

## ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA-Deficiente valoración integral de las pruebas

(...) el Tribunal incurrió en un defecto fáctico por cuanto omitió valorar integralmente las pruebas, lo que condujo a tener por demostrado un hecho pese a que el material probatorio obrante en el expediente daba cuenta de lo contrario. Esta valoración irrazonable del material probatorio tiene una incidencia directa en la conclusión de la inexistencia de la falla en el servicio, y por lo mismo, implica la invalidez de la conclusión a la que llegó el juez de instancia.

## ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

## ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA-Cumplimiento del requisito de subsidiariedad

(...) la acción de tutela se interpuso contra una sentencia de segunda instancia por la presunta ocurrencia de unos defectos que no podrían haber sido ventilados mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión.

## DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración/DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

## DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO-Configuración

(...), el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.

## DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

PRECEDENTE JUDICIAL Y ANTECEDENTE JUDICIAL-Diferencias

PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL-Diferencias

PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL-Alcance y carácter vinculante

(...), los jueces tienen un deber de obligatorio cumplimiento y es el de: (i) acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o (ii) sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia.

SEPARACION DEL PRECEDENTE-El funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición

DEFECTO POR ERROR INDUCIDO O POR CONSECUENCIA-Configuración

(...), se presenta cuando la autoridad judicial es víctima de factores externos al proceso que lo determinan o influyen a tomar determinada decisión que resulta contraria a derecho o a la realidad fáctica del caso.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Requisitos

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Características

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Desarrollo jurisprudencial en el ámbito del acto médico/CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Jurisprudencia constitucional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T-018 de 2023

Referencia: Expediente T-8.669.881

Magistrado ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política,<sup>1</sup> y 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sección Tercera, Subsección A y la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que negaron la acción de tutela presentada, por medio de apoderado, por los ciudadanos Aurora Jiménez Jiménez, Carlos Gaspar Jiménez, María Mónica Jiménez, Yonjaver Maca Jiménez y Derly Patricia Rojas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 24 de junio de 2021, por medio de la cual se revocó la sentencia de primera instancia y se negaron las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio

del medio de control de reparación directa.

## I. ANTECEDENTES

1. El 18 de noviembre de 2013, el señor Gaspar Jiménez acudió nuevamente al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E, puesto que sufría de dolor intenso en su zona abdominal, diagnosticado como “dolor a la palpación en hipocondrio derecho, Murphy positivo, taquipneico” motivo por el cual debieron operarlo, mediante un procedimiento de cirugía de colecistectomía por laparoscopia, derivando en la extracción de su vesícula.<sup>3</sup>

1. El 20 de noviembre de 2013, el señor Robinson Alexis Gaspar Jiménez fue operado, retirándole la vesícula. En la descripción del procedimiento quirúrgico se consignó: “Asepsia Antisepsia. Mediante técnica americana inserción de trocar umbilical de 10mm. Bajo visión directa introducción de puerto epigástrico de 10mm y puerto en hipocondrio derecho de 5mm. Disección e identificación de las estructuras del triángulo de Calot. Bajo visión crítica doble clipaje y sección de arteria y conducto cístico. Colecistectomía cistofundica durante la cual hay expulsión de cálculos a cavidad los cuales se retiran uno por uno. Verificación de heomstasia. Retiro seguro de trocares cierre de fascia con vicril 1 y piel con perlone 3.”<sup>4</sup>

1. El 23 de noviembre de 2013, debido a una evolución médica presuntamente normal, con taquicardia como único evento sospechoso identificado por los médicos tratantes, se le da el alta médica.<sup>5</sup>

1. El 26 de noviembre de 2013, el señor Robinson Alexis Gaspar Jiménez volvió a acudir al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. porque padecía dolores abdominales intensos. Razón por la cual, se le realizaron diferentes exámenes que arrojaron que tenía una infección aguda y debían operar; sin embargo, el quirófano se encontraba lleno y en consecuencia, debían remitirlo a otro centro médico.<sup>6</sup> Sin embargo, no se logró la remisión “por ser vinculado”.

1. El 27 de noviembre de 2013, luego de complicaciones identificadas como “choque, hemobiloperitoneo 3000cc, fétido, cístico clipado parcialmente, no se evidencia sitio de

sangrado, sangrado en capa de lecho hepático, omento fétido con áreas de isquemia”, el paciente se lleva al servicio de urgencias por indisponibilidad de unidades de cuidado intensivo. Finalmente, presentó dos paros cardiacos respiratorios y falleció a las 7:32 am.7

1. Los hoy accionantes, en su condición de familiares del señor Gaspar, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E, con el propósito de que se declarara patrimonialmente responsable por los daños y perjuicios causados con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico, que dio lugar a la muerte de Robinson Alexis Gaspar Jiménez.

1. El Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, mediante fallo de 2 de junio de 2017, declaró administrativa y patrimonialmente responsable al hospital demandado por los perjuicios causados a los demandantes, pero no por la falla en el servicio médico, sino por la pérdida de oportunidad en la atención. En sustento de la decisión se expuso que si bien se pudo establecer que Robinson Alexis Gaspar Jiménez falleció a causa de una peritonitis, no se pudo atribuir dicho daño a una falla en las atenciones médicas y quirúrgicas que se le suministraron en el Hospital San José en los días previos a la atención del 26 de noviembre de 2017, pues, no se aportó prueba pericial en ese sentido debido a que la parte actora desistió de su práctica y, aunque en el proceso obraba un documento rendido por dos cirujanos que atribuía la sepsis que padeció el paciente a una fuga en el muñón quístico, esta prueba no podía valorarse porque constituía un dictamen que no se sometió a contradicción y, aun cuando se valorara, se deduciría que en ella tampoco se establecía que la fuga aludida obedeciera a una falla médica. Así, según el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán se pudo establecer que cuando el paciente ingresó por última vez al centro médico, ese 26 de noviembre de 2017, lo hizo en estado crítico y a pesar de ello no pudo ser operado de inmediato sino hasta después de 5 horas de ordenada la cirugía, circunstancia a la que si bien no se le podía atribuir su muerte, por la falta de prueba técnica que así lo indicara, en aplicación del principio de iura novit curia si permitía inferir una disminución de la expectativa de sobrevivencia, por lo que estimó que se configuró una pérdida de oportunidad atribuible a la entidad accionada y declaró su responsabilidad, con la disminución de las indemnizaciones en el 50%, ante la ausencia de un porcentaje específico que permitiera determinar la posibilidad de sobrevivencia.

1. Que bajo ese contexto se configuraron perjuicios morales, respecto de los que aclaró que solo podían reconocerse a favor de la madre de la víctima los perjuicios a nombre propio, y, además, el daño a la salud para Aurora Jiménez Jiménez, Carlos Gaspar Jiménez y Derly Patricia Rojas, madre, hermano y novia del fallecido, de quienes se pudo establecer mediante dictamen, sufrieron una depresión mayor su muerte. De igual manera, según el fallo de primera instancia en el proceso de reparación directa, no se demostró el perjuicio de lucro cesante en tanto que no se pudo establecer que la víctima auxiliara económicamente a su madre, en tanto que quienes comparecieron a declarar solo determinaron ayudas

ocasionales de aquel para con su familia. Así, había lugar a condenar a la accionada al 0.5% del valor de las pretensiones a las que se accedió.

1. Puntualmente sobre el consentimiento informado, la parte accionante sostuvo lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

“Y que no se venga a decir ahora, como lo intenta el Hospital demandado que la cirugía denominada “COLECISTECTOMIA POR LAPAROSCOPIA” comportaba el riesgo de fuga del muñón del cístico, pues nunca al paciente, ni a sus familiares se le informó de ese peligro, pues en su defecto, no se hubiera corrido ese riesgo, pues en esta hipótesis era más peligroso el procedimiento que la patología que tenía. Pero lo cierto es que nunca al paciente, ni sus familiares fueron informados de tal riesgo, para de manera consciente, y con el debido conocimiento haberlo asumido, pues en la Hoja de CONSENTIMIENTO INFORMADO, no se menciona para nada este riesgo.

De manera que por este aspecto se incurre en otra falla del servicio autónoma, que constituye de por sí un daño autónomo, cual es la violación del consentimiento informado a que tenía derecho la paciente.

La omisión de ilustrar e informar al paciente sobre las condiciones y consecuencias del acto médico constituyó, en un primer momento de la jurisprudencia, un elemento indicativo de la indebida prestación del servicio de salud.

Posteriormente se ha venido sosteniendo que tal omisión es en sí misma una falla del servicio, salvo que éste no se haya podido obtener por tratarse de una situación de urgencia o de peligro inminente para la vida del paciente que hiciera indispensable su inmediata intervención. Así, la falta de consentimiento previo e idóneo es un elemento constitutivo de falla del servicio en tanto comporta el incumplimiento de un deber legal y por lo tanto la carga de la prueba del adecuado cumplimiento de tal obligación radica exclusivamente en la entidad prestadora del servicio.

Se entiende igualmente a partir de las consideraciones expuestas por la Sala en la sentencia de 3 de mayo de 2007, que la no obtención del consentimiento informado puede presentarse, respecto del paciente, como un daño autónomo indemnizable.”<sup>8</sup>

1. A su turno, inconformes con la decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la referida decisión. En el recurso de apelación presentado por la parte actora, se plantea la discusión en torno al consentimiento informado, así, expuso en su recurso el apoderado de la parte demandante: “Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el médico hizo un clipaje doble y que este se desclipó espontáneamente, como a manera de especulación plantearon los médicos tratantes, significa que quedó mal clipado el cístico, pues no se clipa el cístico, para que este se desclipse inmediatamente, pues eso sería un error médico, y esa circunstancia no debe obrar en contra del paciente, de forma que si el desclipaje espontáneo fuera un riesgo previsible de esta cirugía, así debió haberse advertido en el consentimiento informado del paciente, y no se hizo, como se puede observar en ese documento.”<sup>9</sup> (negritas y subrayas fuera del texto)

1. Demanda de tutela. Los accionantes promovieron acción de tutela contra el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, con ocasión de la sentencia de fecha del 20 de junio de 2017 dentro del proceso de reparación directa, donde los hoy accionantes actúan como demandantes, y así mismo contra la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, con ocasión de la sentencia de fecha 24 de junio de 2021, debido a que en ambos casos, según los accionantes, se transgredieron los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la igualdad y dignidad humana. Señalaron que en el presente caso se configuró un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, debido a que las autoridades judiciales accionadas señalaron que no existía prueba pericial que demostrara con certeza que la lesión de la víctima se hubiera originado en un procedimiento médico erróneo. A su juicio, esto desconoce que en Colombia no existe una tarifa legal para demostrar la falla en el servicio en asuntos de responsabilidad médica.

1. Afirmaron que: “el TRIBUNAL (sic) echa de menos la ‘prueba técnica’ que entiende que necesariamente debe de ser un peritaje, pero en el proceso obran dos pruebas técnicas, una elaborada por el Subgerente científico del Hospital demandado, y otra, que es denominada ‘ANÁLISIS DE MORTALIDAD’, elaborada por dos cirujanos en coordinación con el área de cirugía, que son resultado de un estudio de auditoría de la calidad solicitada por la parte demandante respecto de la atención y la muerte de ROBINSON ALEXIS GASPAS denominado ‘resultado de análisis de un evento adverso’, que fueron aportados por el Hospital demandado, pero que ni el Juzgado, ni el Tribunal le dieron valor probatorio, porque según su dicho no se trataba de un peritaje. El Tribunal dice darle valor probatorio, pero no le da la interpretación técnica científica que de él se deriva, sino que le da una ‘interpretación libre’, para concluir que estos documentos no dicen lo que dicen.”<sup>10</sup>

1. Por ello, concluyeron que los juzgadores también incurrieron en una defectuosa valoración probatoria que conllevó a que equivocadamente afirmaran que no se probó la falla en el

servicio médico. En línea con lo anterior, expusieron la configuración un defecto fáctico, puesto que no se valoró todo el material probatorio allegado al expediente de reparación directa, sino que se excluyó el análisis de pruebas sustanciales para declarar la responsabilidad por falla en el servicio, como por ejemplo, el informe denominado “análisis de mortalidad” o el “informe realizado por la Subgerente Científica de la misma entidad”.

1. Según los accionantes, la historia clínica no fue correctamente valorada, puesto que en su criterio: “el TRIBUNAL (sic) resolvió el caso con base en una prueba inexistente, pues si bien el Hospital demandado en la transcripción que hace de la historia clínica lo menciona, no aportó el formato firmado a mano por el paciente (que es que tiene valor probatorio para demostrar esta circunstancia y que es una carga de la prueba de la entidad asistencial demandada), como lo exige la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado”.<sup>11</sup>

1. Según el escrito de tutela, este defecto también se configura porque en ambas instancias se decidió con base en los testimonios de los médicos tratantes, pese a que eran testigos sospechosos por tratarse de los profesionales cuyos actos médicos se estaban cuestionando.

1. Por lo anterior, el demandante advirtió que; (i) el Hospital Universitario San José E.S.E no allegó el formato original del consentimiento informado con la supuesta firma del paciente; (ii) ambas instancias del proceso ordinario desecharon el contenido de pruebas indispensables para declarar la responsabilidad por falla en el servicio; (iii) los juzgadores tanto de primera y segunda instancia otorgaron plena credibilidad a los testimonios de los médicos tratantes sin percatarse que sus dichos contrariaban la historia clínica y a su vez no estaban probados con ningún otro medio de prueba; (iv) el resultado adverso no se generó por culpa del paciente tal y como lo señaló el ad quem; (v) recuento de las pruebas aportadas por la parte demandante y que no fueron valoradas en su conjunto o sobre las que se realizó una valoración defectuosa para no responsabilizar a la entidad demandada por falla en el servicio; (vi) se demostró que hubo demora en la intervención que requería el paciente con urgencia y así mismo se probó que no se le prestó el servicio de unidad de cuidados intensivos a pesar de necesitarlo, lo cual configura pérdida de oportunidad que fue desconocida por completo por el juez de segunda instancia.<sup>12</sup>

1. Finalmente, señalaron que se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente porque no se tuvieron en cuenta los pronunciamientos en los que el Consejo de Estado<sup>13</sup> ha establecido que “si bien estos casos se encuentran inmersos en la teoría de la falla probada, no se exige que para demostrar la responsabilidad en la prestación del servicio médico se requiera de ‘CERTEZA’ que pruebe dicha falla, sino que se acude a la concepción de la ‘causalidad probabilística’ en la que no se exige un estándar imposible de cumplir como

ahora lo establece el Tribunal por cuanto la única manera de establecer con certeza que fue en la cirugía de colecistectomía en la que se presentó el error en el procedimiento, es que la cirugía se hubiera grabado, lo cual no se utiliza en nuestro medio".<sup>14</sup>

1. Trámite procesal de la acción de tutela. Los accionantes radicaron acción de tutela el día 26 de julio de 2021.<sup>15</sup> Así mediante providencia de 27 de julio de 2021, se admitió la demanda de tutela, se ordenó notificar a las autoridades judiciales accionadas y se vinculó al Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. y a la señora Liliana Burbano Jiménez como terceros interesados en el proceso. <sup>16</sup>

1. Contestación de la parte accionada. El Tribunal Administrativo del Cauca señaló que se remitía a sus consideraciones expuestas en sentencia del 24 de junio de 2021, en la que declaró: "se hizo un análisis pormenorizado de las razones que sustentaron la decisión, sin que se evidencie vía de hecho alguna, en la medida que se ajustan a las normas y criterios jurisprudenciales aplicables al caso".<sup>17</sup> Así, la parte accionada precisó que no es cierto que haya fundamentado su decisión en un consentimiento informado inexistente, pues el consentimiento obraba dentro del expediente y se hizo una transcripción en la providencia cuestionada, en la que, contrario a lo afirmado por el accionante, sí se indicó la ubicación de dicha prueba en el expediente, así como de cada una de las otras pruebas relevantes frente a las cuales no se planteó tacha de falsedad por parte los demandantes.

1. Señaló que la decisión se sustentó en la jurisprudencia aplicable al caso y en la valoración e interpretación adecuada, según las reglas de la sana crítica, de las pruebas debidamente aportadas y, por tanto, concluyó que "de modo alguno puede afirmarse que el fallo acusado contraríe abiertamente el acervo probatorio obrante en el expediente, ni que vulnere los derechos fundamentales de la parte actora".<sup>18</sup>

1. Por lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia o, en su defecto, se niegue el amparo solicitado, dado que no se vulneraron los derechos fundamentales de los tutelantes.

1. En el mismo sentido, el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., se opuso al amparo solicitado tras considerar que era improcedente, toda vez que los argumentos de la demanda de tutela se reducían a las mismas explicaciones bajo las cuales intentó la parte actora, se decretara su responsabilidad en el proceso de reparación directa. Afirmaron que no existió una indebida valoración de las pruebas. Señalaron que cosa distinta es que en ambas instancias se descartara la existencia de una falla en el servicio médico, así como de una pérdida de oportunidad.

1. Mencionaron que los tutelantes, buscaban que el “informe de análisis de mortalidad” elaborado por la subgerencia científica del hospital sea considerada la prueba de la falla del servicio, cuando ese documento ya fue valorado y se estimó que “contrario a acreditar un error, demuestra que lo ocurrido en el paciente implica una complicación propia de la colecistectomía por laparoscopia, cirugía a la cual debía ser sometido el paciente”.<sup>19</sup> En su criterio, lo que se pretende es reabrir la discusión frente al diligenciamiento del consentimiento informado, sin tener en cuenta que lo debatido en torno a esa prueba era si se advirtieron o no los riesgos del procedimiento, evidenciándose que desde el inicio se aceptó la existencia del documento.

1. También sostuvieron que no se pretende restarle valor probatorio a los testimonios de los profesionales de la salud bajo el argumento de que eran los médicos tratantes del señor Gaspar Jiménez, sin considerar que justamente estos profesionales, por sus conocimientos técnicos y por ser quienes asistieron al paciente, podían explicar directamente lo ocurrido de manera clara.

1. Sentencia de tutela de primera instancia. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2021, negó la acción de tutela. Indicó que, contrario a lo expuesto por la parte actora, la autoridad judicial accionada sí valoró las pruebas allegadas al expediente, incluidos los informes rendidos por la subgerencia científica del Hospital Universitario San José E.S.E y el análisis de mortalidad.

1. Según el Consejo de Estado, en ejercicio de la autonomía funcional en el fallo de primera instancia de tutela el Tribunal accionado estimó en su providencia que el informe de la subgerencia científica del Hospital no era determinante para establecer la ocurrencia de una falla médica, toda vez si bien en ese informe se indicó que se presentó un evento adverso derivado de una complicación de la cirugía de colecistectomía por laparoscopia realizada al señor Robinson Alexis Gaspar Jiménez, ello no resultaba suficiente para reconocer que el procedimiento quirúrgico había sido erróneo.

1. De igual manera, según el fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la autoridad judicial accionada precisó que de las conclusiones del estudio de mortalidad que se considera no valorado, se desprendía que el paciente presentó una evolución adecuada en los 3 días de postoperatorio, pues toleraba adecuadamente la vía oral y no tenía signos de irritación peritoneal, lo que sugería que para ese entonces no cursaba con un cuadro infeccioso.

1. En adición a lo anterior y en relación con el consentimiento informado, la Sección Tercera sostuvo que: “Finalmente, se advierte que es cierto que los documentos allegados con la contestación de la demanda por el hospital demandado corresponden a una transcripción de la entidad y en ellos figura que el consentimiento informado fue suscrito por la víctima, mientras que en los documentos allegados por la parte demandante con la demanda de tutela –que es un formato del hospital demandado– no aparece la firma del señor Robinson Alexis Gaspar Jiménez. No obstante, la Sala precisa que este aspecto debió ponerse en consideración del juez natural dentro del proceso de reparación directa –lo que no ocurrió si se tiene en cuenta que en el acta de la audiencia de pruebas celebrada el 26 de enero de 2017 se lee “El Despacho dicta el auto de sustanciación No. 82 del 26 de enero de 2017 en el que se determina: PRIMERO: Correr traslado de las pruebas documental aportada hasta esta instancia. SEGUNDO: Se notifica en estrados. Sin objeción En firme. No hay tachá frente a los documentos”– y no esperar a que se dictara un fallo adverso para hacer un planteamiento en ese sentido, bajo el entendido de que este –el juez natural– es el primer encargado de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos.”<sup>20</sup>

1. Según la Sección Tercera, la declaratoria de negar las pretensiones de la tutela, fue producto de un análisis con una carga argumentativa razonable y válida. Por lo anterior, consideró la sentencia de primera instancia, que no se configuraron ni los defectos fácticos o procesales alegados.

1. Sobre el presunto desconocimiento del precedente, se expuso que el resultado del litigio depende principalmente de lo que se encuentre acreditado en cada proceso. En ese sentido, el hecho de que se falle de manera diferente en uno y otro caso, no implica la configuración de ese defecto.

1. Impugnación. Los accionantes impugnaron la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Tercera, Subsección A y solicitaron su revocatoria reiterando de nuevo sus pretensiones, exponiendo los argumentos señalados en el escrito de tutela relacionados con la indebida valoración probatoria y el desconocimiento del precedente. Agregaron que si el juez al momento de valorar las pruebas oportunamente allegadas al proceso, procede a excluir el contenido de alguno de los medios de prueba sin exponer ni motivar la razón por las cuales excluye el contenido, se vulnera el debido proceso.

1. Expusieron que las pruebas allegadas al proceso indicaban que se presentó un evento adverso como complicación del procedimiento médico consistente en la “fuga del muñón cístico”, que presuntamente se generó por la atención brindada por el hospital accionado y no por patologías que padecía el paciente. Indicaron que pese a que en el expediente reposaban elementos probatorios que demostraban que se configuró una pérdida de oportunidad, el Tribunal le restó valor y no los tuvo en cuenta para proferir la decisión.

1. Sentencia de tutela de segunda instancia. El 4 de febrero de 2022, la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió la impugnación y confirmó la sentencia de primera instancia. Empezó por reiterar las reglas sobre el defecto fáctico de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Posteriormente, reiteró las reglas en materia de desconocimiento del precedente.

1. Señaló que la Sentencia de 24 de junio de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca no incurrió en vía de hecho por defecto fáctico, pues la decisión de revocar la providencia de primera instancia estuvo soportada en un estudio razonable de los hechos, pruebas y norma aplicable al caso concreto, lo que le permitió concluir que el Hospital Universitario San José E.S.E: (i) utilizó las herramientas que tenía a disposición para tratar la patología que presentaba el paciente; (ii) no incurrió en algún error o negligencia en la atención; (iii) que la muerte del paciente no fue producto de la cirugía de colecistectomía por laparoscopia y (iv) no se incurrió en una falla del servicio.

1. En relación con el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, se indicó que la prueba pericial no es la única que da certeza de la falla del servicio. Sin embargo, los elementos probatorios allegados en el proceso deban tener la entidad suficiente para demostrar una causalidad entre el hecho y el daño producido. En este sentido, no podía desconocerse que de los elementos probatorios allegados en el proceso, esto es, los informes de subgerencia, de mortalidad, los testimonios del personal médico y la historia clínica, no se podía establecer que se hubiere incurrido en una falla del servicio imputable al Hospital Universitario San José E.S.E.

1. Así las cosas, concluyó el fallo de segunda instancia que la providencia del Tribunal Administrativo de Cauca, no vulneraba los derechos fundamentales invocados por los accionantes, por cuanto no se evidenciaba en su contenido, un análisis arbitrario, infundado o caprichoso ajeno a preceptos jurídicos de orden constitucional y legal, que constituyeran una vía de hecho por defecto fáctico o desconocimiento del precedente, que ameritara la intervención del juez de tutela.

1. Actuaciones en sede de revisión. La Sala de Selección número cinco, mediante Auto del 27 de mayo de 2022, notificado el 13 de junio de 2022, seleccionó para su revisión el expediente T- 8.669.881 por el criterio objetivo de exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, y el criterio complementario de tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional. En la misma providencia se repartió el expediente a la Sala Segunda de Revisión.

## II. CONSIDERACIONES

### A. Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

### B. Análisis de procedencia de la acción de tutela

1. En primer lugar, la Sala considera necesario verificar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso de que ello sea así, corresponderá plantear el caso, definir el problema jurídico y exponer el esquema para resolverlo.

1. De manera reiterada, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela solo procede excepcionalmente contra providencias judiciales. Esta regla obedece a que en un Estado Social y Democrático de Derecho deben respetarse los principios de independencia y autonomía judicial y, además, al hecho de que las sentencias que profieren las autoridades judiciales en el marco de sus competencias hacen tránsito a cosa juzgada. El respeto a aquellas garantiza el principio de la seguridad jurídica.<sup>21</sup> Sin embargo, a manera de excepción, la tutela puede proceder contra una providencia judicial cuando se acrediten todos los requisitos generales previstos por la ley y la jurisprudencia para tal efecto. Si ello es así, el juez de tutela podrá analizar, de mérito, la providencia censurada para determinar su incompatibilidad con la Constitución Política porque, por ejemplo, vulnera derechos fundamentales.<sup>22</sup>

1. Los requisitos generales de procedencia son: 1) legitimación por activa y por pasiva:<sup>23</sup> el juez de tutela debe verificar, por una parte, la titularidad de los derechos fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela y, por otra parte, verificar "(...) la capacidad legal

de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso;<sup>24</sup> 2) relevancia constitucional:<sup>25</sup> el juez de tutela solo puede resolver controversias de orden constitucional cuando: (i) la controversia gira en torno al contenido o alcance de un derecho fundamental; (ii) la acción de tutela no es utilizada como una tercera instancia para reabrir el debate judicial decidido previamente; y (iii) no se orienta a resolver cuestiones puramente legales o discusiones estrictamente económicas. <sup>26</sup> 3) subsidiariedad: el actor debió agotar todos los “medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial,” excepto cuando el recurso de amparo se presente como mecanismo transitorio;<sup>27</sup> 4) inmediatez: la protección del derecho fundamental debe buscarse en un plazo razonable;<sup>28</sup> 5) irregularidad procesal decisiva: si lo que se discute es la ocurrencia de una irregularidad procesal, aquella debe ser determinante en la vulneración de derechos fundamentales;<sup>29</sup> 6) identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho: el accionante debe enunciar los hechos vulneradores y los derechos conculcados, también es necesario que ello se haya alegado en el proceso judicial –siempre que haya sido posible–;<sup>30</sup> y 7) que no se ataquen sentencias de tutela: esto porque las controversias sobre derechos fundamentales no pueden extenderse en el tiempo. Respecto de esto último, debe tenerse en cuenta las precisiones hechas en la Sentencia SU-627 de 2015.<sup>31</sup>

1. Legitimación por activa y por pasiva. Está acreditado que Aurora Jiménez Jiménez, Carlos Gaspar Jiménez, María Mónica Jiménez, Yonjaver Maca Jiménez y Derly Patricia Rojas, titulares de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados, otorgaron poder especial al abogado Luis Guillermo Serrano Escobar. Así mismo, está probado que el poder se presentó ante el Notario 1 del Circuito de Popayán.<sup>32</sup> En consecuencia, se cumple el requisito de legitimación por activa.

1. La Sala advierte que también se cumple la legitimación por pasiva, pues tanto el Tribunal Administrativo del Cauca como el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, autores de las sentencias que son objeto de la tutela son demandados en este proceso, y son las autoridades públicas<sup>33</sup> a las que se atribuye la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los actores.

1. Relevancia constitucional. La Sala estima que se cumple el requisito de relevancia constitucional por tres razones: primero, y de manera general, porque la acción de reparación directa es un desarrollo de la cláusula general de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución, que no tiene el carácter de una controversia puramente económica, sino que tiene un alcance de reparación integral del daño. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que este mecanismo “(...) permite así a las víctimas obtener la reparación integral de sus perjuicios, no solo en términos económicos, sino a través de una serie importante de medidas de satisfacción:”<sup>34</sup> Así, en este caso no se debate únicamente la prosperidad de una pretensión económica de reparación de un daño, sino el alcance de la responsabilidad del Estado de prestar el servicio médico en una IPS

pública en condiciones de oportunidad, integralidad y calidad.

1. Segundo porque el caso plantea una discusión sobre la valoración integral de las pruebas, y sobre los parámetros de decisión aplicables en eventos de responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico. En particular, este caso propone un problema en relación con el deber del juez contencioso administrativo de valorar integralmente las pruebas documentales aportadas al expediente por las partes cuando estas son contradictorias y versan sobre un asunto relevante para efectos de definir la responsabilidad del Estado en eventos de prestación de servicios médicos, esto es, la existencia de consentimiento informado previo a la realización de un procedimiento médico invasivo.

1. En efecto, el accionante señala que existe una divergencia entre las pruebas aportadas por los demandantes y la IPS accionada en relación con la suscripción del consentimiento informado por el paciente fallecido. Aunque esto fue puesto de presente a los jueces contenciosos en el curso de la reparación directa en la fase de alegatos y en la apelación, el Consejo de Estado estima que no puede ser objeto de reproche por cuanto la divergencia no fue acusada como una tacha de falsedad en la audiencia de práctica de pruebas.

1. Así, de acuerdo con la metodología establecida en las sentencias SU-134 de 2022 y SU-214 de 2022, se corrobora que el presente asunto versa (i) sobre un asunto constitucional y no solamente legal, ello por cuanto presuntamente ha sido vulnerados el derecho de acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la igualdad y a la dignidad humana, que precisan de la acción de tutela para su defensa. Ello, por cuanto los fallos expedidos presuntamente desconocen los derechos antes invocados. (ii) El asunto involucra un debate al contenido, alcance y goce de un derecho fundamental, que es directo y no eventual, toda vez que la presunta valoración defectuosa del material probatorio, pone en riesgo el disfrute de los derechos mencionados. Finalmente, (iii) se garantiza que la acción de tutela no se usa como una instancia adicional para reabrir debates legales ya agotados en los procesos ordinarios, toda vez que las sentencias cuestionadas presuntamente encontraron por probados hechos que no fueron acreditados dentro del proceso y, aquellos que estaban plenamente probados fueron, a priori, pretermitidos para la adopción de la decisión en el asunto sub examine.

1. Asimismo, la tutela satisface el requisito de identificar de manera razonable los hechos vulneradores del derecho. En particular, los accionantes señalan de forma comprensible varios defectos en los que a su juicio habría incurrido la sentencia de segunda instancia, consistentes en la aplicación de un estándar de certeza probatoria que no puede ser exigido en este tipo de casos, y la omisión en la valoración integral de la prueba relativa a la

existencia o no de consentimiento informado. Ahora bien, tal como lo afirmó el Consejo de Estado podría pensarse que el asunto relativo a la valoración del consentimiento informado no puede ser ventilado en la acción de tutela por cuanto no fue advertido como una tacha de falsedad en la audiencia en la que se decretaron y practicaron las pruebas documentales.

1. Sin embargo, la Sala encuentra que, contrario a lo afirmado en las decisiones de instancia de la acción de tutela, el Consejo de Estado ha precisado<sup>35</sup> que las disposiciones que regulan la figura jurídica de la tacha de falsedad establecida en el Código General del Proceso resultan aplicables al proceso contencioso administrativo en virtud de la integración normativa establecida en el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011). En relación con lo precedente, también ha indicado<sup>36</sup> que un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando existe certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento, y esta autenticidad se presume de los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos; además, de los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos. Acorde con ello, dedujo que la presunción de autenticidad de los documentos puede ser desvirtuada a través de la tacha de falsedad, la cual procede, tratándose de documentos privados, sobre escritos definitivos y no preparatorios.

1. Por otro lado, ha precisado que las diferencias entre la falsedad material y la ideológica, explicando que la primera se presenta cuando se le hacen al documento supresiones, cambios, alteraciones o adiciones, o se suplanta su firma y la segunda, llamada ideológica o intelectual, ocurre cuando la declaración que contiene el documento no corresponde a la realidad. Por ello, el órgano de cierre en materia contenciosa, ha sostenido que la tacha de falsedad solo es procedente en casos de falsedad material, por cuanto constituye una falsedad documental y no frente a la simulación o adulteración del contenido del documento, para cuya información deben utilizarse los términos probatorios de las instancias.

1. Así, la Sección Quinta ha concluido que la falsedad material es aquella que constituye el objeto de la tacha, por lo que solo a través de esta se puede desvirtuar la autenticidad del documento. No obstante, aclaró<sup>37</sup> que la ideológica no se tramita por esta figura, toda vez que como su inconformidad se origina en relación con el contenido del documento y no respecto de la autenticidad del mismo, el mecanismo para su controversia lo constituyen, justamente, las pruebas recaudadas dentro del proceso que permitan desvirtuar dicho contenido.

1. Por lo demás, dado que el asunto fue puesto de presente por los demandantes en otras instancias del proceso y lo que se debate es la ocurrencia de un defecto fáctico por indebida

valoración probatoria, la Sala de Revisión tendrá por cumplido este requisito y se pronunciará sobre el asunto en el análisis de fondo. Finalmente, en razón a que en la sentencia de segunda instancia del proceso de reparación directa se valoró la prueba aportada por el Hospital demandado en relación con la existencia del consentimiento informado, y nada se señaló en relación con la alegación de los demandantes sobre la divergencia entre este documento y el aportado en la demanda, es posible concluir, por lo menos de forma preliminar que este es un asunto que no pudo ser discutido por los accionantes en una instancia posterior a la decisión reprochada.

1. En cuanto a la subsidiariedad se tiene que los accionantes no disponen de ningún recurso ordinario para impugnar la sentencia objeto de la tutela. En efecto, las razones por las que estiman violado su derecho fundamental al debido proceso no se encuentran dentro de las causales previstas en el artículo 250 del CPACA, que habilitan el ejercicio del recurso extraordinario de revisión en materia contencioso administrativa. En particular, la Sala observa que el debate en torno a la valoración de la prueba sobre el consentimiento informado no encuadra en la causal prevista en el numeral primero del artículo 250 del CPACA consistente en “[h]aberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”. Lo anterior, por cuanto el documento sobre el que versa el reproche fue aportado con la demanda, decretado y practicado como prueba, de forma que el debate versa sobre su valoración, no sobre su existencia dentro del proceso.

1. Por otro lado, la Sala encuentra que el asunto tampoco encuadra en la causal prevista en el numeral segundo del citado artículo consistente en “[h]aberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados”. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, cuando la falsedad del documento que se alega como causal de revisión es una falsedad ideológica “se requiere la acreditación del dolo so pena de que la alteración intelectual del contenido del documento pueda imputarse a un simple error o imprecisión involuntaria de su autor”<sup>38</sup>.

1. Esta tesis fue sostenida por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de abril de 2014 en la que declaró infundado el recurso extraordinario, entre otros, porque no se demostró que el contenido inexacto de una constancia de calificaciones de evaluaciones de desempeño fuere atribuible al dolo del servidor que la expidió. Sobre el particular se señaló que: “...esta eventual disparidad, per se, no sugiere necesariamente la existencia de una falsedad ideológica en el documento, pues lo que allí se consignó también pudo obedecer a un error o imprecisión involuntaria acaecida al momento de su elaboración. ... en tratándose de falsedad ideológica - entendida ésta como la alteración intelectual del contenido de un documento 22 - para la procedencia del recurso extraordinario de revisión, sin duda debe hallarse acreditada, si bien no necesariamente la existencia de una sentencia penal, sí el aspecto intencional en la conducta, dado que de no ser evidente el dolo no podría hablarse

de falsedad, toda vez que el legislador no prevé la modalidad culposa de este comportamiento. En consecuencia, el error en una constancia o en su contenido sin el elemento de la intencionalidad o dolo, no puede desencadenar o dar pie al recurso extraordinario de revisión presentado”<sup>39</sup> (Énfasis propio).

1. En este caso, el accionante no sostiene que la transcripción de la historia clínica aportada por el Hospital demandado haya sido alterada por algún funcionario de la institución con dolo o culpa grave, sino que indica que en el expediente había una prueba aportada en la demanda que daba cuenta de que el consentimiento no se había suscrito, que esa prueba no fue valorada correctamente y que de haberlo sido se habría tenido por probada la falla del servicio. Así las cosas, el defecto que se alega en la acción de tutela no corresponde a la causal segunda prevista en el artículo 250 del CPACA, pues carece del elemento subjetivo que el Consejo de Estado ha señalado que debe cumplirse para que proceda la causal cuando se acusa una falsedad ideológica.

1. Por lo demás, este caso no encaja en las demás causales previstas en los numerales 3 al 8 del citado artículo 250. En suma, la Sala de Revisión encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad en tanto la acción de tutela se interpuso contra una sentencia de segunda instancia por la presunta ocurrencia de unos defectos que no podrían haber sido ventilados mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión.

1. Inmediatez. La Sala advierte que la acción de tutela se presentó en un término razonable. En efecto, está probado que la sentencia objeto de la acción se profirió el 24 de junio de 2021. Así mismo, está probado que la acción de tutela se radicó el día 26 de julio de 2021<sup>40</sup> y se admitió mediante providencia del 27 de julio de 2021.<sup>41</sup> En este sentido, la acción de tutela se interpuso cerca de un mes después de proferida la sentencia, lo que es un término razonable, dado que se trata de una acción de tutela contra providencias judiciales.

1. Existencia de una irregularidad procesal decisiva. En este caso se alega la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia por cuenta de la presunta valoración errada del material probatorio obrante en el expediente de reparación directa, y del precedente judicial, aplicable para acreditar la falla en el servicio por parte del Hospital. Estos debates no corresponden a asuntos adjetivos sino que, de encontrarse probados, constituirían una irregularidad procesal con incidencia decisiva en el fallo. En particular, las irregularidades en la valoración del material probatorio alegadas como defectos son determinantes para la adopción de la decisión.

1. Por último, la acción de tutela se dirige contra una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, que decidió el medio de control de reparación directa y revocó la sentencia de primera instancia (también demandada) y, en consecuencia, negó las

pretensiones de la demanda. Por tanto, es evidente que no se trata de una tutela contra una sentencia de tutela.

### C. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

1. Los actores sostienen que el Tribunal Administrativo del Cauca incurrió en un defecto fáctico, porque valoró de manera irrazonable y contraria a la sana crítica el material probatorio obrante en el expediente de reparación directa. Afirmaron la existencia de un defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto, toda vez que las autoridades judiciales accionadas señalaron que no existía prueba pericial que demostrara con certeza que la lesión de la víctima directa del daño se produjo en la primera cirugía y se originó por un mal procedimiento médico, desconociendo que, en su criterio, en Colombia no existe tarifa legal para demostrar la falla en el servicio en asuntos de responsabilidad médica. Finalmente, en su criterio, el Tribunal Administrativo del Cauca incurrió también en un defecto sustantivo, al desconocer el precedente judicial por cuanto la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en cuanto a la prueba de la culpa y el nexo causal, nunca ha exigido la certeza respecto a la demostración de estos elementos.

1. En vista de lo anterior, corresponde a la Sala Segunda de Revisión determinar si la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca incurrió o no en un defecto fáctico, al valorar de manera indebida el material probatorio obrante en el expediente de reparación directa o incluso, en un defecto procedimental absoluto al presuntamente caer en un exceso ritual manifiesto o, finalmente, en el presunto desconocimiento del precedente judicial aplicable. De haberse incurrido en dichos defectos, la Sala de Revisión deberá determinar si esto incidió de manera determinante en la decisión adoptada en las sentencias.

1. Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre: i) el defecto fáctico, en tanto causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y sus dimensiones, especialmente en lo relativo a la valoración de la prueba. ii) El defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto. Posteriormente, iii) reiterará la jurisprudencia en materia de defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, y finalmente iv) estudiará el defecto por error inducido. Con fundamento en estos elementos de juicio, la Sala Segunda se ocupará del caso concreto y resolverá los antedichos problemas jurídicos.

D. El defecto fáctico, en tanto causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1. Sea lo primero mencionar que, los jueces tienen una amplia discrecionalidad al momento de valorar el material probatorio con que cuentan. En materia contencioso administrativa, el CPACA fijó el régimen probatorio especial en el Capítulo IX y estableció una cláusula de remisión al Código General del Proceso -que derogó el Código de Procedimiento Civil-.<sup>42</sup> En el artículo 16543 del C.G.P. consagra el principio de libertad probatoria, y señala que se puede acudir a cualquiera de los medios previstos en la ley para efectos de probar los hechos materia de la controversia.

1. La libertad de la autoridad judicial para estudiar el material probatorio recaudado hace que la intervención del juez constitucional en esa materia sea excepcional. De allí que la Corte, siendo respetuosa de la autonomía<sup>44</sup> e independencia judicial,<sup>45</sup> haya sostenido que la acción de tutela procede contra una sentencia, por incurrir en un defecto fáctico, cuando “la irregularidad en el juicio valorativo sea ostensible, flagrante y manifiesta, es decir, de tal magnitud que incida directamente en el sentido de la decisión proferida.”<sup>46</sup>

1. El defecto fáctico puede presentarse de dos formas: una positiva y una negativa. La primera tiene lugar en los eventos en que se decide acudiendo a argumentos irrazonables, que hacen que la valoración probatoria sea por completo deficiente. La segunda obedece a las omisiones del juzgador en la etapa probatoria. Puede presentarse cuando no se decretan o no se practican pruebas relevantes para llegar al conocimiento de los hechos, teniendo el deber de hacerlo.<sup>47</sup>

1. Así, un defecto fáctico tiene lugar, en su dimensión positiva, cuando la decisión del juez se funda en elementos probatorios que no resultan aptos para la conclusión a la que arribó. En tal sentido, el juez de tutela se pregunta, en concreto, (i) por la calidad de las pruebas que le permitieron al juez llegar al convencimiento, y (ii) por la valoración que aquél hizo de estas. Es cierto que, como se manifestó, toda autoridad judicial cuenta con una amplia libertad en ese ejercicio valorativo, pero esta libertad no es absoluta, en tanto debe respetar criterios de racionalidad y razonabilidad.

1. La Corte ha enunciado, de manera genérica,<sup>48</sup> algunos parámetros que permitirían al juez constitucional identificar si la actuación del juez de conocimiento fue arbitraria al momento de evaluar los medios probatorios. Parámetros que, aunque no sean exhaustivos, sirven para estudiar si se ha desconocido el derecho al debido proceso. Algunas consideraciones en ese sentido permiten concluir que una autoridad judicial incurre en la dimensión positiva de un defecto fáctico<sup>49</sup>:

i. Si la conclusión que extrae de las pruebas que obran en el expediente es “por completo equivocada.” Podría decirse que, en este evento, la decisión puede ser calificada de irracional, ya que la conclusión es diametralmente opuesta -siguiendo las reglas de la lógica- a la que se desprende del contenido de los materiales probatorios. Esta desproporción podría ser identificada por cualquier persona de juicio medio.

i. Si la valoración que adelantó no cuenta con un fundamento objetivo. Es el caso del juez que resuelve una controversia acudiendo a su propio capricho o voluntad.<sup>50</sup>

i. Si las pruebas no han sido valoradas de manera integral. Caso en el que se asigna un mayor o menor valor a alguna prueba en relación con otras, sin que exista justificación para ello.<sup>51</sup>

i. Si la conclusión se basa en pruebas que no tienen relación alguna con el objeto del proceso (impertinentes); que no permiten demostrar el supuesto de hecho (inconducentes); o que fueron adquiridas, por ejemplo, desconociendo el derecho al debido proceso de una de las partes (ilícitas).<sup>52</sup>

1. Como se observa, siempre que se alegue la existencia de un defecto fáctico en su dimensión positiva, el juez constitucional debe dilucidar si la lectura del juez accionado desconoció los parámetros de razonabilidad indicados. El concepto razonabilidad,<sup>53</sup> en particular y en interpretación de la Corte, puede ubicarse en la antípoda del concepto arbitrariedad.

1. En consecuencia, solo será reprochable una providencia judicial por el defecto que se estudia (en la dimensión abordada hasta ahora), cuando la conclusión a la que allí se llegó no fue objetiva o se fundó en pruebas prohibidas por las reglas del debido proceso. Por supuesto, en nombre de este defecto, el juez de tutela no puede dejar sin efectos decisiones que hayan sido respetuosas de las reglas antedichas, aun cuando considere que debió darse otra interpretación a los materiales obrantes en el proceso.<sup>54</sup>

1. El defecto fáctico, en su dimensión positiva, puede acreditarse en dos escenarios. Primero, respecto de aquellas pruebas que pueden ser valoradas de manera libre y amplia, el funcionario judicial incurre en tal defecto cuando actúa contra la razonabilidad. Caso en el que: (i) no respeta las reglas de la lógica deóntica al establecer la premisa fáctica, (ii) resuelve la controversia acudiendo a su propio capricho, (iii) no valora íntegramente el acervo, o (iv) funda su convencimiento en pruebas impertinentes, inconducentes o ilícitas.

1. Segundo, si el legislador establece que del elemento probatorio a debe seguirse b, incurre en un defecto fáctico si concluye algo distinto sin ofrecer una justificación para ello (p. ej. la falsedad del documento). En cualquiera de los dos eventos antedichos, el juez desconoce el derecho al debido proceso de las partes y, en consecuencia, vía tutela, la decisión podrá dejarse sin efectos.

1. En lo que tiene que ver con la dimensión negativa del defecto fáctico, la jurisprudencia ha precisado que se trata de casos en los cuales el juez omite el decreto o la valoración de una prueba que resulta determinante para el caso.<sup>55</sup> Así, este defecto se presenta “(...) cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”<sup>56</sup> En este sentido, la Corte ha indicado que “(...) la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella.”<sup>57</sup>

#### E. Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

1. Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que el defecto procedimental, dependiendo de las garantías procesales que involucre puede ser de dos tipos: (i) de carácter absoluto, que se presenta cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de éste, caso en el cual afecta directamente el derecho al debido proceso, o cuando escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables a un caso concreto; y, (ii) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esa vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia habida cuenta de que sacrifica el derecho de acceso a la administración de justicia y las garantías sustanciales, so pretexto de preferir el tenor literal de las formas procesales. En otras palabras, el juez asume una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda.<sup>58</sup>

1. El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto no se configura ante cualquier irregularidad de carácter procedimental, sino que debe tratarse de una omisión en la aplicación de las formas propias de cada juicio particularmente grave, que lleva al juez a utilizar irreflexivamente normas procesales que lo hacen apartarse del derecho sustancial. La

Corte ha construido una sólida posición en relación con el exceso ritual manifiesto con la cual queda claro que para entender su alcance no son suficientes las definiciones y conceptos teóricos, sino que se hace imprescindible el análisis casuístico que frente a un escenario de conflicto y contraposición de intereses procura brindar en cada caso un equilibrio entre las formas propias del juicio y la obligación de preservar el derecho sustancial<sup>59</sup>.

1. Así, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.

#### F. Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial

1. El defecto sustantivo aparece cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional: (i) aplica una disposición que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.<sup>60</sup>

1. Sobre el defecto por desconocimiento del precedente se aclara que, así expongan las cargas exigidas en otros casos, los jueces no pueden apartarse de las decisiones proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional o que constituyan jurisprudencia en vigor. En tal sentido se precisa que “bajo ninguna circunstancia es posible sustraerse del precedente contenido en sentencias adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, ni tampoco cuando se encuentre demostrada la existencia de “jurisprudencia en vigor”,<sup>61</sup> esto es cuando exista “una línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica sobre un determinado tema”.<sup>62</sup>

1. El valor acentuado de las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra su fuente, de una parte, en la especial autoridad de las decisiones adoptadas por

el pleno de esta Corporación -lo que explica que el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 prescriba que “los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte (...)”- y, de otra, en la importancia que desde el punto de vista de la igualdad, la seguridad jurídica y la buena fe tiene el seguimiento de aquellas reglas de decisión que a lo largo del tiempo han conseguido en la Corte suficiente estabilidad y claridad, a pesar de no haber sido establecidas directamente por la Sala Plena. En estos casos, debe entenderse que el margen de autonomía de las autoridades judiciales se reduce y, en consecuencia, los precedentes así establecidos sólo podrán modificarse por otra decisión de la Sala Plena de este Tribunal”.<sup>63</sup> En tal sentido, las cargas argumentativas que se exigen para separarse del precedente no son aplicables, ni son motivos que justifiquen -bajo ninguna circunstancia- el desconocimiento de las decisiones adoptadas por la Sala Plena o aquéllas que por sus características puedan considerarse como jurisprudencia en vigor.

1. Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que también el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales -sea este precedente horizontal o vertical-, en virtud de los derechos al debido proceso y la igualdad, y el principio de buena fe.<sup>64</sup>

1. A propósito de esta modalidad en la cual se configura un defecto sustantivo, la Sala considera necesario examinar la diferencia entre los conceptos de antecedente y precedente. El antecedente se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de derecho (p. ej. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa: (i) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (ii) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.

1. Esta noción fue esbozada en la sentencia T-292 de 2006, en la que la Corte, ante la pregunta “¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio?”, indicó:

“La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda es que, aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o

no”.

1. Por su parte, el precedente,<sup>65</sup> por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de: (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

1. Esta noción ha sido adoptada en Sentencias como la T-794 de 2011, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.<sup>66</sup>

1. Esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical,<sup>67</sup> según quién profiere la providencia previa. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y el segundo se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de los asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción.<sup>68</sup> En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.<sup>69</sup>

1. En este orden, debe resaltarse que el precedente no sólo es orientador sino obligatorio, como se explica a continuación. La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.<sup>70</sup>

1. La segunda razón se desprende de los derechos a la igualdad, el debido proceso y el principio de buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de esta Corte:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”.<sup>71</sup>

1. La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más adecuada que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables justificaciones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares.

1. Así pues, por las razones expuestas, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales -sea este precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe.<sup>72</sup>

1. No obstante, esta regla no es absoluta, pues no puede ignorarse que el Derecho es dinámico y cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; por ende, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia, pero con una justificación razonable y proporcional. La Corte Constitucional ha establecido al respecto que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de

manera absoluta (...) Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(...) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)".<sup>73</sup>

1. En resumen, los jueces tienen un deber de obligatorio cumplimiento y es el de: (i) acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o (ii) sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia.

1. Sin embargo, esta regla no es absoluta, ya que los jueces pueden apartarse de dicho precedente, pero cumpliendo la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico. En este orden de ideas, por ejemplo, cuando un juez de inferior jerarquía se aparta de un precedente establecido en su jurisdicción por el órgano de cierre o de su propio precedente, sin exponer un razonamiento proporcional y razonable para el efecto, incurre en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia, una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

#### G. Sobre el error inducido

1. El concepto de error inducido ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como consecuencia de lo establecido mediante la sentencia SU-014 de 2001 que introdujo lo que denominó como vía de hecho por consecuencia. En esta oportunidad la Sala Plena de la Corte explicó dicha noción al señalar que "es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la

Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales”.74

1. Posteriormente la jurisprudencia dejó de lado el concepto de vía de hecho por consecuencia y acogió la noción de error inducido argumentando que esta “es más clara en la medida en que la misma se tornaba en un oxímoron, es decir, una contradicción dentro del mismo término, pues la vía de hecho implica una actuación arbitraria por parte del funcionario judicial y este defecto descarta dicha arbitrariedad, pues lo que realmente ocurre es que la autoridad judicial es inducida a error por conductas”.75

1. El error inducido entonces, se presenta cuando la autoridad judicial es víctima de factores externos al proceso que lo determinan o influyen a tomar determinada decisión que resulta contraria a derecho o a la realidad fáctica del caso.

#### Análisis del caso concreto

1. Los accionantes consideran que el Tribunal Administrativo del Cauca incurrió en un defecto fáctico en su dimensión positiva, porque valoró de manera sesgada, ilógica y contraria a la sana crítica, el material probatorio obrante en el expediente. A su juicio, de haber sido correctamente valoradas las pruebas aportadas al expediente, en particular la historia clínica y el informe de análisis de mortalidad, el referido Tribunal habría concluido la existencia de una falla en el servicio, materializada en un daño antijurídico imputable al Estado que debe ser reparado. Añaden que en este caso los jueces contenciosos incurrieron en un defecto fáctico al tener por probado el consentimiento informado del señor Gaspar previo a la realización de la colecistectomía por laparoscopia pese a que en el expediente obra copia del formato correspondiente en el que no hay firma del paciente.

1. Los accionantes consideraron que el Tribunal Administrativo del Cauca incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, al exigir que se pruebe con certeza la falla del servicio y el nexo causal, a pesar de que en Colombia no existe tarifa legal para demostrar la falla en el servicio en asuntos de responsabilidad médica. En otras palabras, según los accionantes existe un defecto por exceso ritual manifiesto al exigirse necesariamente un dictamen pericial para demostrar la falla en el servicio, situación que no se compadece con el principio de libertad probatoria y con la jurisprudencia del Consejo de Estado. Finalmente, los actores consideran que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo

por desconocimiento del precedente, en cuanto la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en cuanto a la prueba de la culpa y el nexo causal nunca ha sido exigir la “certeza” respecto a la demostración de estos elementos.

1. Por su parte, en las sentencias de tutela de primera y segunda instancia se descartaron estos defectos por varias razones. Primero, el Tribunal no incurrió en vía de hecho por defecto fáctico, pues la decisión de revocar la providencia de primera instancia, estuvo soportada en un estudio razonable de las pruebas y normas aplicables al caso concreto, lo que le permitió concluir que: (i) el Hospital Universitario San José E.S.E utilizó las herramientas que tenía a disposición para tratar la patología que presentaba el paciente; y, (ii) no incurrió en algún error o negligencia en la atención; (iii) que la muerte del paciente no fue producto de la cirugía de colecistectomía por laparoscopia y (iv) no se incurrió en una falla del servicio.

1. De igual manera, tampoco entendieron configurado el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, pues a pesar de la inexistencia de una prueba pericial, en las sentencias atacadas sí se analizaron las pruebas obrantes en el expediente y se llegó razonablemente a la conclusión de que no era posible establecer que la fuga biliar fuera producto de una mala práctica durante la intervención por parte del personal médico, sino que por el contrario, se materializó el riesgo implícito de la cirugía. Bajo ese entendido, no era posible establecer con claridad el nexo causal entre la presunta falla del servicio y el daño consumado. En consecuencia, distinto a lo entendido por la parte actora, los jueces de instancia consideraron que aun cuando la demostración de la falla podía darse mediante un elemento distinto a dictamen pericial, en el caso concreto no existía un elemento probatorio suficiente para declarar la falla del servicio en cabeza del Hospital.

1. La Sala estima que en este caso no hay lugar a predicar la configuración del defecto fáctico por indebida valoración de la historia clínica y el informe de análisis de mortalidad aportados en el curso del proceso de reparación directa. No obstante, sí se configura un defecto fáctico por una valoración indebida e irrazonable de la prueba relativa al otorgamiento de consentimiento informado por el paciente para la realización de la colecistectomía. Por lo demás, a juicio de la Sala no existe defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, ni defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial. A continuación, se exponen las razones que justifican las conclusiones anunciadas:

1. Primero, contrario a lo afirmado por los accionantes, la Sala encuentra que el Tribunal sí valoró la totalidad del material probatorio obrante dentro del expediente para determinar si una falla en el servicio consistente en la práctica errada de la cirugía de colecistectomía había originado la muerte del señor Gaspar, en particular la Sala encuentra que el Tribunal del Cauca valoró de forma razonable la historia clínica y el informe de mortalidad que la

acción de tutela echa en falta. En efecto, la Sala observa que la providencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa señaló que carecía de sentido la afirmación del juez de primera instancia consistente en que el informe allegado por la subgerencia científica del Hospital Universitario San José, y el informe de análisis de mortalidad no podían valorarse por constituir un dictamen que no había sido sometido a contradicción. En contraste, el Tribunal concluyó que estas pruebas deberían ser valoradas y así lo hizo. En la página 54 de la sentencia de segunda instancia, el Tribunal del Cauca señaló:

“Con relación a lo dichos, se encuentra que, en efecto, dentro del proceso obra un informe rendido por la dependencia aludida, que contiene un análisis de mortalidad suscrito el 30 de septiembre de 2016, por dos médicos cirujanos de la institución, en los que se analizó el caso clínico de Robinson Alexis Gaspar Jiménez, respecto de los que el fallo apelado se indicó (sic) que no podían valorarse, bajo la consideración de que se trataba de un dictamen que no había sido sometido a contradicción.

Frente a ello, es necesario precisar que la afirmación efectuada por el A quo carece de sentido, porque el informe emanado de la entidad accionada, si bien se advierte suscrito por dos profesionales de la salud y aluden a conclusiones de áreas del conocimiento especializadas diferentes al derecho, no cumple con los requisitos señalados en el artículo 226 del CGP para ser considerador dictamen, principalmente porque no provienen de auxiliares de la justicia independientes, sino de empleados de la misma entidad accionada; de manera que su alcance probatorio únicamente corresponde al de un documento contentivo de un informe que, por ser allegado oportunamente en virtud de orden judicial, en tanto que se decretó su requerimiento en el auto de pruebas, debe ser apreciado y ofrecerle el valor probatorio pertinente en contexto con los demás medios allegados”

1. Demostrado como está que no existe defecto fáctico por omisión de valoración de una prueba oportuna y legalmente aportada al expediente, es preciso determinar si la prueba fue valorada de forma arbitraria, irrazonable o contraevidente por parte del Tribunal. La Sala encuentra que la conclusión a la que arribó el Tribunal, según la cual ninguno de los documentos resultaba determinante o inequívoco a la hora de probar de manera contundente la falla médica, es razonable. En efecto, al valorar las pruebas aportadas, el Tribunal concluyó que la sola ocurrencia de un evento adverso no daba cuenta de que el proceso quirúrgico hubiere sido errado o hubiere presentado fallas<sup>76</sup>. Para sostener la conclusión el Tribunal señaló razonablemente que:

a. Tanto el estudio de mortalidad como la historia clínica daban cuenta de que el paciente había evolucionado de forma adecuada en los tres días de hospitalización post-operatoria, lo cual sugiere que para ese entonces no cursaba un cuadro infeccioso.

b. Aunque en las valoraciones post-operatorias se señala que el paciente estaba hipertenso, de ello no se sigue que existiera para el momento del alta un cuadro infeccioso por un cierre

indebido del conducto cístico. En particular porque de haber sido así, el señor Gaspar Jiménez habría presentado síntomas más graves indicativos de infección dentro de los tres días posteriores a la cirugía durante los cuales estuvo hospitalizado.

c. Aunque en la segunda intervención quirúrgica practicada al señor Gaspar se encontró el muñón cístico parcialmente clipado, esto no demuestra que hubiere ocurrido una falta a la *lex artis* en la colecistectomía pues, primero, la evolución postquirúrgica fue favorable; y segundo, pese a que en la segunda cirugía se selló nuevamente el muñón, perduró un sangrado en el lecho hepático del paciente. Esto último permite pensar que no fue el muñón el foco del sangrado, sino que había otra fuente que no fue identificada durante la intervención ni en la necropsia posterior.

d. Estaba probado, con los documentos suscritos por los especialistas Romero Ordóñez y Muñoz Ordóñez, y los artículos científicos aportados al proceso, que las complicaciones de fuga biliar posteriores a la colecistectomía por laparoscopia son probables por clips desplazados, ya sea por desinflamación o necrosis del tejido al que están sujetos, o bien por la existencia de conductos milimétricos que no estuvieran sellados y no hubiere sido posible advertir en la cirugía. De manera que el hecho de que un clip se hubiera desplazado no obedece necesariamente a una falla en la ejecución del procedimiento quirúrgico.

1. Por lo demás, la Sala coincide con el Tribunal del Cauca en cuanto concluyó que la sola mención de la expresión evento adverso para referirse a lo ocurrido en el post operatorio del señor Gaspar no es suficiente para predicar la existencia de una falla del servicio. En efecto, en el informe rendido por la subgerencia científica del Hospital Universitario San José se consigna que hubo un evento adverso “fuga de muñón cístico que pudo presentarse como complicación en la intervención y que lo llevó a desarrollar una peritonitis y las demás complicaciones relativas a la sepsis que finalmente causaron la muerte”. Sin embargo, la existencia de un evento adverso no implica necesariamente la falla del servicio, pues corresponde verificar si tal situación es prevenible o no, esto es, si se habría evitado mediante el cumplimiento de los estándares del cuidado asistencial o no. Solo en el caso de que el evento adverso se deba a la omisión o el error en la aplicación de la *lex artis* podrá predicarse la existencia de una falla del servicio. En este caso, si bien se reconoció la existencia de un evento adverso, el Tribunal estimó de forma razonable que no existía prueba de que este fuera consecuencia de un error en la práctica de la colecistectomía, y encontró que, por el contrario, la evolución postquirúrgica inmediata del paciente daba cuenta de que no existía un cuadro infeccioso como consecuencia directa de la realización de la cirugía. Además, basado en el informe de necropsia emitido por medicina legal llegó a la conclusión de que no era posible establecer que el clipado parcial del muñón cístico hubiera sido el que produjo la fuga calificada como evento adverso.

1. Así las cosas, la alegación de un presunto defecto fáctico por omisión de la valoración o valoración indebida de las pruebas orientadas a demostrar que el hecho que produjo la muerte fue la incorrecta ejecución de la cirugía de colecistectomía no está llamado a prosperar pues no existe prueba que conduzca a ese convencimiento, al tiempo que las

pruebas obrantes en el expediente permiten concluir razonablemente que la muerte del señor Gaspar no se originó por un procedimiento quirúrgico indebido o incorrecto ejecutado en desconocimiento de la lex artis.

1. Segundo, por otro lado, la Sala coincide con los accionantes en cuanto señalan que el Tribunal tuvo por aportado y valoró como prueba el consentimiento informado suscrito por Robinson Alexis Gaspar, pese a que este no fue aportado al expediente.

1. En particular en la demanda de tutela se señala que “el tribunal resolvió el caso con base en una prueba inexistente, pues si bien el Hospital demandado en la transcripción que hace de la historia clínica lo menciona, no aportó el formato firmado a mano por el paciente (que es el que tiene valor probatorio para demostrar esta circunstancia y que es una carga de la prueba de la entidad asistencial demandada), como lo exige la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado”. Al respecto, la Sala de Revisión observa que en la página 22 de la sentencia de segunda instancia, el Tribunal relaciona como prueba el consentimiento y refiere que esta se encuentra en el folio 192 del cuaderno principal. Al revisar el referido folio, la Sala encuentra que en efecto este es un documento integrado a la historia clínica extraída de los sistemas de información del Hospital Universitario San José, y no el documento original, y que en la referida transcripción se lee “Firma del Paciente: Se observa firma Alexis Gaspar”. Sin embargo, a folio 53 del cuaderno principal, como prueba documental aportada con la demanda figura una copia del formato original de consentimiento informado en el que no se observa la firma del señor Gaspar. Esta prueba fue solicitada, aportada, decretada y practicada como prueba en la primera instancia del proceso de reparación directa. Así mismo, fue resaltada por los accionantes en los alegatos de conclusión de primera instancia, y el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia. Sin embargo, no fue valorado por ninguno de los jueces contenciosos.

1. Para determinar la existencia de consentimiento informado el Tribunal valoró únicamente la transcripción de la historia clínica hecha por la parte demandada, y omitió por completo valorar la copia del formato original que fue aportado por los demandantes con la presentación de la demanda y que daba cuenta de que el paciente nunca firmó el consentimiento informado aportado en copia. El deber de valorar integralmente las pruebas obligaba al Tribunal a considerar la inconsistencia existente entre los dos documentos y ofrecer razones para dar plena fuerza demostrativa a uno y descartar la capacidad probatoria del otro.

1. La Sala encuentra que el Tribunal no solo omitió el deber de valoración integral, sino que, de haber analizado la prueba documental aportada por los demandantes habría tenido que arribar a la conclusión de que en este caso no hubo otorgamiento de consentimiento informado por parte del paciente que permitiera tener por demostrado que este conocía los

riesgos inherentes a la intervención quirúrgica que le fue practicada y por lo mismo, que sabía cómo reaccionar ante señales de alarma.

1. Sobre el consentimiento informado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Consejo de Estado,<sup>78</sup> se afirma que este debe reunir ciertos requisitos y condiciones para que sea considerado válido, todo ello sustentado en la Ley 23 de 1981, puntualmente en sus artículos 14 y 15.<sup>79</sup> Así, el consentimiento que exonera de responsabilidad al tratante debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y debe probarse<sup>80</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado el consentimiento informado como un desarrollo específico de varios derechos fundamentales, principalmente el de la autonomía personal.<sup>81</sup> Esto es así, pues el consentimiento no es aquel que se otorga en abstracto, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente la manifestación por parte del galeno en términos científicos y complejos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles para que este conozca ante todo los riesgos que el procedimiento específico implica y así pueda expresar su voluntad de someterse al mismo. Según lo previsto en el Decreto 3380 de 1981, el médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan. b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.<sup>82</sup>

1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el incumplimiento del deber de informar al paciente los riesgos inherentes a un procedimiento para que decida si se somete a este o no constituye una falla en la prestación del servicio. En los eventos en los que el Consejo de Estado ha tenido por demostrado el incumplimiento de este deber de informar por no existir prueba de otorgamiento previo por el paciente del consentimiento informado, pero no ha encontrado prueba de que el daño sea el producto de un error médico, se ha impuesto el pago de indemnizaciones morales a cargo de los prestadores de servicios médicos.

1. Así, por ejemplo, en sentencia del 22 de junio de 2017, el Consejo de Estado conoció el caso de una mujer que fue sometida a una cirugía para la extracción de un tumor en el cuerpo con posteriores complicaciones resultando en una paraplejía irreversible, y en el que no se probó el otorgamiento previo del consentimiento informado por la paciente o su cónyuge. En ese caso, si bien el Consejo de Estado entendió que la atención brindada a la señora fue adecuada, concluyó que esta sí fue expuesta a un riesgo que no conocía, toda vez que nunca otorgó su consentimiento informado, y en consecuencia, condenó al prestador al pago de perjuicios morales. Sin embargo, el Consejo de Estado advirtió que como se trataba de un daño autónomo que nada tenía que ver con las lesiones padecidas por la paciente, sino con la ausencia de consentimiento informado que dio al traste con su derecho a decidir si se sometía o no a la intervención quirúrgica, los perjuicios no podían tasarse de acuerdo con las sentencias de unificación de perjuicios inmateriales, y debían ser determinados mediante el

arbitrio judicial.

1. En el mismo sentido, mediante sentencia del 3 de mayo de 2007 el Consejo de Estado condenó a un Hospital a indemnizar los perjuicios causados a una mujer a quien se practicó una histerectomía por cuanto tuvo por demostrado que no se estructuró el consentimiento informado que se requería para practicar el procedimiento quirúrgico, lo que es un derecho estatutario del paciente y un correlativo deber del médico.

1. La Corte Constitucional también ha abordado el tema del consentimiento informado, sus principales características y aspectos relevantes en varios de sus pronunciamientos, entre los que se encuentran las sentencias T-477 de 1995, SU - 377 de 1999, T- 216 de 2008, T-452 de 2010, C-574 de 2011, C-313 de 2014, C-405 de 2016, C-752 de 2015, T-476 de 2016, C-182 de 2016, entre otras.

1. En este orden de ideas, la Sala estima que la decisión de absolver al Hospital demandado de la responsabilidad con base en la existencia de la prueba sobre el otorgamiento del consentimiento informado por el paciente fallecido se basó en una valoración irracional del material probatorio. En efecto, el Tribunal omitió por completo la valoración de la prueba documental aportada por los demandantes que daba cuenta de que el señor Gaspar no suscribió el formato de consentimiento sin ofrecer razones para el efecto.

1. Dado que, como lo señala expresamente la sentencia del Tribunal, el otorgamiento del consentimiento informado es un elemento trascendental para el análisis de la configuración de la responsabilidad médica y que, de haberse valorado correctamente el material probatorio que fue aportado al proceso y señalado por la parte demandante en múltiples oportunidades procesales, el Tribunal habría podido llegar a una decisión diferente a la adoptada en este caso. Por lo tanto, la Sala concluye que el Tribunal incurrió en un defecto fáctico por cuanto omitió valorar integralmente las pruebas, lo que condujo a tener por demostrado un hecho pese a que el material probatorio obrante en el expediente daba cuenta de lo contrario. Esta valoración irrazonable del material probatorio tiene una incidencia directa en la conclusión de la inexistencia de la falla en el servicio, y por lo mismo, implica la invalidez de la conclusión a la que llegó el juez de instancia.

1. Tercero, a juicio de la Sala, el Tribunal del Cauca concluyó razonablemente que en este caso no se demostró la pérdida de oportunidad en la atención médica alegada por el accionante. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado,<sup>83</sup> la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si

el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja. La oportunidad perdida constituye en sí misma un interés jurídico que, si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda faculta a quien la ha perdido para que persiga su resarcimiento. En materia médica, el Consejo de Estado ha señalado que para tener por configurada la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, deberá demostrarse: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) que la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar.

1. Los accionantes señalan que en este caso el Tribunal del Cauca debió tener por demostrada la existencia de una falla del servicio por pérdida de oportunidad en tanto la historia clínica da cuenta de que el señor Gaspar debió ser trasladado a una Unidad de Cuidados Intensivos en la atención del 26 de noviembre de 2013. Al respecto, la Sala de Revisión encuentra que al estudiar la historia clínica aportada por los accionantes,<sup>84</sup> el Tribunal concluyó razonablemente que, si bien no había camas disponibles en UCI para satisfacer la necesidad de atención del señor Gaspar, el Hospital puso a disposición del paciente su capacidad instalada y adecuó un puesto de observación de urgencias con monitores y personal asistencial para procurar un cuidado intensivo del paciente. Para llegar a esta conclusión el Tribunal valoró las anotaciones de la historia clínica que dan cuenta de que el 26 de noviembre a las 19 horas el paciente fue conectado a monitorización electrocardiográfica continua, oxígeno por cánula, catéter venoso central, y que a partir de las 00.45 del día 27 de noviembre fue conectado a un ventilador mecánico. Así mismo, valoró las anotaciones de la Historia Clínica que dan cuenta de que se ordenó la remisión a UCI en otro centro hospitalario, pero que esta no fue posible.

1. En consecuencia, la Sala no encuentra demostrada la existencia de un defecto fáctico en relación con la demostración de la actuación diligente y oportuna del hospital en la atención del paciente los días 26 y 27 de noviembre de 2013.

1. Cuarto, en relación con el defecto por exceso ritual manifiesto, la Sala Segunda de Revisión observa que aunque en la sentencia demandada se sostuvo que: “las complicaciones y el infortunado desenlace eran un riesgo inherente a la cirugía, riesgo que incluso aumentó por la falta de consulta oportuna del paciente, sin que por otra parte ello se haya podido desvirtuar con alguna prueba técnica sobre el proceder médico, ya que la parte actora desistió de su práctica”,<sup>85</sup> esto no implica que el Tribunal haya exigido una tarifa legal de prueba para demostrar la falla del servicio. Por el contrario, solo se consideró que la parte actora debió allegar los elementos probatorios necesarios para demostrar la falla en el servicio médico, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 1757 del Código Civil y

167 del Código General del Proceso. Así, el Tribunal sostuvo: “y si bien es cierto que no existe tarifa legal para demostrar la ocurrencia de una falla médica que imponga la aportación de un dictamen, también lo es que la demostración de los hechos que sustentan sus intereses es una carga de las partes”.<sup>86</sup>

1. De igual manera el accionante cuestiona que no se tuvo en cuenta el análisis de mortalidad como prueba pericial por una formalidad y que, en consecuencia, el juez debía decretar de oficio la prueba pericial para llegar a la verdad material. Al respecto la Sala estima que, si bien es cierto que juez tiene facultades oficiosas, estas deben ser usadas cuando el material probatorio no resulte suficiente para llegar a un convencimiento sobre los hechos que se debaten en el proceso. En el caso concreto, ni el juez de primera instancia ni el de segunda echaron de menos un dictamen pericial, puesto que consideraron razonablemente que, con el material probatorio obrante en el expediente, en particular el análisis de mortalidad y el informe de la necropsia, podían tomar una decisión ponderada.

1. Quinto, según los accionantes la sentencia demandada incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente del Consejo de Estado en cuanto aplicó un estándar demasiado estricto para la demostración de la atribución del daño. Según los accionantes, “si bien estos casos se encuentran inmersos en la teoría de la falla probada, no se exige que para demostrar la responsabilidad en la prestación del servicio médico se requiera de ‘CERTEZA’ que pruebe dicha falla, sino que se acude a la concepción de la ‘causalidad probabilística’ en la que no se exige un estándar imposible de cumplir como ahora lo establece el Tribunal por cuanto la única manera de establecer con certeza que fue en la cirugía de colecistectomía en la que se presentó el error en el procedimiento, es que la cirugía se hubiera grabado, lo cual no se utiliza en nuestro medio”.<sup>87</sup>

1. Contrario a lo afirmado por los accionantes, la Sala concluye que no es cierto que los jueces en el proceso de reparación directa hayan exigido un grado de certeza para demostrar la falla del servicio. Todo lo contrario, los jueces contenciosos, en particular el Tribunal del Cauca concluyeron de forma razonable que el material probatorio recaudado no indicaba la existencia de la falla médica alegada, de forma que fuera procedente la dinamización de la carga de la prueba o la flexibilización del deber de probar que corresponde a los demandantes. Los jueces interpretaron de forma razonable las pruebas para tener por demostrado que el Hospital realizó todas las acciones que estaban en su control para atender debidamente al señor Gaspar, siempre con apego a la *lex artis*.

1. Sexto, se descarta también la existencia de un error inducido. Este ocurre cuando el juez es víctima de factores externos al proceso que lo determinan o influyen a tomar determinada decisión que resulta contraria a derecho o a la realidad fáctica del caso. Sin embargo, en este caso pese a que la transcripción del consentimiento informado aseveraba

que se contaba con la firma del paciente, de haber realizado una valoración integral del material probatorio, fácilmente se habría superado el factor externo que condujo al Tribunal a adoptar la decisión que aquí se reprocha.

1. Por último, es preciso insistir en que el Tribunal no fue conducido a error por la ausencia de tacha de falsedad del documento aportado por el Hospital para demostrar la existencia del consentimiento informado. Los accionantes no debían tachar de falso el documento en el proceso contencioso administrativo, toda vez que como se señaló en el análisis de subsidiariedad, la tacha de falsedad es procedente cuando se trata de una falsedad material. En este caso, en contraste, la eventual falsedad no sería material sino ideológica pues el documento aportado por el Hospital contenía una declaración que no corresponde a la realidad, esto es, que el paciente había firmado el consentimiento informado cuando en realidad no lo había hecho.

1. En suma, la Sala Segunda concluye que el análisis probatorio y sustantivo que condujo al Tribunal del Cauca a desestimar las pretensiones de reparación directa en este caso es razonable y por cuanto, de los elementos probatorios obrantes en el expediente, esto es, los testimonios del personal médico, la historia clínica y los informes de mortalidad o de la subgerencia, no se pudo establecer con claridad que se hubiere incurrido en una falla del servicio imputable al Hospital Universitario San José E.S.E. por falla en el procedimiento médico. Sin embargo, tal como se mencionó, el Tribunal en segunda instancia sí incurrió en defecto fáctico al abstenerse por completo de valorar una prueba decretada y practicada en el proceso cuyo contenido resultaba trascendental para evaluar la configuración de la responsabilidad pretendida por los demandantes; sin ofrecer razón alguna para el efecto.

1. Por lo tanto, la Sala procederá a revocar el fallo proferido el 4 de febrero de 2022 por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia emitida el 10 de septiembre de 2021 por la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado, y en su lugar, dispondrá el amparo de los derechos al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia vulnerados a los accionantes por la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca. En consecuencia, se devolverá el expediente a la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca para que valore nuevamente el asunto teniendo en cuenta el elemento probatorio omitido, y aplique el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado que corresponde a este tipo de casos.

H. Síntesis de la decisión

1. Los accionantes, en su condición de familiares del señor Robinson Alexis Gaspar, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E, con el propósito de que se declarara patrimonialmente responsable por los daños y perjuicios causados con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico, que dio lugar a la muerte de Robinson Alexis Gaspar Jiménez. El Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, mediante fallo de 2 de junio de 2017, declaró administrativa y patrimonialmente responsable al Hospital demandado por los perjuicios causados a los demandantes, por la pérdida de oportunidad en la atención. Inconformes con la decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la referida decisión. Por su parte el Tribunal Administrativo del Cauca, a través de providencia de 24 de junio de 2021, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda de reparación directa.

1. Los accionantes promovieron acción de tutela contra el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, con ocasión de la sentencia de fecha del 20 de junio de 2017, y contra la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, con ocasión de la sentencia de fecha 24 de junio de 2021, debido a que en ambos casos, según los accionantes, se violaron sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la igualdad y dignidad humana. Señalaron que en el presente caso se configuraron defectos fácticos, procedimentales y sustantivos.

1. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2021, negó la acción de tutela. Indicó que, contrario a lo expuesto por la parte actora, la autoridad judicial accionada sí valoró las pruebas allegadas al expediente, incluidos los informes rendidos por la subgerencia científica del Hospital Universitario San José E.S.E, el análisis de mortalidad y el consentimiento informado.

1. El 4 de febrero de 2022, la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió la impugnación interpuesta por los accionantes y confirmó la sentencia de primera instancia. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

1. Luego de repasar tanto el defecto fáctico, en tanto causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, la Sala procedió a estudiar el caso concreto. En dicho análisis la Sala consideró que no hay lugar a

predicar la configuración de los defectos procedimentales o sustanciales alegados, pero concluyó que sí se evidencia la configuración de un defecto fáctico por una valoración indebida o irrazonable de las pruebas por parte del Tribunal Administrativo del Cauca. Al respecto, la Sala de Revisión observó que, en la sentencia de segunda instancia el Tribunal tuvo por demostrada la existencia del consentimiento informado pese a que en el expediente obraba un documento que daba cuenta de que el paciente nunca firmó el consentimiento.

1. En consecuencia, la Sala decidió devolver el expediente a la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, para que adopte una nueva decisión teniendo en cuenta el elemento probatorio omitido, y aplique el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado que corresponde a este tipo de casos.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

#### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 4 de febrero de 2022 por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia emitida el 10 de septiembre de 2021 por la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado, y en su lugar, TUTELAR los derechos al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia vulnerados a los accionantes por la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el 24 de junio de 2021.

TERCERO.- ORDENAR a la Sala de Decisión 001 del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca que profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva

de esta providencia.

CUARTO.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-018/23

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA EN EL ÁMBITO DEL ACTO MÉDICO-Ausencia del consentimiento informado no constituye prueba de la causación de daño antijurídico (Salvamento de voto)

(...) endilgarle al Tribunal Contencioso Administrativo ... haber incurrido en un defecto fáctico en la valoración del consentimiento informado cuando ello no tiene ninguna incidencia en la determinación de la existencia de una falla en el servicio constituye una intromisión en la autonomía e independencia del juez natural del asunto.

Expediente: T-8.669.881

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, a continuación expongo las razones por las cuales disiento de la decisión de amparo en el caso bajo examen.

1. La sentencia concluye que “el Tribunal no solo omitió el deber de valoración integral, sino que, de haber analizado la prueba documental aportada por los demandantes habría tenido que arribar a la conclusión de que en este caso no hubo otorgamiento de consentimiento informado por parte del paciente que permitiera tener por demostrado que este conocía los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica que le fue practicada y por lo mismo, que

sabía cómo reaccionar ante señales de alarma” (fj.112). Circunstancia que, a juicio de la mayoría de la Sala, “tiene una incidencia directa en la conclusión de la inexistencia de la falla en el servicio, y por lo mismo, implica la invalidez de la conclusión a la que llegó el juez de instancia” (fj. 119).

Cabe advertir que, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la ausencia probada del consentimiento informado da lugar a la indemnización de perjuicios por daños morales, en el presente asunto es claro que la decisión que adopta la Corte sobrepasa la causa petendi de la demanda que dio origen al proceso contencioso por el medio de control de reparación directa.

En efecto, al revisar -en el expediente digital allegado al proceso de tutela-, la demanda presentada el 2 de marzo de 2015, es posible constatar que el daño alegado no proviene de una ausencia de consentimiento informado, sino de un daño derivado de la negación o retardo en la prestación del servicio como consecuencia de la infección adquirida tras el procedimiento quirúrgico. En ese sentido, la sentencia respecto de la cual salvo mi voto no sustenta de manera adecuada y pertinente el motivo por el cual arriba a la conclusión de que los falladores de instancia incurrieron en un defecto fáctico en la valoración de las pruebas al haber omitido verificar la suscripción del formato de consentimiento informado, cuando este hecho no fue mencionado por la parte actora en su demanda, ni configura por sí mismo la ausencia de consentimiento informado el cual pudo haberse dado por otros medios.

Asimismo, aun si existieran motivos válidos para encontrar que la ausencia de dicha firma conlleva un daño moral en el paciente y sus familiares, la ponencia omite tener en cuenta que la suscripción de dicho formato no es el único medio de prueba de este. Ciertamente dicho formato puede ser omitido en casos de urgencia o en los que no es posible solicitarlo<sup>88</sup> y no existe tarifa legal para probarlo, ni requisitos formales para su otorgamiento<sup>89</sup>.

Estas deficiencias en la argumentación de la sentencia resultan de la mayor relevancia para la decisión adoptada y, por lo tanto, considero que el amparo debía negarse en el presente asunto al no haberse demostrado que los jueces de instancia hubieran incurrido en alguno de los defectos alegados en la solicitud de tutela.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.”

2 Anexos físicos a demanda, pps. 25 a 28, documento disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

3 Análisis de mortalidad, p. 1, y Anexos físicos a demanda, pps. 34 y 35, documentos disponibles en el expediente electrónico de SIICOR.

4 Anexos físicos a demanda, p. 47, documento disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

5 Anexos físicos a demanda, pps. 49 a 51 y Análisis de mortalidad, p. 1, documentos disponibles en el expediente electrónico de SIICOR.

6 Anexos físicos a demanda, p. 58, documento disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

7 Análisis de mortalidad, p. 1, del expediente electrónico disponible en SIICOR.

8 Alegatos de conclusión del demandante, pps. 4 y 5, del expediente electrónico disponible en SIICOR.

9 Recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el proceso de reparación directa, p.10, del expediente electrónico disponible en SIICOR.

10 Acción de tutela, p. 25, del expediente electrónico disponible en SIICOR.

11 Acción de tutela, p. 27, del expediente electrónico disponible en SIICOR.

12 Cfr. Acción de tutela, disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

13 Como fundamento, relacionó las sentencias de 3 de mayo de 1999, radicado: 11.169; de 7 de octubre de 1999, radicado: 12.655; de 22 de marzo de 2001, radicado: 13.166; de 24 de enero de 2002, radicado: 12.702; de 31 de agosto de 2006, radicado: 15.772; de 11 de noviembre de 2009, radicado: 1995-00196; de 7 de febrero de 2011, radicado: 34.387 y de 28 de abril de 2011, radicado: 19963; así como el fallo de tutela de 5 de diciembre de 2018 (radicado: 2018-01358).

14 Acción de tutela, p. 55, disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

15 Acta de reparto, disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

16 Auto admisorio acción de tutela del 27 de julio de 2021, disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

17 Contestación de la tutela por parte del H. Magistrado Carlos Leonel Buitrago Chávez, documento disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

18 Ibid.

19 Contestación Acción de Tutela Hospital San José de Popayán E.S.E., pps. 3 y 4, expediente digital disponible en SIICOR.

20 Sentencia de primera instancia en el proceso de tutela, p. 21, documento disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

21 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-547 de 1992, T-590 de 2009, SU-946 de 2014, SU-817 de 2010 y SU-210 de 2017.

22 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-949 de 2003, SU-490 de 2016, SU-396 de 2017, SU-355 de 2017 y SU-129 de 2021.

23 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-173 de 2015.

24 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 2018.

25 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-114 de 2002 y T-136 de 2005.

26 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-573 de 2019 y SU-128 de 2021.

27 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-946 de 2014, SU-537 de 2017, entre otras.

28 Cfr., Corte constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y SU-537 de 2017.

30 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005 y SU-335 de 2017.

31 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-627 de 2015. Para mayor detalle sobre estas reglas, revítese el fundamento jurídico 4.6 de la referida providencia.

32 Acción de tutela, p. 72, del expediente electrónico disponible en SIICOR.

33 Este artículo dispone: "ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito."

34 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-066 de 2019.

35 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 68001233300020160004301, octubre 27 de 2016.

36 Ibídem.

37 Ibídem.

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 1 de agosto de 2016, Rad. 11001-03-27-000-2015-00027-0021635, MP Jorge Octavio Ramírez Ramírez

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del nueve (09) de abril de 2014, M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp.: 1703-10

40 Acta de reparto de tutela, disponible en el expediente en SIICOR.

41 Auto Admisorio del 27 de julio de 2021, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A.

42 Cfr. Artículo 211.

43 “ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

44 Constitución Política. Artículo 230. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.”

45 Cfr., Sentencia T-450 de 2018. “[S]e puede afirmar que la autonomía e independencia judicial comporta tres atributos básicos en nuestro ordenamiento superior: i) Un primer atributo, cuya connotación es esencialmente negativa, entiende dicho principio como la posibilidad del juez de aplicar el derecho libre de interferencias tanto internas como externas; ii) Un segundo atributo que lo erige en presupuesto y condición del principio de separación de poderes, del derecho al debido proceso y de la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia de la ciudadanía; y, finalmente, iii) un tercer atributo que lo instituye en un principio estructural de la Carta Política de 1991”.

46 Cfr., Sentencia SU-337 de 2019. Sobre este mismo punto, en la misma providencia se citó la Sentencia T-786 de 2011. Donde esta Corte sostuvo que “(...) la simple discrepancia sobre la interpretación que pueda surgir en el debate jurídico y probatorio en un caso, no puede constituir por sí misma, una irregularidad o defecto que amerite infirmar la decisión judicial mediante acción de tutela, debido a que ello conllevaría admitir la superioridad en el criterio valorativo del juez constitucional, respecto del juez ordinario, con clara restricción del

principio de autonomía judicial. Cuando se está frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez del conocimiento debe establecer, siguiendo la sana crítica, cuál es la que mejor se ajusta al caso analizado (...).”

47 Cfr., Sentencias SU-337 de 2017 y T-074 de 2018.

48 Cfr., Sentencia SU-337 de 2017, reiterada en la Sentencia SU-129 de 2021.

49 Sentencia SU-129 de 2021

50 Cfr., Sentencia T-442 de 1994.

51 Tradicionalmente se ha reconocido que el ejercicio valorativo cuenta con dos momentos. En el primero de ellos, el juez debe estudiar la prueba en su individualidad. En el segundo, se debe valorar la prueba en relación con los demás elementos obrantes en el proceso. El artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social ordena que “el juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo”.

52 También se ha reconocido que este tipo de pruebas no pueden fundar el convencimiento del juez. De hecho, el artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone su rechazo.

53 Cfr., Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Razonabilidad: “Cualidad de un acto o decisión que se ajusta a lo esperable o aceptable en atención a su motivación y a los antecedentes conocidos, y que ha sido adoptado, por tanto, razonadamente y en atención a criterios razonables”.

54 Cfr., Sentencia T-217 de 2010. “Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo, sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima”.

55 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-118A de 2013.

56 Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 2005.

57 Corte Constitucional, Sentencia SU-448 de 2016.

58 Sentencia T-213 de 2012. En esta decisión la Corte analizó los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron la acción de tutela promovida por la sociedad Recuperadora y Cobranzas S.A. “RYC S.A.” contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena. Dentro de los varios cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, la Corte analizó la ocurrencia de los defectos procedimental por exceso ritual manifiesto probatorio y por inaplicación de reglas probatorias, encontrando que los mismos

se presentaron porque el Tribunal exigió a la sociedad Recuperadora y Cobranzas S.A., que al momento de aportar al proceso la copia autenticada de un documento, debió afirmar expresamente y casi que con un nivel sacramental, que el original del mismo había sido suscrito o firmado por la representante legal de la sociedad Inversiones Navarro Toro y Cía. S en C, persona contra quien se oponía tal copia autenticada. Tal situación configura una carga ritual adicional que el accionante no está obligado a soportar desde el punto de vista procesal, máxime cuando el artículo 252-3 del CPC señala claramente que un documento privado es auténtico “si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente...”, es decir, se exige la mera manifestación de que se indique quién lo suscribió, pero no un ritualismo excesivo en cuanto a la forma cómo se debe afirmar que la contraparte lo signó. En consecuencia, se amparó el derecho fundamental del debido proceso, invocado por la sociedad Recuperadora y Cobranzas S.A. “RYC S.A.” contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena.

59 Para una revisión extensa de casos en los que la Corte ha determinado la existencia de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, ver: Corte Constitucional Sentencia SU-636 de 2015.

60 Ver Sentencia T-087 de 2007. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M, T-1625 de 2000, T-522 de 2001, T-462 de 2003, T-292 de 2006, T-436 de 2009, T-161 de 2010, y SU-448 de 2011.

61 En el Auto 132/15, la Corte Constitucional estableció que una de las causales de anulación de una sentencia de la Corte Constitucional, es que una providencia se aparte de la jurisprudencia en vigor de una Sala de Revisión de tutela o de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena, con lo cual se contraviene el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 que, expresamente, dispone que los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte. En efecto, según se indicó, “[l]a obligación de respetar el precedente, sin embargo, no significa que los jueces no puedan desviarse del mismo, bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, para ello están sujetos a determinadas reglas que varían dependiendo del órgano judicial de que se trate. Algunas de estas reglas tienen que ver con la carga argumentativa que se le impone al juez para desviarse de la jurisprudencia. Otras reglas tienen que ver con el órgano competente para cambiar la jurisprudencia de la Corporación respectiva. Así, en principio, ni un juez ni un tribunal pueden desviarse del precedente establecido por el órgano de cierre de la respectiva jurisdicción. Deben respetar lo que se ha denominado el precedente vertical, es decir, aquel precedente establecido por los órganos de cierre, y en general, por sus superiores funcionales. Sin embargo, algunas de tales reglas operan también en relación con el denominado precedente horizontal, que conforme la denominación utilizada por la Corte se le ha llamado jurisprudencia en vigor”.

62 Auto 290/16.

63 Sentencia T-055 de 2018.

64 Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007, T-288 de 2011, T-464 de 2011, T-794 de 2011 y C-634 de 2011.

65 Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; “(i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y (iv) precedente-ratio decidendi consolidada o precedente orientación. Este último hace referencia a “es la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo , con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora,(...)”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

66 Cfr. Sentencia T-794 de 2011. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. y T-292 de 2006.

67 Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011, T-082 de 2011, T-209 de 2011.

68 Ver entre otras, T-123 de 1995, , T-766 de 2008 y T-794 de 2011.

69 Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008, T-161 de 2010 y T-082 de 2011.

70 En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011.

71 Cfr. Sentencia T-049 de 2007. Entre otras, sentencias T-086 de 2007, T-161 de 2010.

72 Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007, T-288 de 2011, T-464 de 2011, T-794 de 2011, C-634 de 2011 y SU-050 de 2017.

74 Sentencia SU-014 de 2001.

75 Sentencia T-844 de 2011.

76 En relación con los testimonios de los médicos tratantes y el consentimiento informado, se indicó que: “Ahora bien, en este punto es necesario aludir a las declaraciones de los médicos especialistas en cirugía Hernando Aníbal Romero Ordóñez y Guillermo Wilson Muñoz Ordóñez-las que resultan apreciables porque son coincidentes entre sí y con las otras pruebas allegadas-, quienes, en su orden, intervinieron al paciente en las fechas del 20 y 27 de noviembre de 2013, e indicaron de manera conteste que el cierre del conducto cístico en el procedimiento de extracción de la vesícula, denominado colecistectomía por laparoscopia, se hace mediante clips que pueden fallar por diferentes razones después de la cirugía. // Incluso, el especialista Romero Ordóñez aportó algunos artículos de literatura médica en los que se da cuenta que las complicaciones de fuga biliar posterior a dicho procedimiento quirúrgico son probables por clips desplazados, lo que explicaron se podía deber a varios fenómenos, como la desinflamación del conducto y la pérdida de presión de los clips o la

muerte o necrosis del tejido sobre los que se encontraban instalados; además de la probabilidad de que existieran conductos milimétricos difíciles de advertir en la intervención que por lo mismo no se sellaran. // De ahí que también se torne relevante el consentimiento informado que suscribió Robinson Alexis el 18 de noviembre de 2013, previo a la cirugía de colecistectomía por laparoscopia, en el que dejó constancia que le había sido explicado con suficiencia que dicha intervención era necesaria para tratar el cuadro clínico que presentaba y que, además, uno de los posibles riesgos era “sangrado, infección, perforación de órgano abdominal, necesidad de reintervención, muerte. // Es decir, si a partir del dicho coincidente de los dos médicos especialistas se deduce que la fuga biliar y el sangrado era una complicación probable, y se encuentra que ello se corresponde con los posibles riesgos que se explicaron al paciente en el consentimiento informado que otorgó para el procedimiento, se infiere razonablemente que estas eran patologías conexas al procedimiento y por ello mismo, su ocurrencia por sí sola, en ausencia de prueba técnica que así lo indique, no puede atribuirse a una falla en la *lex artis*.” Por lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cauca concluyó que: “De ese modo, es claro que la valoración en contexto de la historia clínica, del informe de la subgerencia científica del Hospital San José, de las declaraciones de los profesionales de la salud que participaron de la atención y los documentos científicos aportados por uno de ellos, no permite concluir con certeza que las complicaciones que se originaron por la cirugía de colecistectomía por laparoscopia que se le efectuó a Robinsón Alexis Gaspar Jiménez hayan obedecido a un error en el procedimiento, y por el contrario, se deduce que las complicaciones y el infortunado desenlace eran un riesgo inherente a la cirugía, riesgo que incluso aumentó por la falta de consulta oportuna por el paciente, sin que por otra parte ello se haya podido desvirtuar con alguna prueba técnica sobre el proceder médico, ya que la parte actora desistió de su práctica (fl. 145 c. pbas.)”

77 Según el diccionario panhispánico del español jurídico, editado por la Real Academia de la Lengua Española, la expresión *lex artis* se refiere al conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio. Tomado de: <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>

78 Sentencia del 3 de mayo de 2007 en la cual el Consejo de Estado señaló: “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. 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.” (Negrillas fuera del texto).

79 “Ley 23 de 1981 - Artículo 14. - El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa

autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata. 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 pueden 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.

80 Consejo de Estado, sentencia del 11 de febrero de 2009, Radicación número: 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726). Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

81 Ver sentencia T-1229 de 2005 en donde se señaló: “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”.

82 Decreto 3380 de 1981 - Artículo 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan. b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

83 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634.

84 Folios 35 a 80 de los anexos a la demanda de reparación directa, disponibles en SIICOR.

85 Sentencia de Segunda Instancia - Reparación Directa, p. 57, disponible en el expediente electrónico en SIICOR.

86 Sentencia de Segunda Instancia - Reparación Directa, p. 60, disponible en el expediente electrónico en SIICOR.

87 Acción de tutela, p.55, disponible en el expediente electrónico de SIICOR.

88 Artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981 y 10 y 13 del Decreto No. 3380 de 1981

89 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A. Ocho (8) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Rad. 76001-23-31-000-2010-02095-01(54807)