto a la incertidumbre creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la jurisdicción competente para conocer de casos relacionados con el Instituto de Seguros Sociales, situación que fue resuelta mediante auto del 20 de febrero de 1996, razón por la cual la presentación de la demanda, el 24 de abril siguiente, se realizó en el término previsto en la ley. Nota de Relatoría: Ver providencia del 27 de febrero de 1997, exp. 12356; sentencia del cuatro de diciembre de 2006, expediente: 14.773, actor: Mario Ortiz Fontal y otros.

FALLA MEDICA - Histerectomía. Embarazo / HISTERECTOMIA - Falla médica. Embarazo

El demandado incurrió en falla médica, posterior a la hemorragia de la paciente, al no realizar todos los exámenes necesarios para descartar de manera definitiva el embarazo, el examen clínico realizado por el doctor G. A. y la patología resultaron insuficientes para llegar a una conclusión sobre tal estado, como lo demuestra de manera fehaciente el feto de 12 semanas de gestación encontrado en el útero extraído a la señora S. H. Como bien lo afirma el concepto de la regional Barranquilla del ISS, eran necesarios estudios complementarios. La histerectomía es el procedimiento quirúrgico adecuado para una miomatosis y endometriosis severa, pero previo a la misma era necesario descartar la situación de gravidez de la afectada, el no haberlo hecho así condujo al resultado trágico que se discute en el proceso.

CONSENTIMIENTO INFORMADO - Generalidades / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Características / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Carga de la prueba / CONSENTIMIENTO INFORMADO - Excepciones / PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO - Principio de la autonomía personal / PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA - Consentimiento informado

Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelejo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado. La Corte Constitucional ha considerado el consentimiento informado como un desarrollo específico de varios derechos fundamentales, principalmente el de la autonomía personal. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado. El artículo 11 del decreto 3380 1981, que reglamenta la ley 23 de 1981, establece que las dos únicas excepciones al deber de informar, por parte del médico, acerca del riesgo previsto en un procedimiento médico son: "a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico". La doctrina extranjera señala que el consentimiento informado es un proceso de ilustración continuada al paciente, que implica la posibilidad de aquél de no someterse al tratamiento propuesto por su médico y

que, además, en el proceso de información siempre debe partirse del supuesto de su ignorancia, o mejor, de su desconocimiento en la materia. Y la doctrina nacional, de otro lado, destaca que el suministro de información debe tomar en cuenta las características personales del paciente. En el presente caso, la Sala manifiesta su conformidad con la premisa básica de que el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto y acepta además que puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no solo mediante un documento que contenga la voluntad expresa del paciente. Aceptando las dos anteriores condiciones o presupuestos, se considera que en el caso materia de análisis no se otorgó el consentimiento por parte de la actora. En efecto, en las consultas del cinco y 13 de abril de 1993, el doctor G. A. informó a la paciente que el tratamiento adecuado era un legrado obstétrico, es decir una limpieza de la cavidad uterina, no obra en la historia clínica ninguna otra explicación de otro procedimiento médico. Si bien, la paciente manifestó en la consulta del cinco de abril que deseaba “sacarse la matriz”, no podía el médico entender que se estaba refiriendo a una histerectomía, como lo dejó consignado en el reporte de la consulta del 13 de abril, dado que se trata de un concepto de carácter técnico. Además, en ninguna parte de los reportes se señala que el médico informó a la paciente en que consistía el procedimiento y sus consecuencias. Tampoco es posible colegir que la paciente debía entender, de manera clara, que “HTA simple” significaba histerectomía simple, pues en todos los reportes escritos siempre se escribió tal sigla. En todo caso, en la autorización genérica de tratamiento médico suscrito por la paciente y su hermana ni siquiera se enuncia tal procedimiento. Su condición tan general y abstracta, paradójicamente la priva de contenido. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 15 de noviembre de 1995 C.P. Daniel Suárez Hernández, expediente: 10.301; sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente: 11.169, actor Vicente Segundo Sierra Pérez; sentencia del 26 de enero del 2002, expediente: 12.706, actor: Luis Alfredo Sánchez y otros. sentencias del 15 de noviembre de 1995, expediente: 10.301, actor: Emilse Hernández de Pérez y del cinco de agosto del 2002, expediente: 13.662, actor: Rubiela Cardona Carmona. sentencia del cinco de diciembre 2002, expediente 13.546, actor: Jean Daisy Holguín Monroy; sentencia del 13 de diciembre de 2004, expediente: 14.722; en el mismo sentido ver la sentencia del nueve de julio de 1993, expediente 7795; sentencia T-1229 de 2005, T-850/02 del diez de octubre de 2002 y T-762 de 2004 de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE LA VALORACION INTEGRAL DE LA PRUEBA - Prueba pericial. Valor probatorio / PRUEBA - Principio de la valoración integral / DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio. Sana crítica

En atención al principio de la valoración integral de la prueba que recoge nuestra codificación instrumental civil en su artículo 187, lo cual referido a esa sana crítica demanda que: “Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el merito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”, e igualmente, en palabras del insigne tratadista en materia de pruebas y su valoración, profesor Döhring: “... El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”. Y es que de los testimonios y demás pruebas obrantes en el

proceso, se colige sin esfuerzo alguno y con claridad meridiana, que el dictamen se quedó corto frente a la universalidad o tratamiento completo de la actividad médica, lo que hizo desequilibrar la objetividad del experticio al ocuparse sólo de una faceta dejando de lado la integralidad que demandaba el asunto sometido a estudio.

CONSENTIMIENTO INFORMADO - Falla del servicio médico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Consentimiento informado. Histerectomía / HISTERECTOMIA - Consentimiento informado

La información ilustrada, idónea, concreta y previa a la cirugía no se brindó a la paciente, por el contrario, el único tratamiento propuesto, del que se tiene constancia, es el legrado obstétrico. Tampoco se puede establecer que en el curso de los preparativos para la cirugía se brindó tal información, ni se puede concluir que la paciente entendía “sacarse la matriz” como histerectomía y que correspondía a la sigla “HTA”. Aún concluyendo que eso fuera así, no obra ninguna prueba que permita deducir que se le explicó en que consistía el procedimiento y cuales eran sus consecuencias. Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica. La histerectomía es un procedimiento quirúrgico que afecta de manera importante los intereses de la mujer, dado que la extirpación del útero y/o sus anexos implica un estado de esterilidad permanente, amen de una multiplicidad de factores, que convergen, en una visión holística, a dimensionar en todo su universo la valoración del daño corporal.

PERJUICIO EN LA VIDA DE RELACION - Infertilidad. Monto 150 salarios mínimos legales vigentes / INFERTILIDAD - Perjuicio en la vida de relación. Monto 150 salarios mínimos legales vigentes

Encuentra la Sala que del tratamiento recibido por la señora S. H., así como la infertilidad que padece en la actualidad, puede inferirse una importante afectación en su vida de relación. Así las cosas, está demostrada la existencia de este perjuicio inmaterial, además, que el mismo es de gravedad importante. Conforme a lo dicho el valor de la indemnización debe ser tasado por el juez, según su prudente juicio. En el presente caso, se pagará a la demandante la suma de 150 salarios mínimos legales mensuales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, tres (3) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 76001-23-31-000-1996-05556-01(16098)

Actor: EMILSE JOSEFINA SALOM HERRERA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de octubre de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, en la que se declaró la caducidad de la acción.

I. Antecedentes:

1. Mediante demanda presentada el 24 de abril de 1996, la señora Emilse Josefina Salom Herrera, por medio de apoderado, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales, ISS, “con ocasión de la muerte del hijo que esperaba, la histerectomía total abdominal simple y la anexectomía izquierda a que fue sometida el día 12 de mayo de de 1993” (folio 1) por parte de un médico de esa institución.

Como consecuencia de la anterior declaración pidió que se condenara a la demandada al pago, por perjuicios inmateriales, en la modalidad de daño moral y “fisiológico”, de las sumas equivalentes en pesos a 3.000 y 2.000 gramos de oro, respectivamente. Así mismo, por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, de acuerdo con los valores que se determinaran en el curso del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante narró que en el año de 1990, se le detectaron quistes en los dos ovarios, se sometió a tratamiento sin que desapareciera el problema. A mediados de marzo de 1993, presentó manchas de sangre por vía vaginal y dolor gástrico, razón por la cual le fueron practicados varios exámenes y de los mismos se estableció que estaba embarazada, tal como lo confirmó la ecografía practicada el 31 de marzo de 1993, que determinó cinco semanas de gestación y el padecimiento una miomatosis uterina. El dolor y el sangrado persistieron, lo que llevó a la actora, el cinco de abril siguiente, a consultar al doctor Edgardo González

Arismendy, quien, previo examen físico, le informó que había sufrido un aborto, le practicó una limpieza y ordenó una patología del tejido que había extraído, que confirmó el diagnóstico.

Posteriormente la misma paciente le solicitó al médico que la operara de los quistes en los ovarios y los miomas que todavía persistían, pues “deseaba tener un hijo”. La cirugía se llevó a cabo el 12 de mayo, luego de la cual, el médico tratante informó a la hermana de la actora que le había practicado a aquélla una histerectomía, acción que realizó sin autorización de ella o de su familia.

El 17 de mayo de 1993 se recibió el estudio de patología de los órganos extraídos, en el que se daba cuenta de la existencia de un feto de 12 semanas de gestación. Ese resultado “... convertía en un infierno la vida de Emilse Salom Herrera. El cirujano no solo procedió a extirpar sin autorización ni acuerdo previo su útero, sino (sic) había cegado la vida del feto que se desarrollaba dentro de la matriz “(folio 6).

El estado de infertilidad de la señora Salom Herrera y la interrupción del embarazo obedeció a fallas de diagnóstico y procedimiento médico en que incurrió el doctor González Arismendy, en su condición de médico especialista al servicio del Instituto de Seguros Sociales.

2. La demanda fue admitida el 14 de mayo de 1996 y notificada en debida forma.

El Instituto de Seguros Sociales manifestó que la atención prestada a la demandante cumplió con las más altas condiciones técnico-científicas. Debía tomarse en cuenta que la paciente, al momento de los hechos, tenía 43 años, lo que implicaba un riesgo de aborto espontáneo del 20% al 30% de los casos, riesgo que se incrementaba por la miomatosis, hipertensión arterial y obesidad que padecía. El criterio del procedimiento de histerectomía siempre fue el indicado para la miomatosis uterina severa, el cual se mantuvo como lo demuestra la

remisión del médico tratante al hospital de Sincelejo, del 11 de mayo de 1993, en la que se señaló que iba a realizar dicha cirugía. Esa situación poco facilitaba el diagnóstico de embarazo que reveló la patología posterior a la cirugía. No se podía determinar si el feto murió en el momento de la extracción del útero o antes, para lo cual se necesitaban estudios histopatológicos más precisos. Sin embargo, debía tomarse en cuenta que entre la primera ecografía, del 31 de marzo de 1993, y el examen clínico, del 22 de abril siguiente, el útero no había aumentado de tamaño.

Finalmente, propuso la excepción de caducidad de la acción, argumentando que el hecho ocurrió el 12 de mayo de 1993, o si se quiere, el 17 siguiente cuando se dieron los resultados de la patología y la demanda fue presentada el 24 de abril de 1996.

3. El demandado, en escrito separado, llamó en garantía al doctor Edgardo González Arismendy, por ser el médico tratante de la actora y quien le practicó la histerectomía, de la que se deriva el daño alegado por la paciente. El llamamiento fue admitido mediante auto del 21 de agosto de 1996.

El llamado en garantía se adhirió a la defensa del demandado. Respecto del estado de embarazo de la demandante señaló que en la ecografía del 31 de marzo no se detectó fetocardia, lo que confirmaba una gestación detenida y, además el examen de laboratorio del dos de abril siguiente, indicaba un descenso en la gonadotropina, lo que hacía pensar en la pérdida del embarazo.

4. Concluida la etapa probatoria, iniciada mediante auto del seis de febrero de 1996, y fracasada la conciliación, se corrió traslado para alegar de conclusión.

La actora alegó que no se configuró la caducidad de la acción, porque solo hasta febrero de 1996, el Consejo de Estado determinó que la jurisdicción contencioso administrativa conocería de los procesos adelantados contra el Instituto de Seguros Sociales. Insistió en la falta de práctica y la negligencia del cirujano.

El Instituto de Seguros Sociales reiteró lo dicho en la contestación de la demanda.

El llamado en garantía señaló que las obligaciones derivadas de la prestación de los servicios de salud son de medio y no de resultado, en ese sentido demostró que su conducta fue diligente y prudente y el procedimiento aplicado fue el idóneo.

II. Sentencia de primera instancia

El tribunal declaró probada la caducidad de la acción, porque desde la fecha en que se produjo la conducta presuntamente constitutiva de falla del servicio, mayo de 1993, a la fecha de presentación de la demanda, 24 de abril de 1996, habían transcurrido más de los dos años que prevé la ley para el ejercicio oportuno de la acción de reparación directa.

III. El recurso de apelación

1. La parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la anterior providencia, adujo que no había demandado “no por negligencia o ignorancia, sino por el simple hecho de encontrarse frente a una posición jurisprudencial que se lo impedía” (folio 295). Respecto al fondo del litigio, citó textualmente los alegatos de conclusión.

El recurso fue concedido el 30 de noviembre de 1998 y admitido el 24 de marzo de 1999. En el traslado para alegar de conclusión, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. Consideraciones:

1. En la sentencia de primera instancia se declaró la caducidad de la acción de reparación directa dado que los hechos por los que se demanda ocurrieron el 12 y 17 de mayo de 1993; el primero que corresponde a la histerectomía practicada a la paciente y el segundo al dictamen de patología en el que se estableció que el útero extraído contenía un feto. Sin duda entre esas fechas y la

de presentación de la demanda, 24 de abril de 1996, habían transcurrido más de dos años. La parte actora aduce que, no hizo la presentación en tiempo, debido a la incertidumbre originada en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para la última fecha citada se venía discutiendo, acerca de la jurisdicción competente en los casos del Instituto de Seguros Sociales, si era la ordinaria o la contenciosa administrativa, a ese tópico se contraía el debate.

La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que un demandante no tiene porque asumir la carga de las diferencias generadas por tal situación, por lo que la razón alegada por la actora encuentra plena justificación; así se reiteró en sentencia del cuatro de diciembre de 2006:

“El epígrafe se refiere a la demanda presentada el 5 de febrero de 1997 y para resolver el cuestionamiento, la Sala entra a determinar si los motivos por los cuales se presentó la demanda en la jurisdicción civil ordinaria ameritan adaptar en esta jurisdicción el término de caducidad, sea en casos como este o en otros de idéntica naturaleza. La respuesta es sí.

“Nótese que, cuando ha sido jurídicamente plausible...

“La Sala ha señalado en otras oportunidades que si los demandantes han acudido en tiempo ante el juez, así se declare la nulidad del proceso, no se configura la caducidad de la acción.

“Así, en la providencia del 27 de febrero de 1997 (exp. 12.356¹), la sala analizó la caducidad de la acción declarada por el tribunal de instancia por cuanto los demandantes habían instaurado la acción de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales, dos años después de haber acontecido el daño cuya indemnización reclamaban. Para el a-quo la circunstancia alegada por los demandantes de que esa misma demanda ya había sido presentada en tiempo y que posteriormente se decretó la nulidad del proceso por falta de jurisdicción, al estimarse con base en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que quien debía conocer era la jurisdicción ordinaria por haberse transformado el I.S.S de establecimiento público en empresa industrial del Estado y que después haya cambiado de criterio, según el auto de la misma sección del 20 de febrero de 1996, no revivía los términos o plazos de caducidad.

“La sala consideró que en ese caso no se configuró la caducidad de la acción, así hubieren transcurrido más de dos años de ocurridos

¹ Actor: Yenery Torres de Ávila contra el Instituto de Seguros Sociales.

los hechos que habían dado lugar a la demanda cuando ésta volvió a presentarse ante esta jurisdicción, como quiera que 'los demandantes no tienen nada que ver con el cambio de jurisprudencia, ellos simplemente se rigen por las pautas señaladas por el Juez, sin que ello obstruya la reclamación de sus derechos'. (subrayas fuera del texto) (sic).

“También se dijo que “bajo estas circunstancias, mal podría decirse que la acción instaurada en el presente caso está caducada, pues además de ser una aberrante denegación de justicia, no tendría ninguna presentación que después de haberse presentado el libelo en tiempo y haberse admitido, ahora se le diga que ya no tiene derecho a reclamar.”

(...)

“En cualquier caso, lo cierto —según las pruebas que obran en el expediente—, es que los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda que ahora se estudia ocurrieron entre los días 11 y 25 de agosto de 1993; que el actor acudió ante la rama jurisdiccional del Estado para promover su acción indemnizatoria el día 1º de agosto de 1994 —según consta a folio 15 del cuaderno principal del proceso que cursó inicialmente ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira. A partir de esta fecha y hasta el día 30 de agosto de 1996, se tramitó la litis primera referida en precedencia, cuyo desenlace fue el también ya aludido —declaratoria de nulidad de todo lo actuado y consecuente rechazo de la demanda, más de dos años después de haber sido admitida—, cuestión que obedeció a las oscilaciones jurisprudenciales en punto a la jurisdicción competente para conocer de este tipo de litigios, cuestiones que, como se ha dicho, igualmente, no dependen de la voluntad, ni son imputables a la responsabilidad de los demandantes.

(...)

“La Sala insiste, no obstante lo recién explicado, en que con la solución adoptada en este caso no se está introduciendo un tratamiento exceptivo o excepcional frente a la regla general que, en materia de caducidad de la acción de reparación directa, prevé el numeral 8º del artículo 136 C.C.A. De hecho, lo que aquí se efectúa es una aplicación rigurosa de dicha previsión legal, simplemente descontando —al momento de computar si en el presente caso transcurrieron, o no, los 2 años que el precepto legal establece, antes de ser incoada la acción—, el lapso durante el cual se prolongó un proceso judicial que resultó inane dadas las mutaciones en la jurisprudencia que más atrás se puntualizaron, oscilaciones cuyos efectos desfavorables no pueden ser, de ningún modo, atribuidos a los particulares,

como quiera que obedecen, exclusivamente, al proceder de diversos órganos de la Rama Jurisdiccional del Poder Público².

Lo dicho confirma lo alegado por el apoderado de la demandante, en cuanto a la incertidumbre creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la jurisdicción competente para conocer de casos relacionados con el Instituto de Seguros Sociales, situación que fue resuelta mediante auto del 20 de febrero de 1996, razón por la cual la presentación de la demanda, el 24 de abril siguiente, se realizó en el término previsto en la ley.

2. De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, a la demandante Emilse Josefina Salom Herrera se le brindó la siguiente atención médica:

2.1. Desde el ocho de octubre de 1991, mediante laparoscopia practicada a la paciente, se le diagnosticó: “1) Miomatosis uterina y 2) Quiste endometriósico de ovario izquierdo y derecho” (folio 49).

El 31 de marzo de 1993, se presentaron los resultados de dos ecografías, una obstétrica y otra vaginal, en la primera se diagnosticó: “Saco gestacional irregular: gestacional detenida? - quiste endometriósico anexial izquierdo con quiste simple” (folio 18) (original en mayúscula). En la segunda se determinó: “embarazo de aprox. 5 sem. + miomatosis uterina + masa anexial izqda a determinar: fibroma de ovario? Luteoma izqdo. Se sugiere control de 2 sem dependiendo de la evolución clínica” (folio 19). En el mismo se dice que respecto del saco gestacional “no logra definirse eco embrionario” (folio 19) (original en mayúscula).

El primero y dos de abril siguientes, el resultado de gonadotropina coriónica fue: “(Beta HCG): 10.183 mUI/ml, Normal: =-5 mUI/ml” (folios 20 y 21).

El cinco de abril, la paciente acude al consultorio del doctor Edgardo González Arismendy, en la historia clínica se consignó:

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del cuatro de diciembre de 2006, expediente: 14.773, actor: Mario Ortiz Fontal y otros.

“Abril 5-1993 17.45 [ilegible]

“Paciente: Emilse Salom Herrera

“EDAD: 43 años

“Acude a consulta por sangrado vaginal abundante procedente de su negocio (salón de belleza) Refiere la paciente que aproximadamente [hace] una hora fue al baño porque sentía que le baja sangre y al orinar llenó de sangre la tasa del inodoro bajándola - Motivo por el cual acude además de dolor [ilegible] sacro.

“AGO m=12 años; [ilegible] I, P==; FR=25 FC =93; hipertensa TA=140/100; recibe isoptin [ilegible]

“Examen físico paciente obesa aprox. 88 kilos; [ilegible] de piel y mucosas-ta:140/100; cardio pulmonar normal;[ilegible] irregular por miomatosis uterina.

“Exploración Gynecológica (sic) Se pasa paciente a exploración gynecológica (sic) observando sangre en las piernas y por genitales externos [ilegible] Se coloca espejito observando sangre en abundantes cantidades con restos placentarios el cual se introduce en un frasco y se envía a patología. Al tacto útero irregular, aspecto miomatoso, con orificio cervical externo entre abierto, con medidas aprox. 10 x 10 x 10 cts y con masa anexial izquierda.

“Diagnostico 1. Aborto incompleto de 1er trimestre (aprox.) [ilegible] 5 a 6 semanas=FUR

“Plan: 1. Enviar restos a patología para estudio anatomopatológico.

“2. Se le dice a la paciente que debe acudir a la clínica las peñitas (ISS) y es renuente en aceptar la recomendación por no confiar en los médicos de la clínica. Para que le practiquen un legrado obstétrico.

“3. Se le da indicación estricta de tener reposo absoluto en casa y en caso de sangrado por la noche ir a la clínica las peñitas o avisar al doctor [ilegible] que se encuentra de turno en el hospital regional de Sincelejo.

“4. Se ordena drogas [ilegible] y fenobarbital porque está aprensiva.

“5. Se le explica a la paciente que lo ideal es realizarse un legrado obstétrico pero no lo acepta porque la van anestesiar y ella mejor desea sacarse la matriz (útero) porque lo tiene lleno de miomas + quistes de ovario izquierdo (folios 106 y 107) (se subraya).

De la muestra tomada por el doctor González se presentaron los resultados el “III.6.93”, sin embargo, en los hechos de la demanda, a folio 4, se aclara que corresponde al seis de abril de ese año, en el que se lee como diagnóstico final: “Útero: restos ovulares” (folio 23) (original en mayúscula).

El doctor Álvaro Castro Castillo, quien practicó el examen manifestó:

“Los restos ovulares se encuentran en aquellos exámenes el cual (sic) los pacientes que han estado embarazadas presentan hemorragias, el cual puede ser extraído o expulsado espontáneamente, en los restos ovulares

se observa placenta, el cual indica o es característica de las pacientes que han estado embarazadas” (folio 172).

El siete de abril de 1993, el resultado de gonadotropina coriónica fue de “5,816” (folio 22). El 13 de abril, la paciente acude nuevamente al consultorio del doctor González Arismendy, en la historia clínica se dijo:

“Abril 13/93 15 [ilegible]

“Control. Acude con reporte de patología que demostró restos ovulares confirmándose histopatologicamente el diagnóstico de aborto incompleto. Se insiste a la paciente en el legrado obstétrico para terminar de limpiar el útero por presentar manchas oscuras y es renuente por la anestesia, ya que está decidida a realizarse la histerectomía abdominal simple + quistes de ovario izquierdo por miomatosis uterina, más endometriosis ovárica.

Plan: se le pide al paciente acudir al seguro social para que le autoricen remisión” (folios 106 y 107).

El 20 de abril, debe anotarse que este número no es claro, el especialista remitió a la paciente para “Evaluación prequirúrgica por cardiología- Dx Miomatosis Uterina- Plan HTA simple [histerectomía simple]” (folio 26). El 22 de abril, fecha de atención inicial en el Hospital Regional de Sincelejo, se repitió el mismo diagnóstico y plan de tratamiento. El 11 de mayo, en las órdenes médicas previas a la operación, se repite el mismo diagnóstico y plan. En las dos últimas referencias se describió el plan con las mismas siglas.

El 11 de mayo de 1993 la paciente y una hermana, Tomasa Salom Herrera, firmaron la autorización para tratamientos médicos y quirúrgicos del hospital citado. Se trata de un formato en el que se manifiesta: “Que asume todos los riesgos inherentes a tales tratamientos. Que declara libre de toda responsabilidad por los resultados de los mismos al Hospital Regional de Sincelejo y a su personal” (folio 36).

El 12 de mayo de 1993, la paciente fue intervenida por miomatosis uterina y se realizó “HTA simple”, histerectomía simple, según registro de cirugía del mismo hospital.

La parte demandante afirma que el procedimiento fue realizado sin autorización. La hermana de la paciente, Luz Marina Salom Herrera, declaró que

“...ella fue a que la operara de los quistes y no a que le mataran al muchachito porque ella anhelaba tener un hijo, eso es lo que puedo yo decir... de lo que se trataba era que se iba operar de los miomas, más no extirpación del útero” (folio 150).; la prima hermana de la demandante, Gladys del Socorro Herrera Pertuz, señaló que la actora tenía deseo de tener un hijo y que el médico “le había comentado que si se hacía la operación ella podía tener un hijo, que sacándole los quistes y los miomas tendía (sic) un hijo y no que iba a extirpar el útero” (folio 153). Tomasa de Jesús Salom Herrera, hermana de la actora dijo: “En ningún momento el Dr. González nos pidió autorización para sacarle a Emilce (sic) la matriz” (folio 155). En cuanto a la autorización al Hospital Regional de Sincelajo, para realizar el tratamiento médico y quirúrgico suscrito por ella y su hermana indicó: “Sí es mi firma donde se autoriza al médico que se haga la operación de miomas, no de extirpación de ovario, porque si él iba a hacer la extirpación de ovario ha debido salir e informarnos para nosotros darle esa autorización, como lo dije antes, la ilusión de ella era tener su bebé y yo no iba a firmar algo que fuera contra ella” (folio 156).

Sobre la autorización para realizar el procedimiento quirúrgico, el doctor Edgardo Ricardo González Arismendy, señaló lo siguiente:

“... En ninguna de las notas del expediente clínico (Historias del Regional ISS y particular), aparece que el doctor Edgardo González Arismendi (sic) le haya propuesto o sugerido a la señora Emilce (sic) Salom una cirugía restablecedora de fertilidad. Siempre se le insistió que por los 43 años de edad cumplidos, la miomatosis uterina y los endometriomas ováricos o quistes, era el tratamiento quirúrgico de elección, ya que por su edad se salía de la escala de los programas de fertilización. PREGUNTADO Diga el declarante en que momento decidió usted extirparte (sic) el útero a la paciente. CONTESTO. Eso estaba definido antes de la cirugía porque la paciente le (sic) con el médico tratante” (folios 170 y 171).

La demandante, Emilse Josefina Salom Herrera, insistió en que nunca se le dijo que se iba a practicar una histerectomía:

“PREGUNTADO. Cuando usted solicita al dr. González Arismendi (sic) que la opere de los miomas, sabía con anticipación que le iban a extirpar el útero. CONTESTO. No, eso es mentira y falso porque yo no me hubiese quedado solo con ese solo diagnóstico, ya que yo me venía tratando con Guido Parra y le hubiese consultado, si hubiese sido la operación para la

extirpación del útero, porque yo quería tener mi hijo... PREGUNTADO. En algún momento en las consultas realizadas por el Dr. González Arismendi (sic), él le explicó el alto riesgo de un posible embarazo debido a la miomatosis sufrida por usted y que este podría terminar en un aborto. CONTESTO. El me dijo, me explicó que debido a los miomas y los quistes sí podría perderlo. PREGUNTADO. En algún momento antes de la cirugía practicada por el Dr. González, éste le diagnosticó que de los resultados de la misma arrojarían para su salud mayores posibilidades de fertilidad. CONTESTO. Lo que yo quería era eso, que él me limpiara de quiste y miomas, pero no me diagnosticó que podría tener hijos... PREGUNTADO. Consta en autos que a usted el Dr. González Arismendi, una vez le practicó la limpieza a que usted ha hecho alusión, le recomendó que acudiera a la clínica La Peñitas para que le practicaran un posible legrado o limpieza, se pregunta, por qué razón no acudió a dicho centro clínico. CONTESTO. Es falso y es mentira que él recomendó ir a la clínica a hacerme legrado y limpieza... (folios 184 y 185). (se subraya)

El 17 de mayo se emitió el dictamen de patología practicado a los órganos extraídos a la paciente, en el que se diagnosticó:

“Diagnostico: Útero de 204 G ovario con:

- Cervix: Normal.
- Miometrio: Leiomioma Murakles el mayor de 2.5 cm.
- Endometrio: Decidualizado con embarazo de feto único con sexo masculino con aproximadamente 12 semanas gestacionales y placenta con maduración ligeramente acelerada para la edad gestacional.
- Ovario: cuerpo luteo del embarazo.
- Quiste: hidatide de morgagni” (folio 24).

2.2. Sobre el procedimiento quirúrgico ordenado por el doctor González Arismendi, el doctor Julio Fernando García Marichal, médico ginecólogo que atendió a la paciente en el año de 1991, señaló:

“... Esta señora en base a la historia clínica el suscrito le ordenó una laparoscopia por sospecha de una endometriosis, diagnóstico confirmado el día 8 de marzo de 1991, época en la cual se practicó la laparoscopia y además se encontró una miomatosis uterina. El 17 de octubre se le ordenó su tratamiento de Danazol, droga de elección en esta patología. En ese momento la paciente manifestaba ser señorita. Posteriormente se que la paciente más o menos dos años después, me consultó con un embarazo y amenaza de aborto y la paciente fue remitida allá, extracab, es decir a un médico diferente a los que están de planta. PREGUNTADO: Diga el declarante, en su concepto, como médico especialista que tan viable era la gestación de la señora Emilce Salom, teniendo en cuenta los tumores que

presentaba y si en esos casos está indicado la extirpación del útero. CONTESTO. El pronóstico es muy malo es una señora que tiene 43 años de edad, que tiene miomatosis y que además tiene endometriosis, en un embarazo normal no está indicado extirpar el útero, en ese momento, pero si me da el cuadro clínico de la señora en el momento puedo darle mi concepto específico, serían una ecografía, etec, (se le pone de presente el expediente y lo examina). Gonadotropina coriónica, tiene tres informes, uno de 1° de abril con 10.183 mUI/ml, a folio 20, otro, de abril 2, 10.183 mUI, folio 21 y otro en abril 7, 5.876 mUI/ml, folio 22, esto tiene un significado clínico muy importante porque en un embarazo normal la concentraciones de conodotofina de la 5 a la 10 semanas de embarazo reduplican cada dos días, me explico, que si en abril 1 la concentración es de 10.000 unidades, en abril 3 debía ser de 20.000 unidades, sin embargo, en abril 7 el resultado es de 5.816 unidades, esto prácticamente es compatible con muerte embrionaria; en marzo 6 tiene un informe de: restos ovulares, sería compatible con un aborto incompleto, por lo anterior considero que programarle una histerectomía a una señora con este cuadro clínico sería un opción porque hay otras como hacer un legrado si la paciente continua sangrando, básicamente que uno determinaría dejar limpia la cavidad antes de proceder a la cirugía... Pienso que no haya mala fe, que científicamente haya muchos parámetros para haber actuado como se hizo...

PREGUNTA. Dígame al Despacho si dentro del cuadro clínico de la señora Emilse Salom, también es una opción extirparle los quistes y los miomas sin necesidad de llegar a extirpar el útero. CONTESTO. En medicina no todo está escrito, pero en una persona mayor de 40 años, con miomatosis, con endometriosis, la conducta es extirpar el útero y los anexos (endometriomas). La endometriosis es una patología que sin ser infecciosa deja mucha fibrosis y sin ser un cáncer invade la pelvis como tal. Más bien sería criticaba de dejarle además el útero miomatoso que seguramente está infiltrado por endometriosis (adenomiosis), sin embargo, cuando el paciente se le va a hacer la cirugía se le explica detalladamente cual es el plan quirúrgico... Extirpar únicamente los quistes y los miomas, conservando anexos y útero es una solución parcial que además puede dejar como secuela la fibrosis ocasionada por la misma cirugía para una casi cirugía posterior, ya que la miomatosis y la endometriosis persistirían al practicar el procedimiento” (folio 169) (se subraya).

El médico patólogo Francisco Guillermo Marrugo Montes, sobre el examen de patología, del 17 de mayo de 1993, manifestó:

“PREGUNTADO: Diga el declarante, si en el examen de patología que usted practicó a la señora Emilse Salom Herrera, se pudo comprobar en el momento de la cirugía, que dicha señora estaba embarazada. CONTESTO: Me parece que no, que no se comprobó en el momento de la cirugía, sino que lo comprobamos nosotros los patólogos cuando examinamos pieza operatoria, es decir del útero y los anexos, los anexos son los ovarios y las trompas, es un procedimiento que llevamos a cabo para hacer los diagnósticos de patología, se hace un examen de toda la pieza, este

examen de (sic) llama macroscópico, de esta parte grande se hacen cortes pequeños al cual se le hace un tratamiento especial con fijativos y coloraciones para luego llevar esta (sic) preparaciones al microscopio, son cortes delgados de más o menos 6 micras, a ésta última le llamamos estudio microscópico, durante el examen macroscópico se encontró que el útero sustentaba un embarazo, con un feto, ahí están las medidas en el examen y que además de esto tenía varios tumores de músculo liso al cual se les da el nombre de leiomiomas. PREGUNTADO: Diga el declarante, si en su concepto era viable la gestación de la señora Salom Herrera teniendo en cuenta los tumores que presentaba. CONTESTO: Es una pregunta difícil de contestar pero le puedo decir que los miomas son frecuentemente [los que] complican los embarazos y pueden sufrir aborto, una de las consecuencias de los abortos y partos prematuros son la presencia de miomas. Es frecuente que en el tratamiento de los abortos frecuentes se encuentran que hay miomas se opera a la paciente, se le extirpan los miomas y puede tener un embarazo normal PREGUNTADO: Diga el declarante si en el caso que nos ocupa estaba indicada la extirpación del útero de la paciente. CONTESTO: Esa respuesta no la puedo dar yo porque yo no examino paciente... La presencia de miomas en el útero si produce alteraciones del tamaño del útero y de la forma, pues la respuesta es, si... La desidualización del endometrio es un proceso normal durante el embarazo, si la desidualización le ocurre a los miomas si puede contribuir a que se precipite un aborto... PREGUNTA. Explique si se presentó un aborto. CONTESTO: No había aborto, porque el aborto sale de la vagina, en este caso no se configura el aborto porque el producto de la concepciones se encontró durante el examen macroscópico, o sea cuando se abrió el útero se encontró el feto y los miomas” (folios, 165 a 167) (se subraya).

Sobre el caso, el comité ad hoc, del Departamento de Calidad de Servicio de Salud de la Seccional Sucre del ISS, el 18 de octubre de 1996, concluyó:

“DISCUSIÓN

“El aborto retenido está dado por los estudios que se habían hecho previamente de Ecografía y estudio hormonal, posteriormente el médico encuentra restos ovulares en vagina que es confirmado por el patólogo, haciéndose en este momento el Diagnóstico que había un aborto incompleto.

“En vista de que clínicamente y por patología en ese momento no hay embarazo, la decisión quirúrgica entre el médico y la paciente es la adecuada para estos casos teniendo en cuenta el diagnóstico de:

- 1.- Miomatosis uterina.
- 2.-Endometriosis ovárica.
- 3.-Masa ovárica.

CONCLUSIÓN

“En el momento en que el médico opera tiene el concepto claro que ha habido un aborto incompleto según lo demuestra el estudio ecográfico, hormonal y patológico.

“Por lo tanto era impredecible para el médico suponer que había otro embrión en útero y por lo tanto la conducta tomada se ajusta a los cánones de la especialidad” (folios 179 a 182).

En otro comité ad hoc del ISS, en Barranquilla, el acta 0095 del cuatro de marzo de 1997, se manifiesta:

“C. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

“Paciente de 41 años, GoPoAo, quien en 1991, acude a consulta por dolor pélvico y trastornos menstruales, el manejo estuvo adecuado, con orden de ecografía y laparoscopia.

“Se le diagnóstico miomatosis y quistes endometriales y le ordena tratamiento adecuado.

“Dos años más tarde Marzo/93 continua con la misma sintomatología, le comprueban el embarazo, le ordenan el eco pélvico y transvaginal, y controles de Gonadotropina coriónica.

“El 5 de abril/93, médico particular parece que encontró restos ovulares, pero llama la atención la fecha del reporte de patología III-6-93, no coincide con la fecha del examen, donde hay diagnóstico de restos ovulares.

“Es remitida a la unidad el 21 de abril/93 para la definición de la conducta, con diagnóstico de conducta de miomatosis y endometriosis.

“En la unida es remitida a ginecólogo quien previo examen físico la programa considerando que tenía miomatosis y endometriosis.

“En la unidad es remitida a ginecólogo quien previo examen físico la programa considerando que tenía miomatosis y con el reporte de patología con diagnóstico de restos ovulares, consideró que la conducta más adecuada era la quirúrgica, pudiendo haberse apoyado en estudios complementarios.

“D. CONCEPTO: DESFAVORABLE

“**PORQUE: Falló la racionalidad lógico - científica del médico que la programó al no pedir apoyo de estudios complementarios**” (folios 194) (negrilla fuera de texto).

Las conclusiones del dictamen pericial, practicado en el proceso, fueron las siguientes:

“1. Existió un aborto demostrado por evolución clínica, evolución endocrina y por estudio de anatomía patológico que llevó al doctor GONZÁLEZ ARISMENDY a considerar el caso obstétrico cerrado y dedicar su atención a la patología ginecológica residual demostrada fehaciente para lo que la solución definitiva, en una mujer de 43 años, obesa e hipertensa, es la histerectomía abdominal.

“2. ¿Qué explicación tiene que hubiera un feto al momento de la cirugía?

“Muy probablemente el doctor GONZÁLEZ ARISMENDY se enfrentó a uno de esos casos raros de aborto de un miembro de una gestación múltiple, fenómeno que ha sido llamado “El gemelo desaparecido” que generalmente ocurre en el primer trimestre de la gestación” (Robinson HP, Caines JS: sonar evidence of early pregnancy. Br J. obtet gynaecol 1977; 84:22. Y Goldstein S Subramanyam BR, Rayhavendra BN, Horii SC, Hilton S, Subchorionic Bleeding in threatened abortion: Sonographic findings and significance. Am J Roentgenol 1983; 141: 975).

“3. El expediente demuestra que siempre el doctor González Arismendy desde la primera consulta prequirúrgica hablo de solucionar el problema ginecológico de esta paciente mediante una histerectomía abdominal simple (HTA simple) y en ninguna parte del expediente, diferente de la demanda consta que hubiera ofrecido cirugía destinada a la conservación de la función reproductiva.

“4. En relación con el producto de la concepción nadie puede prever (sic) su evolución, y todo lo que se diga al respecto es especulativo, más si tenemos en cuenta que la descripción microscópica hecha por el doctor LUIS OSORIO ANAYA de la placenta informa placenta del tercer trimestre (folio 24) cuando para el día de la cirugía 12 de mayo de 1993 el embarazo apenas debía cursar las 10 semanas (primer trimestre); la maduración prematura de la placenta bien pudo ser debida a la hipertensión arterial de la madre y de haber continuado el embarazo probablemente hubiera padecido un retardo del crecimiento intrauterino o eventualmente a un óbito fetal” (folio 205 y 206).

En la aclaración del dictamen manifestaron:

“En relación con la primera pregunta en nuestro trabajo fecha el 12 de agosto de 1997 consignamos que en el reverso del folio 29 el Dr., González Arismendi esbozó su plan de tratamiento: HTA simple, lo mismo se ve en el folio 26 donde dicho Doctor solicita evaluación preoperatorio, lo que permite colegir que informó de su plan terapéutico a su paciente más aún si tenemos en cuenta que ambos documentos fueron entregados a la

paciente: El primero con la historia clínica con que fue remitida y el segundo para que pudiera practicarse la valoración preoperatorio. Creemos que estaba tan informada que firma, sin problemas, una hoja de autorización del Hospital Regional de Sincelejo (folio 36) o sea que en la autorización al Dr. González existe de manera tácita. No podemos decir que él solicitó autorización escrita.

“En relación con la segunda pregunta: cuando un cirujano solicita exámenes preoperatorios y evaluación de riesgo quirúrgico lógicamente ya tiene su diagnóstico clínico confirmados (sic) por métodos paraclínicos y por ende un plan de tratamiento; estos exámenes sirven para determinar si está o no el paciente en condiciones de recibir anestesia y su tratamiento quirúrgico propuesto. En el presente caso en diagnóstico y el plan de tratamiento existían (reverso folio 29) por lo que el médico tratante no tenía que insistir en practicar estudios diferentes al de determinar el estado preoperatorio del paciente. A folios 39, 41 y 42 aparecen exámenes practicados a esta paciente el día 27 de abril de 1993.

“El ítem 16 de la demanda comprueba el cierre del caso obstétrico o sea que para solucionar el problema ginecológico diagnosticado previamente y conocida su persistencia por examen clínico practicado el día 22 de abril de 1993 (reverso del folio 29) no tenía el médico tratante que repetir estudio de ultrasonido.

“En relación con la tercera pregunta: si se hubiera hecho un estudio de ultrasonido el día de la cirugía (12 de mayo de 1993) seguramente se hubiera informado un embarazo de once semanas teniendo en cuenta de la última menstruación normal (25 de febrero de 1993). El hecho es que de acuerdo con los análisis hechos en el peritazgo y en estas aclaraciones al médico tratante no correspondía realizar dicho examen en esa fecha“ (folios 221 y 222).

2.3. El 12 de mayo de 1993, a la señora Emilse Josefina Salom Herrera se le practicó un histerectomía simple, por parte del doctor Edgardo González Arismendy, en el Hospital Regional de Sincelejo del Instituto de Seguros Sociales, posterior a esa cirugía se estableció que el útero extraído contenía un feto de 12 semanas de gestación, aproximadamente, además la paciente manifestó que ni ella ni sus familiares autorizaron tal procedimiento quirúrgico.

Conforme a las pruebas citadas, se encuentra establecido que la señora Salom Herrera padecía, previamente, de miomatosis uterina y quistes en los ovarios, de acuerdo con un diagnóstico realizado en octubre de 1991, y que se encontraba en estado de embarazo, como lo indicaban las ecografías realizadas el 31 de marzo de 1993 y los exámenes de gonadotropina coriónica, del primero y

dos de abril siguientes, que informaban de cinco semanas de gestación. El primer examen indicaba dificultades, ya que se interrogó sobre la detención de la gestación y en el segundo se registró un índice de 10.183 que, en un segundo examen de la misma índole, practicado el siete de abril siguiente, fue de 5.816, dicho indicador debía duplicarse de uno a otro, como bien lo indica el doctor García Marichal. El cinco de abril anterior, la demandante presentó hemorragia uterina anormal, que el doctor Edgardo González Arismendy diagnosticó como un aborto incompleto, el cual fue confirmado por un dictamen de patología, en el que se determinó que la muestra, tomada por el médico tratante, correspondía a “restos ovulares”. Posteriormente, el 12 de mayo del mismo año, el mismo médico practicó una histerectomía a la paciente y en el útero extraído se encontró un feto. Sobre estos hechos no existe discusión en el proceso.

2.4. Los interrogantes a despejar en el presente caso se orientan a determinar si la histerectomía realizada a la paciente era el tratamiento médico adecuado a su situación de salud. Si fueron suficientes los exámenes médicos practicados para determinar el estado de embarazo de la afectada y si hubo consentimiento informado de su parte, para el procedimiento quirúrgico que se le practicó.

2.4.1. Respecto de la histerectomía el doctor García Marichal, quien atendió, en el año 1991, a la señora Salom Herrera, indicó que podía ser una opción dada la condición médica de la paciente: 43 años de edad, miomatosis y endometriosis, además de un reporte de embarazo deficiente y de un aborto incompleto. Otro procedimiento, el legrado obstétrico, consistente en la limpieza de la cavidad uterina, podía ser una solución, aunque incompleta, no era descartable.

En el dictamen pericial se señaló que la histerectomía era el tratamiento adecuado a la condición clínica de una paciente de 43 años, obesa e hipertensa, respecto de la cual se había cerrado el caso obstétrico, por el aborto incompleto, y se debía dedicar atención a la patología ginecológica.

La doctrina médica define la histerectomía como “la extirpación quirúrgica del útero que ocasiona la incapacidad para quedar en embarazo (esterilidad)” y es el procedimiento indicado por “endometriosis en los casos en los que el dolor es severo y no responde a otros tratamientos no quirúrgicos” para mujeres que la padecen “con enfermedad o síntomas severos que no tienen intenciones de quedar embarazadas en el futuro”³. Debe anotarse, sin embargo, que en el evento de aborto incompleto, “en el que no se han expulsado todos los productos de la concepción”, el cual se diagnosticó también en la presente situación, el legrado también es un procedimiento indicado: “En la mayoría de los casos, se lleva a cabo un procedimiento quirúrgico llamado legrado para retirar el material remanente del útero. El objetivo de este tratamiento es prevenir el sangrado prolongado o la infección”⁴.

Si la histerectomía fue el tratamiento correcto depende de la respuesta al segundo interrogante, dado que sí era claro que no era necesario verificar que la paciente se encontraba embarazada, después de la hemorragia uterina, el procedimiento de extracción del útero era una opción viable. Debe anotarse, en todo caso, que siempre existió la posibilidad de un procedimiento más benigno, como era el legrado obstétrico, y así lo señaló la historia clínica elaborada por el doctor González Arismendy, quien anotó, en las consultas del 5 y 13 de abril de 1993, que le informó a la paciente que ese era el procedimiento indicado.

2.4.2. Es claro que el embarazo de la señora Salom Herrera presentaba dificultades antes de la histerectomía, así lo señalaban los exámenes practicados entre el 31 de marzo y el siete de abril de 1993. También que la muestra tomada después de la hemorragia, el cinco de abril anterior, indicaba un estado de embarazo previo, como lo precisó el doctor Castro Castillo, quien practicó la patología que reveló restos ovulares. Sin embargo, el hallazgo de un feto de aproximadamente 12 semanas, después de la histerectomía, determinó que, respecto del mismo nunca se presentó un aborto, pues, fue encontrado dentro del útero extraído, como bien lo precisó el médico citado. El doctor García Marichal

³ Medline Plus, Servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU. y los Institutos Nacionales de Salud, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm>.

⁴ Medline Plus, Servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU. y los Institutos Nacionales de Salud, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm>.

anotó que para tener un cuadro clínico completo de la paciente era necesaria, entre otras, una ecografía.

Los conceptos de los comités del ISS son opuestos, el de la regional Sucre, determinó que el diagnóstico de aborto incompleto, establecido por medio de la patología y el examen clínico, hacía impredecible al médico suponer que en el útero se encontraba otro embrión. El de Barranquilla emitió un concepto negativo, porque el médico debió pedir “estudios complementarios”, aunque no precisó cuales.

El dictamen pericial señala que la existencia de un feto en el útero podía corresponder al fenómeno del “gemelo desaparecido”, que se da en el primer trimestre de embarazo. En cuanto a la evolución de 12 semanas del feto encontrado, señaló que podía deberse a la hipertensión arterial de la madre, pues, para el día de la cirugía, el embarazo apenas debía cursar la décima semana. Por último señaló, en la aclaración, que de acuerdo con los análisis médicos, no correspondía realizar, el día de la histerectomía, un ultrasonido a la paciente.

Debe anotarse que la doctrina señala que “hasta el 10% de las mujeres presentan sangrado vaginal en algún momento durante su embarazo, especialmente durante el primer trimestre (primeros 3 meses) y es incluso más común cuando se esperan mellizos” (se subraya). Uno de los medios idóneos para realizar el diagnóstico es la ecografía abdominal⁵, al respecto se ha manifestado:

“... en toda mujer en edad reproductiva con ciclos regulares y exposición sexual, ante cualquier retardo menstrual con posterior hemorragia se deben descartar, en primera instancia, complicaciones del embarazo tales como aborto, embarazo ectópico, o enfermedad trofoblástica. En el examen físico se pueden encontrar signos de Chadwick, útero aumentado con signo de Hegar, restos ovulares en cuello uterino o vagina, etc. La prueba de embarazo (HCG) y la ecografía, son básicos en el diagnóstico. Una vez diagnosticada, el tratamiento debe ser específico⁶ (se subraya).

⁵ Medline Plus, Servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU. y los Institutos Nacionales de Salud, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm>.

⁶ Luis Ernesto Pérez Agudelo, “Hemorragia uterina anormal: enfoque basado en evidencias. revisión sistemática, en revista med 15 (1): 68-79, 2007.

Para la Sala resulta difícil obviar el hecho de que en el útero extraído a la señora Salom Herrera fuera encontrado un feto de 12 semanas de gestación, si bien todo revelaba un embarazo con graves dificultades, lo cierto es que la hemorragia uterina anormal de la paciente y aun los restos ovulares encontrados en la patología, no demostraban de manera definitiva la interrupción del embarazo. En efecto, las causas de dicha hemorragia podían ser varias: embarazo gemelar, embarazo ectópico o aborto, en todos, uno de los medios diagnósticos para determinar la causa de tal situación, es una ecografía.

Por lo anterior, la improbabilidad de encontrar un embrión, como se afirmó en el concepto del comité de la seccional Sucre del ISS, y el cierre del caso obstétrico, aseverado en el dictamen pericial, resultan afirmaciones cuestionables. Es forzado señalar que la maduración del feto fue ocasionada por la hipertensión de la madre, cuando la evolución de 12 semanas de gestación, que correspondería al 12 de mayo de 1993, coincide con la evolución de cinco semanas, establecida en las ecografías del 31 de marzo anterior. Resulta contradictorio afirmar que el hallazgo de un feto en el útero podía corresponder al fenómeno del gemelo desaparecido, como dice en el dictamen pericial, y, después, en la aclaración, indicar que no era necesario repetir el examen de ultrasonido, siendo el medio diagnóstico más idóneo para establecer tal fenómeno.

El demandado incurrió en falla médica, posterior a la hemorragia de la paciente, al no realizar todos los exámenes necesarios para descartar de manera definitiva el embarazo, el examen clínico realizado por el doctor González Arismendy y la patología resultaron insuficientes para llegar a una conclusión sobre tal estado, como lo demuestra de manera fehaciente el feto de 12 semanas de gestación encontrado en el útero extraído a la señora Salom Herrera. Como bien lo afirma el concepto de la regional Barranquilla del ISS, eran necesarios estudios complementarios. La histerectomía es el procedimiento quirúrgico adecuado para una miomatosis y endometriosis severa, pero previo a la misma era necesario descartar la situación de gravidez de la afectada, el no haberlo hecho así condujo al resultado trágico que se discute en el proceso.

2.4.3. Respecto del consentimiento informado de la paciente, en la consulta del cinco de abril de 1993, en la que se le atendió además la hemorragia, de acuerdo con la historia clínica, el doctor González Arismendy aconsejó a la paciente acudir al ISS para que le practicaran un “legrado obstétrico”, recomendación en la que insistió el 13 de abril siguiente, en una segunda consulta. En la misma historia clínica, el médico dejó constancia que, en la primera entrevista, la paciente manifestó que deseaba “sacarse la matriz”, y en la siguiente que estaba “decidida a practicarse la histerectomía abdominal simple”, dado su estado de salud. También debe anotarse que en la remisión al ISS, la atención inicial, en lo que respecta a las ordenes médicas previas a la operación y en el registro de cirugía del Hospital Regional de Sincelejo, siempre se dijo que el procedimiento a realizar era una histerectomía simple, con la sigla “HTA simple”. Sobre dicho punto hace énfasis el dictamen pericial, por cuanto varios de esos documentos fueron conocidos por la paciente y de ninguna parte de la historia clínica se puede deducir la intención de recuperar la función reproductiva de la misma, como lo afirmó en la demanda.

Además, previo a la operación, la paciente y su hermana, firmaron una autorización de tratamientos médicos y quirúrgicos. Según los peritos esta autorización, más el conocimiento de los anteriores documentos, permiten deducir una autorización tácita de su parte.

El doctor García Marichal anotó que, cuando a la paciente se le va a practicar la cirugía, en este caso, la histerectomía, se le debe explicar “detalladamente cual es el plan quirúrgico”

Sin embargo, la propia paciente, dos de sus hermanas y una prima en primer grado manifestaron que en ningún momento se había autorizado la extracción del útero y que lo único que quería es que le extrajeran los miomas y quistes que se encontraban en dicho órgano y en sus ovarios, pues no deseaba quedar estéril. El doctor González Arismendy manifestó que la situación de salud, no permitía conservar la fertilidad de la paciente.

Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelejo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado, así lo determinó la Sala en sentencia del tres de mayo de 1999:

“Obra en el expediente copia del documento suscrito por la menor y su madre, señora Marta de Sierra en el que se hizo constar que renunciaban “a cualquier reclamación en caso de que, como consecuencia de los exámenes o tratamientos practicados en el Instituto, quedare alguna incapacidad funcional u orgánica” (fl. 59 C-3).

“Este documento no exonera de responsabilidad a la entidad demandada, por las siguientes razones:...

“b) En segundo lugar, dicho documento no reúne las características del consentimiento informado pues no sólo no contiene una aceptación por parte de los representantes legales de la paciente del procedimiento terapéutico específico que se le va a practicar sino que también carece de información sobre las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo.

“Allí sólo se autoriza en forma genérica la práctica de todos los exámenes que el Instituto considere necesarios, inclusive examen post-mortem y el someterse al tratamiento que el mismo indique para la enfermedad.

“Se destaca que la Sala en sentencia del 15 de noviembre de 1995⁷ consideró que el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada...

“c) Por último se observa que la renuncia previa a reclamaciones por daños derivados de hechos ilícitos, culposos y en el caso de las personas jurídicas de derecho público por falla en el servicio no puede ser admitida porque tiene causa ilícita (arts. 15 y 1522 del C.C.). Adicionalmente, en el evento de que fuese legal la disposición del derecho de la menor a accionar que pretendía ejercitar la madre requería la previa autorización judicial (art. 489 ibídem). Por lo tanto, el documento aportado por la entidad demandada no podrá tenerse en cuenta para exonerarla de responsabilidad”⁸.

La Corte Constitucional ha considerado el consentimiento informado como un desarrollo específico de varios derechos fundamentales, principalmente el de la autonomía personal. En la sentencia T-1229 de 2005 señaló:

⁷ C.P. Daniel Suárez Hernández, expediente: 10.301, actor: Emilse Hernández de Pérez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente: 11.169, actor Vicente Segundo Sierra Pérez.

“Ha considerado esta Corporación en su jurisprudencia que ... el derecho constitucional y en particular en lo relacionado con los derechos fundamentales de toda persona, el paciente tiene el derecho a conocer, de manera preferente y de manos de su médico tratante, la información concerniente a su enfermedad, a los procedimientos y/o a los medicamentos que podrán ser empleados para el mejoramiento de su estado de salud, con el fin de que pueda contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan, en uso de sus derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la autonomía personal, otorgar o no su asentimiento acerca de las actuaciones médicas que incidirán en su salud, y en su propia vida”⁹.

⁹ Sobre el mismo tema se puede consultar las sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-597 de 2001, T-850 de 2002, T-1025 de 2002, T-510 de 2003, y T-1021 de 2003. La misma Corte ha señalado que el consentimiento informado implica un cambio de modelo en la relación médico-paciente, en la sentencia T-762/04 comentó:

“El sustrato filosófico de esta forma de manejar y entender las relaciones médico-paciente entró en crisis durante los siglos XV al XVIII. Había tomado auge la idea de que las personas son sujetos morales autónomos con capacidad para decidir en todo aquello que les afectara de forma decisiva, surgiendo la noción de los derechos individuales y colectivos, civiles y políticos y ya en el siglo XIX económicos y sociales. En la ilustración aflora de este modo el principio de autonomía y Kant su gran artífice al afirmar que la ley moral no puede provenir de fuera del sujeto, sino que es el propio hombre, actuando racionalmente el que tiene que dársela a sí mismo. Así pues, el principio del respeto de la persona (principio kantiano) pertenece a una concepción moral, en la que se dice que la dignidad del ser humano reside en su autonomía moral, y por tanto, en su libertad (principio de autonomía).

“Es un hecho incontrovertible que el tema del consentimiento informado es ajeno a la tradición médica, que lo ha desconocido a lo largo de su historia, si bien en la actualidad constituye un presupuesto esencial de la relación médico-paciente, lo que redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial. Sobre este particular señalan algunos autores contemporáneos que “el consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos”.

“Lejos queda entonces aquella medicina paternalista, basada esencialmente en el principio de beneficencia, donde el médico decidía aisladamente la actitud terapéutica adecuada a cada paciente (“todo para el enfermo, pero sin el enfermo”). Había entonces la errónea tendencia a pensar que un ser en estado de sufrimiento o bajo la molestia de alguna anomalía en la salud, no era capaz de tomar una decisión libre y clara, por cuanto la enfermedad no solo afectaba a su cuerpo, sino también a su alma. Antaño, la relación médico-paciente era de tipo vertical, de forma que el médico desempeñaba el papel de autor y el enfermo, el de desvalido (la palabra enfermo proviene del término *infirmus*, es decir, sin firmeza, pero no solo física, sino también moral; de ahí que tradicionalmente se haya prescindido de su parecer y consentimiento).

“Este sustancial cambio, en el que se pasa de un modelo de moral de código único a un modelo pluralista, que respeta los diferentes códigos morales de las personas, ha sido motivado por muy diversos factores: por una parte, la pérdida de esa atmósfera de confianza que, en épocas pretéritas, presidía indefectiblemente las relaciones médico-paciente, y por otra parte, la complejidad creciente y correlativa especialización del ejercicio de la medicina, determinante, en último término, de una sensible deshumanización de su ejercicio”.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado, en sentencia del 26 de enero del 2002, se dijo:

“Si bien, la atención científica dispensada al demandante fue diligente y la indicada, es del caso analizar el punto relativo al consentimiento que del paciente respecto de su intervención, debe mediar, a fin de exonerar de toda responsabilidad al tratante, y en el caso a la Administración. Ya se ha dicho que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que su prueba corre a cargo del demandado, en atención a la situación de privilegio en que se encuentra fácticamente, para procurar la verdad dentro del proceso.

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

“Por ello importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente.

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

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

(...)

“El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos

concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.

“En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”¹⁰.

En igual sentido se ha pronunciado la Sala, sobre la necesidad de consentimiento informado expreso, respecto de procedimientos ginecológicos que tienen como consecuencia la esterilidad de la paciente, es el caso de la sentencia del 13 de diciembre de 2004, en la que se condenó a una entidad estatal por una tubectomía pomeroy practicada sin consentimiento:

“De la valoración de estos medios de convicción, a la luz de la sana crítica, resulta claro que la administración compromete su responsabilidad patrimonial. En efecto, del análisis de las declaraciones de los facultativos, se desprende que la cirugía consistente de la ligadura de la trompa de Falopio derecha de la señora Rojas de Franco se realizó sin su consentimiento, privándole de decidir si era de su interés o no someterse a esta cirugía. Tampoco se evidenciaba que esta intervención quirúrgica fuese necesaria para salvar la vida de la paciente, o para recuperar su salud, por lo que los facultativos debieron obtener su consentimiento para practicar esa cirugía previa ilustración de las consecuencias que se derivarán con la realización de este procedimiento quirúrgico”¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero del 2002, expediente: 12.706, actor: Luis Alfredo Sánchez y otros. La Sala ha condenado por la falta de información idónea al paciente o sus familiares en sentencias del 15 de noviembre de 1995, expediente: 10.301, actor: Emilse Hernández de Pérez y del cinco de agosto del 2002, expediente: 13.662, actor: Rubiela Cardona Carmona. En ambos casos no se advirtió de los efectos adversos de una tiroidectomía y de la corrección de una atresia auricular. Sobre consentimiento ilustrado ver sentencia del cinco de diciembre 2002, expediente 13.546, actor: Jean Daisy Holguín Monroy

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2004, expediente: 14.722, William Franco Agudelo y otros. En el mismo sentido ver la sentencia del nueve de julio de 1993, expediente. 7.795.

El artículo 11 del decreto 3380 1981, que reglamente la ley 23 de 1981¹², establece que las dos únicas excepciones al deber de informar, por parte del médico, acerca del riesgo previsto en un procedimiento médico son: “a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia T-850/02, del diez de octubre de 2002, sobre un procedimiento de esterilización de una persona con síndrome de Down:

“Con todo, el consentimiento informado tiene dos características que lo hacen particular. Por un lado, se trata de un principio constitucional,¹³ lo cual significa que la información que el médico le suministra al paciente no

¹² La Ley 23 de febrero 18 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, prescribe:

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

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

Así mismo el decreto 3380 de 1981, que reglamenta la ley, determina:

“ARTÍCULO 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

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

¹³ En Sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), F.J. 14, la Corte reiteró el carácter de principio del consentimiento informado y cualificado, el cual ya había establecido en la Sentencia T-401/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Al respecto sostuvo: “15- El anterior análisis ha mostrado que, tal y como esta Corte ya lo había señalado, la ‘información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio’, por lo cual es ‘un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes’. Por consiguiente, ‘la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26)’” (resaltado fuera de texto).

siempre resulta exigible en igual grado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales *a priori*,¹⁴ dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado.¹⁵ Entre las variables que deben ser tenidas en cuenta en estas situaciones, la Corte ha puesto de relieve las siguientes:

- “a) El carácter más o menos invasivo del tratamiento. Si todas las demás variables permanecen constantes, entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.¹⁶
- “b) El grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. A su vez, el grado de aceptación clínica del procedimiento determina la cualificación del consentimiento. Cuando existan dudas acerca de la aceptación clínica de un procedimiento o tratamiento, debe efectuarse una junta médica con la participación de un epidemiólogo clínico, quien debe informar al paciente acerca de las características del mismo.¹⁷
- “c) La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito. De tal forma, cuando existan condiciones que dificulten la realización de un procedimiento, o que disminuyan significativamente las probabilidades de éxito, el médico debe informar al paciente de dicha circunstancia.¹⁸

¹⁴ La Sentencia T-401/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo al respecto: “... resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos” F.J. 3.2.3. Por su parte, en la Sentencia SU-337/99 F.J. 17, expresó: “17- No es pues posible, dada la complejidad de los casos concretos, formular unas reglas rígidas sobre el alcance de la información que debe ser suministrada por los médicos. Tan sólo se puede establecer una pauta, como la señalada en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia, la cual permite evaluar, dadas las particularidades de las distintas situaciones, si los profesionales de la salud han cumplido o no con su obligación de información. Sin embargo, tal y como esta Corte ya lo ha indicado en anteriores ocasiones, algunas características de los tratamientos inciden profundamente en el deber de revelación de parte de los médicos y en la importancia de la obtención explícita del consentimiento.” (resaltado fuera de texto).

¹⁵ La Corte ha dicho al respecto que: “16. La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado y cualificado. Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, le imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables...” Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

¹⁶ Ver Sentencia T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁷ Ver Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En un sentido general, ver también SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) F.J. No. 12.

¹⁸ *Ibid.*

- “d) La urgencia del tratamiento. Cuando la demora en la realización de un procedimiento ponga en riesgo la salud o la vida, el médico debe sopesar este factor y, si es del caso, entrar a protegerlos, aun sin el consentimiento expreso del paciente.¹⁹
- “e) El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Cuando un tratamiento o procedimiento signifique un riesgo para ciertos derechos o intereses del paciente, en principio, la información necesaria para que se pueda prestar válidamente el consentimiento es mayor.²⁰
- “f) La afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica. Así, en algunos casos resulta aceptable que se practiquen determinados procedimientos sin necesidad de informar detalladamente al paciente para obtener su consentimiento, cuando están de por medio los derechos de terceras personas, como sería el caso de la aplicación de una vacuna para evitar que se propague una epidemia.²¹
- “g) La existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos. Cuando existan otros tratamientos o procedimientos que produzcan resultados similares o comparables, el médico debe informar de esta situación al paciente, si observa que hacerlo redundaría en interés del paciente.²²
- “h) La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. Cuando existan circunstancias subjetivas del paciente que afecten su capacidad de comprensión, el médico debe velar por que éste tenga la mayor comprensión posible acerca de sus repercusiones, sin afectar otros intereses que puedan estar en juego. Esto último supone que, si bien en la mayoría de los casos resulta conveniente que el paciente conozca las consecuencias de cada opción, en otros, cierta información puede terminar alterando su juicio, impidiéndole tomar una decisión autónoma. Por lo tanto, es responsabilidad del médico juzgar cuál es el nivel adecuado de información que debe suministrar al paciente, a partir de una evaluación de su situación particular.²³

¹⁹ T-477/95.

²⁰ Sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-411/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-474/96 (M.P. Fabio Morón Díaz).

²¹ SU-337/99 F.J. No. 13.

²² SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-337/99 F.J. No. 14, T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

²³ T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-411/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-474/96 (M.P. Fabio Morón Díaz); SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) F.J. No. 15. Con todo, en esta última sentencia, la Corte resaltó el carácter excepcional de la situación en la cual el exceso de información resulta perjudicial al paciente. Al respecto destacó: “Con todo, esta Corte precisa que este privilegio terapéutico es excepcional, por lo cual los riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser

“De tal modo, sólo a partir de una ponderada combinación de los anteriores elementos puede calificarse, en cada caso concreto, el nivel de información que requiere el paciente para adoptar la decisión autónoma de someterse a una intervención médica sobre su cuerpo.

“En el presente caso el procedimiento de esterilización quirúrgica definitiva o tubectomía resulta altamente invasivo de su propio cuerpo, por lo cual adquiere relevancia la primera de las variables descrita. Por otra parte, afecta el ejercicio de su derecho a la procreación, pues le impide tener hijos, por lo cual también resulta relevante la variable descrita en el literal e) *supra*.”

La doctrina extranjera señala que el consentimiento informado es un proceso de ilustración continuada al paciente, que implica la posibilidad de aquél de no someterse al tratamiento propuesto por su médico y que, además, en el proceso de información siempre debe partirse del supuesto de su ignorancia, o mejor, de su desconocimiento en la materia:

“Galán Cortes enseña que “dentro del marco de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz, recibe del sanatorio información bastante, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, conciente y activamente en la adopción de las decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad”²⁴.

“Lo más significativo del concepto transcrito es que pone de resalto que lo referido al consentimiento informado se trata de un actividad informativa de tracto sucesivo o ejecución continuada que no se agota por lo general en un acto único.

(...)

“... Obviamente que la exigencia del consentimiento informado supone que alguien pueda negarse a ser sometido a un tratamiento médico, tal como quedó visto con anterioridad. La exigencia del consentimiento informado y la validez o la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno.

(...)

evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico, no sólo debido a la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía sino también porque diversas investigaciones han concluido que son muy raros los casos en donde se pueda sostener que informar adecuadamente al paciente, con discreción y sensibilidad, es más peligroso para su salud que ocultarle información”

²⁴ Galán Cortés, El consentimiento informado de usuarios de los servicios sanitarios, p.19.

“En cuanto a la obtención del consentimiento informado, debe partirse de la base de la ignorancia del paciente, y de ahí que el médico no debe esperar a ser interrogado por el paciente sino que la información debe fluir de él”²⁵.

Y la doctrina nacional, de otro lado, destaca que el suministro de información debe tomar en cuenta las características personales del paciente:

“Ya hemos señalado que cada paciente es un ser humano único, diferente e irreplicable, con un esto moral y psicológico propio, que debe ser tenido en cuenta a fin de determinar su resistencia anímica, su resistencia anímica, su capacidad de sobre ponerse a impactos psicológicos, su capacidad de captar hechos relevantes referidos a problemas de salud, de ordenar sus conocimientos; sus facultades de comprensión y de formación de intenciones; si el dolor, el sufrimiento y el temor lo determina internamente, etc. Percibir lo anterior lo determina internamente, etc. Percibir lo anterior resulta útil para determinar, entre otras cosas, si el paciente se encuentra en las condiciones de recibir información (posibilidades físicas y morales), cuál es el momento apropiado para suministrársela, qué términos se deben utilizar, en fin, para graduar la forma y el contenido de la información”²⁶.

A su turno, el profesor y tratadista argentino, Bueres, hace énfasis en que siempre debe tomarse en cuenta la voluntad del paciente:

“Estimamos que si el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, absolutamente lúcido, y se opone a someterse a la actividad médica, el facultativo no podrá desconocer la voluntad de aquél (ni ella podrá ser suplida por una autoridad judicial).

“No interesa concluir de tal modo que el enfermo no esté grave o que su estado sea angustiante. Tampoco cuadre distinguir entre un tratamiento médico -de técnica y resultados seguros, en apariencia- y una operación de cirugía que supone peligro para la salud del sujeto. En el campo de la medicina todo tipo de asistencia es incierta, por más simple que sea, y muy frecuentemente acontece que una terapia común se torna más riesgosa, - en cuanto a los resultados dañosos- que una operación complicada.

²⁵ Roberto Vázquez Ferreyra, Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, Buenos aires, Hammurabi, 2002. p. 35 y 37.

²⁶ María Patricia Castaño de Restrepo, El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, Bogotá, Temis, 1997, p. 77.

“Esto motivos y el primordial respeto del derecho subjetivo personalísimo a la integridad corporal, valida la solución propugnada, al menos en todo Estado que se precie de respetar las libertades individuales”²⁷.

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

En efecto, en las consultas del cinco y 13 de abril de 1993, el doctor González Arismendy informó a la paciente que el tratamiento adecuado era un legrado obstétrico, es decir una limpieza de la cavidad uterina, no obra en la historia clínica ninguna otra explicación de otro procedimiento médico. Si bien, la paciente manifestó en la consulta del cinco de abril que deseaba “sacarse la matriz”, no podía el médico entender que se estaba refiriendo a una histerectomía, como lo dejó consignado en el reporte de la consulta del 13 de abril, dado que se trata de un concepto de carácter técnico. Además, en ninguna parte de los reportes se señala que el médico informó a la paciente en que consistía el procedimiento y sus consecuencias.

Tampoco es posible colegir que la paciente debía entender, de manera clara, que “HTA simple” significaba histerectomía simple, pues en todos los reportes escritos siempre se escribió tal sigla²⁸. En todo caso, en la autorización genérica de tratamiento médico suscrito por la paciente y su hermana ni siquiera se enuncia tal procedimiento. Su condición tan general y abstracta, paradójicamente la priva de contenido.

²⁷ Alberto J. Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, Buenos Aires, Ábaco, Tomo I, p. 108 y 109.

²⁸ El artículo quinto de la resolución 1995 de 1999, del entonces ministerio de Salud, en la que se regula lo concerniente a las historias clínicas, establece: “Generalidades. La historia clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.”

De acuerdo con lo anterior no se encuentra acreditado el consentimiento informado que según el demandado dio la paciente sobre la histerectomía que se le practicó. En ese sentido la Sala se aparta de las conclusiones del dictamen pericial, dado que los medios probatorios citados anteriormente, no podían entenderse como un consentimiento tácito.

En efecto, al igual que con los demás medios de prueba, la ley le otorga al juez la libertad para apreciar el dictamen de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como quiera que resultaría absurdo que el fallador se viese obligado por un dictamen dudoso, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia, o a los otros medios de prueba obrantes en el proceso, porque como lo ha dicho la doctrina:

“Esa sujeción servil haría del juez un autómeta, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en los jueces de la causa, lo cual es inaceptable... el juez jamás está ligado por conclusiones de los peritos y debe apreciarlas a la luz del conjunto de elementos probatorios, y como advierte Louis Mallard²⁹, el dictamen ayuda al juez, sin ligarlo”³⁰.

En atención al principio de la valoración integral de la prueba que recoge nuestra codificación instrumental civil en su artículo 187, lo cual referido a esa sana crítica demanda que: “Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el merito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”³¹, e igualmente, en palabras del insigne tratadista en materia de pruebas y su valoración, profesor Döhring: “... El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”³².

²⁹ Mallard: *L'expertise judiciaire*, París, 1955, pág. 14.

³⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba*, Medellín, Editorial Dike, 1ª edición, tomo II, 1977, pág. 348, 351 y 352.

³¹ *Ibidem*, pag. 339.

³² Erich Döhring, *La prueba su práctica y apreciación*, Buenos aires, ediciones Jurídicas Europa América, 1972, pag. 248.

Y es que de los testimonios y demás pruebas obrantes en el proceso, se colige sin esfuerzo alguno y con claridad meridiana, que el dictamen se quedó corto frente a la universalidad o tratamiento completo de la actividad médica, lo que hizo desequilibrar la objetividad del experticio al ocuparse sólo de una faceta dejando de lado la integralidad que demandaba el asunto sometido a estudio.

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

La histerectomía es un procedimiento quirúrgico que afecta de manera importante los intereses de la mujer, dado que la extirpación del útero y/o sus anexos implica un estado de esterilidad permanente, amen de una multiplicidad de factores, que convergen, en una visión holística, a dimensionar en todo su universo la valoración del daño corporal³³

³³ La histerectomía es la pérdida del aparato reproductor femenino, con una ostensible afectación del patrimonio biológico, que como se sabe, lo constituye cada uno de los órganos, aparatos y sistemas con sus respectivas funciones, por ello la histerectomía evidencia como manifestación del daño corporal, secuelas: a) anatómicas evidentes: pérdida de la matriz; b) funcionales: pérdida de la menstruación. Incapacidad para la concepción uterina; c) estéticas: cicatriz operatoria o laparotómica; d) síquicas: muy frecuentes e importantes. La pérdida del aparato reproductor femenino, bien de manera parcial –histerectomía-, o total, -anexohisterectomía-, que es el caso de la paciente, en cuanto a su función y significado suele motivar complejos de castración, inferioridad y masculinización. Depresiones. Neurosis, incluso psicosis exógenas; e) morales: derivadas de la hospitalización del riesgo quirúrgico de la secuela anatómica y funcional etc. El perder la capacidad de gestación o maternidad produce un efecto frustrante de gran repercusión moral. Sobre el tema puede consultarse a Pérez Pineda, Blanca y García Blázquez Manuel, Manual de valoración y baremación del daño corporal, editorial Comares, Granada, España, 1991.

Si bien el pronóstico sobre la fertilidad de la señora Salom Herrera no era el mejor, ello no obstaba para que decidiera de manera autónoma sobre tal condición, su voluntad expresa era decisiva para el curso del tratamiento médico, más aún, cuando existía la posibilidad de otro procedimiento, como el legrado obstétrico, propuesto por el médico tratante. Debe agregarse que no se presentaba ninguna circunstancia de incapacidad o urgencia que excusara tal consentimiento.

De otro lado, sobre la dimensión existencial de la maternidad y la función de la reproducción se ha dicho:

“En la maternidad, la mujer encuentra la oportunidad maravillosa de experimentar directamente este sentido de inmortalidad. La función reproductora de la hembra no es simplemente un acto individual, único o repetido, en el plano biológico. Por el contrario, los acontecimientos biológicos como tales pueden ser concebidos como manifestaciones individuales de la fluctuación humana universal entre los dos polos de creación y destrucción, y como la victoria de la vida sobre la muerte. En tal sentido, esas manifestaciones biológicas son expresadas en sentimientos primitivos, en cultos religiosos y en el más avanzado pensamiento filosófico”³⁴.

Se concluye, entonces, que en el presente caso no se estructuró el consentimiento informado que se requería para practicar la histerectomía a la demandante Emilse Salmo Herrera, lo que es un derecho estatutario del paciente y de manera consecencial, un correlativo deber del galeno. Pero aun así y todo, si en gracia de discusión se diera por establecido lo contrario, que no lo es en verdad, ello no relevaría de responsabilidad a la demandada, como quiera que era necesario descartar el estado de gravidez de la paciente a efectos de llevar a cabo el procedimiento de histerectomía, todo lo cual se sintetiza en la conclusión del comité *ad hoc* del ISS obrante a folio 194, que categóricamente señala: “Falló la racionalidad lógico - científica del médico que la programó al no pedir apoyo de estudios complementarios”, medio de convicción, que conforme a los razonamientos ya expuestos torna en apodíctica realidad, la falla del servicio.

³⁴ Helene Deutsch, La psicología de la mujer, segunda parte, Buenos Aires, editorial Losada S.A., tercera edición, 1960, pág. 9.

De acuerdo con lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará la responsabilidad de la entidad demanda por la falla del servicio en la que incurrió por la interrupción del embarazo de la demandante, mediante histerectomía que no fue autorizada por la misma.

3. Respecto de la indemnización de perjuicios, los materiales solicitados no fueron acreditados en el proceso, por lo que se negará su reconocimiento.

En cuanto al perjuicio inmaterial deprecado, es posible deducir, sin mayor esfuerzo, que la señora Emilse Salom Herrera, por la interrupción del embarazo y la esterilidad a que se encuentra sometida, sin su consentimiento, está moralmente afectada, y que dichas pérdidas le generan un sentimiento de pesar.

Conforme a lo expresado en sentencia reciente, esta Corporación ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; se ha considerado que la valoración de este perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y se ha sugerido igualmente la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado³⁵. Por lo anterior, se condenara al demandado al pago de dicho máximo a la demandante.

En el mismo sentido, encuentra la Sala que del tratamiento recibido por la señora Salom Herrera, así como la infertilidad que padece en la actualidad, puede inferirse una importante afectación en su vida de relación. Así las cosas, está demostrada la existencia de este perjuicio inmaterial, además, que el mismo es de gravedad importante. Conforme a lo dicho el valor de la indemnización debe ser tasado por el juez, según su prudente juicio. En el presente caso, se pagará a la demandante la suma de 150 salarios mínimos legales mensuales.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

4. La Sala se abstendrá de pronunciarse sobre el llamamiento en garantía, dado que no fue objeto del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 28 de octubre de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, la cual quedará así:

DECLÁRASE a Instituto de Seguros Sociales, patrimonialmente responsable por los daños causados a Emilse Josefina Salom Herrera por la histerectomía practicada el 12 de mayo de 1993, en el Hospital Regional de Sincelejo.

CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales, a pagar, por concepto de daño inmaterial, en la modalidad de perjuicio moral y daño a la vida de relación, a Emilse Josefina Salom Herrera, la suma equivalente en pesos a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales.

DENIÉGANSE las demás pretensiones de las demandas.

Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA